

Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Valentina Gomez Aguirre

Nathalia Patiño Loaiza

Proyecto de monografía para optar por el título de abogado

Asesor

Armando Múnera Posada

Universidad Eafit

Escuela de Derecho

Medellín

2021

## ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción.....	4
1 Delimitación del objeto de investigación.....	6
1.1 Objetivo General.....	6
1.2 Objetivos Específicos.....	6
2 Justificación.....	7
3 Marco Teórico.....	8
4 Marco Conceptual.....	10
4.1 Deber de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.....	10
4.2 Alcances y consecuencias de la omisión del deber de información y asesoría por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.....	20
4.2.1 Respecto a La Asesoría e información al Consumidor Financiero: .....	25
4.3 Importancia de la implementación de la doble asesoría en el Sistema Pensional colombiano.....	27
4.4 Nulidad e ineficacia de traslado en el sistema de régimen pensional.....	35
4.4.1 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.....	37
5 Conclusiones.....	40
6 Referencia.....	44

### Resumen

La investigación que se desarrolla en la siguiente tesis de monografía presenta la figura jurídica de la ineficacia de traslado en los regímenes pensionales, para ello se realiza un balance del cumplimiento en el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones.

Así mismo, se exponen los alcances de la omisión del deber de información a los afiliados en el sistema general de pensiones y se determina la relevancia de la exigencia de la doble asesoría. Teniendo como objetivo el conocimiento de los beneficios y/o afectaciones que la declaratoria de la ineficacia de traslado genera a las personas cotizantes que buscan retornar al régimen pensional inicial.

Palabras clave: Administradora de fondos de pensiones y cesantías (AFP), ineficacia de traslado, pensión, Régimen de prima media (RPM), Régimen de ahorro individual (RAIS), traslado de régimen pensional.

Abstract

The research that is developed in the following monograph thesis is presents the legal figure of the ineffectiveness of transfer in pension regimes, for this a balance is made of compliance with the duty of information on the part of the pension fund administrators. Likewise the scope of the omission of the duty information to the affiliates in the general pension system is exposed and the relevance of the requirement of double counseling is determined. Having as objective the knowledge of the benefits and/or affectations that the declaration of the ineffectiveness of the transfer generates to the contributors who seek to return to the initial pension scheme.

Keywords: Administrator of pension and severance funds (AFP), transfer ineffectiveness, pension, average premium scheme (RPM), individual savings scheme (RAIS), transfer of pension scheme.

### Introducción

Desde el Decreto 663 de 1993 “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero” aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones, está consagrado en el artículo 97 la obligación de las entidades a suministrar a los usuarios información acerca de los beneficios o perjuicios que ocasionaría afiliarse a dicho fondo de pensión, de manera que se garantice la mayor transparencia posible, y por lo tanto, se requiere que la información sea clara y precisa de modo que les permita a los usuarios escoger la opción que más le convenga.

Así mismo, con la creación de los fondos privados el mencionado decreto expone los principios y deberes que deben respetar estas entidades para la captura de usuarios, teniendo presente que el objetivo no es solo atraer potenciales clientes, sino que tienen la obligación de suministrar información veraz y real que permita a los usuarios tener una visión clara de lo que ofrece ese régimen pensional y, posteriormente, tomar una decisión que se ajuste a sus intereses.

De esta manera, la actividad económica del servicio de Seguridad Social debe estar ligada al respeto de los principios de buena fe, prevalencia del interés general y transparencia, puesto que la incursión en el mercado de las Administradoras de Fondos de Pensiones no fue totalmente libre ya que, si bien la ley les permitió ser una empresa de la cual podrían obtener sus ganancias; correlativamente se les imponía un deber de servicio público donde le otorgaran la información necesaria y suficiente a los usuarios.

En virtud de los principios del Sistema de Seguridad Social y la libertad del afiliado como derechos irrenunciables, las entidades Administradoras de Fondos de Pensiones tienen que garantizar y demostrar que existió una decisión informada, autónoma y consciente que

se podía verificar, y que permitiría que los afiliados pudieran conocer los riesgos del traslado y los efectos que este le podría conllevar.

De lo contrario, al no comprobarse el cumplimiento de estas condiciones, se concluiría que no existió real consentimiento por parte del usuario para tomar la decisión de trasladarse de régimen y, por ende, dicho traslado sería ineficaz.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo investigativo busca el análisis de la ineficacia del traslado como figura jurídica y como su declaratoria genera efectos negativos o positivos en el retorno de las personas afiliadas a un Régimen Pensional inicial. Para esto, inicialmente se hará un rastreo en la normatividad colombiana con el fin de distinguir el deber de información que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones con sus afiliados y potenciales afiliados.

Seguidamente, se hará una identificación de los efectos de la omisión del deber de información y asesoría pensional a las personas afiliadas. También, señalaremos la relevancia de la aplicación de la doble asesoría como deber normativo a las Administradoras de Fondos de Pensiones y se definirán las nociones de nulidad e ineficacia de traslado, en vista de la confusión que normalmente se presenta frente a ambos conceptos.

Finalmente, se cerrará el análisis con las conclusiones al caso buscando dar respuesta al objetivo general de la presente tesis de investigación.

## 1 Delimitación del objeto de investigación

### 1.1 Objetivo General

Analizar la figura jurídica de la ineficacia del traslado con el fin de conocer y definir los beneficios y/o afectaciones que su declaratoria genera a las personas que buscan retornar al régimen pensional al que cotizaban inicialmente.

### 1.2 Objetivos Específicos

1. Identificar en qué consiste el deber de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones con sus potenciales afiliados.
2. Descubrir los alcances y consecuencias de la omisión del deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones.
3. Determinar la importancia de la implementación de la doble asesoría como exigencia decretada.
4. Precisar los conceptos de nulidad e ineficacia de traslado en el sistema de régimen pensional con el fin de evitar su confusión.

### 2 Justificación

En el presente proyecto nos enfocaremos en desarrollar la figura de la ineficacia en el Sistema General de Pensiones, esto en virtud de la escasa precisión en la información que se les brinda a los usuarios que buscan trasladarse de un régimen pensional a otro, con el fin de obtener mayores beneficios. Considerando firmemente la importancia de este tema para los colombianos y con base en las muchas declaratorias de ineficacia de traslados que han dado lugar a notables consecuencias jurídicas al generar grandes efectos en la vida pensional de las personas involucradas.

Así mismo, el estudio de esta figura jurídica nos permite una precisión en temas de gran interés como es el caso de la doble asesoría implementada por la Ley 1748 de 2014, en virtud de la cual se busca que el afiliado al trasladarse de régimen pensional reciba asesoría personalizada de ambas entidades. Haremos especial énfasis en este tema teniendo en cuenta que dicha obligación ya se encontraba implícita en el deber de asesoría que se esperaba tener de los asesores capacitados para tal fin.

Por otra parte, pretendemos analizar la carga de la prueba en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensión (AFP), teniendo en cuenta que el simple consentimiento de los afiliados en el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el deber de información exigido. Igualmente, este asunto convoca derechos fundamentales como la seguridad social y el derecho a la igualdad que resultan importantes para el bienestar de los ciudadanos y aún más, para los adultos próximos a pensionarse, teniendo presente que la pensión es el resultado del trabajo de gran parte de su vida y gracias a este derecho buscan gozar de una nueva etapa en la que puedan descansar o en algunos casos obtener tranquilidad

económica al no poder trabajar debido a una invalidez. De alguna manera, este mecanismo asegura que las personas a largo plazo dispongan de los ingresos necesarios para cubrir sus gastos y vivir de manera tranquila.

Por último, esta discusión es relevante en el sentido de que las personas, al lograr mediante sentencia judicial la declaración de ineficacia de traslado, pueden alcanzar los presupuestos para pensionarse y retornar al régimen pensional inicial.

### 3 Marco Teórico

Dado que el presente trabajo se desarrolla en virtud de la inclusión de un nuevo Régimen Pensional con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, partiremos desde allí nuestra investigación teniendo en cuenta la diversidad de normativas expedidas posterior a esta. Es así como el objetivo central del presente proyecto pretende identificar en que consiste el deber de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones hacia sus potenciales afiliados, de manera que conozcamos los alcances y consecuencias de la omisión de dicho deber, y con base en esto, determinar la importancia de la implementación de la doble asesoría como exigencia normativa.

Del mismo modo se tendrá un enfoque investigativo jurisprudencial en materia de declaratoria de ineficacia de traslado de Régimen Pensional, con el fin de conocer los diferentes pronunciamientos que se han desarrollado por las altas cortes colombianas; buscando unificar los efectos que la ineficacia en este campo genera en los afiliados que, por una imprecisión en las asesorías brindadas en su momento, se vieron perjudicados con el

traslado de régimen pensional. Adicional a esto estudiaremos las distintas posiciones doctrinales de cara a la declaratoria de ineficacia en el traslado y la confusión que la misma puede presentar con la nulidad de traslado de régimen, de manera que precisemos ambos conceptos.

Acto seguido, abordaremos temas transversales y de gran importancia en la materia en cuanto al deber de información, la carga de la prueba, obligaciones de doble asesoría, condición más beneficiosa, vulneración de derechos laborales y pensionales, nulidad de traslado, entre otros, con el fin de precisar su relevancia en la declaratoria de ineficacia. Así, se pretende determinar un proceso de selección de la normatividad y establecer su utilidad para el desarrollo del presente proyecto, de manera que nos permita comprender el avance normativo y las afectaciones que la declaratoria de ineficacia podría ocasionar o no en materia pensional.

Abordaremos también la importancia de la declaratoria de ineficacia de cara a la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución colombiana y las transgresiones a las garantías laborales y pensionales que han de presentarse en aquellos casos en que se privilegia el objetivo de enganchar potenciales afiliados, por encima de salvaguardar los intereses de los cotizantes y velar por el beneficio de su pensión. Finalmente, se realizará un análisis de la figura jurídica estudiada con el fin de conocer y definir los beneficios y afectaciones que la declaratoria de ineficacia genera en la vida laboral de las personas que buscan retornar al régimen pensional al que cotizaban.

#### 4 Marco Conceptual

##### 4.1 Deber de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Con la creación de la Ley 100 de 1993, que inauguró el Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, se dio la bienvenida en nuestro ordenamiento jurídico al modelo de Cuentas de Capitalización Individual (CCI); aparece en escena un nuevo régimen pensional, el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que entraría a competir con el Régimen de Prima Media con Prestación definida (RPM) administrado por el Estado. Esto da lugar a la autorización para crear nuevas instituciones que debían asegurar las contingencias de enfermedad, vejez y muerte a los pensionados, las Sociedades Administradoras de Fondos Pensionales (AFP), que según el Art. 90 de la norma señalada anteriormente, deben entenderse como las encargadas administrar los fondos de pensiones (Ley 100, 1993). Es la misma norma la que devala que

La naturaleza de estas entidades es netamente financiera, pues dentro de los requisitos para su constitución, se asimilan a los de las sociedades financieras y se adicionan otras particulares que atañen al ámbito pensional (Rodríguez, 2010).

Lo anterior implica que al ser las Administradoras de Fondos Pensionales entidades financieras con sus características particulares, que envuelven dentro de sí la obligación de ser garantes de un derecho que consideramos fundamental como la seguridad social, consagrado en el Art. 48 de la Constitución Política de Colombia (Const., 1991), también asumen dentro de aquellas la necesidad de mantener coherencia con las características y

principios que orientan al sistema general de pensiones, contenidos en el Art 2 y 13 de la Ley 100 respectivamente, pero, así mismo, lo anclaba al cumplimiento de las obligaciones que el Estado colombiano le impone a las entidades financieras, dentro de las cuales se ubica la de garantizar el derecho a la información de los afiliados y potenciales afiliados a las AFP del RAIS.

En el literal b del Art. 2 de la Ley 100 de 1993 se establece que el criterio de eficiencia, uno de sus principios orientadores del sistema debe entenderse como “La mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”, lo que da lugar a que sea el afiliado o futuro pensionado y sus intereses, el centro sobre el que deben gravitar las instituciones llamadas a administrar cada uno de los regímenes pensionales.

Por otro lado, el literal b del Art. 13 de la norma en cuestión señala que “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”, lo que pone de manifiesto que con la aparición de un nuevo régimen pensional abrió las puertas a la necesidad de que el trabajador decida, teniendo en cuenta el conjunto de los elementos entre sus opciones, de forma suficiente e informada, a qué régimen pensional afiliarse (Ley 100, 1993).

Los derechos y obligaciones que se crean a partir de la aparición del Sistema de Seguridad Social en Pensiones deben asumirse como el resultado principal del vínculo contractual que se construye entre el trabajador y la entidad administradora

de pensiones que escoja para asegurar sus contingencias, entendiendo que dicha relación toma cuerpo y sustancia con la propia afiliación, lo que posibilita al asegurado integrarse de forma definitiva al sistema pensional, en el Régimen de Ahorro Individual RAIS o en el de Prima Media con Prestación Definida (Arenas, 2012).

Esto hizo posible que el nuevo sistema pensional imprimiera una importancia inusitada al denominado derecho de información que adquiere el universo de afiliados y potenciales afiliados al sistema pensional y de forma especial, los que hacen parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y de las Administradoras de Fondos de Pensiones que les son propias. Lo anterior, asumiendo que una de las condiciones de posibilidad para el surgimiento de los contratos, en particular para la afiliación a las AFP, es que se requiere el consentimiento libre de vicio (error, fuerza o dolo), para su perfeccionamiento, validez y eficacia en el mundo jurídico. A partir de este principio básico se despliega la génesis del derecho a la información en el marco del sistema pensional.

Es precisamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 donde se establecen las sanciones para aquellas afiliaciones al sistema pensional colombiano que hayan sido realizadas por fuera del consentimiento del afiliado; es decir, por el no cumplimiento del deber de informar por parte de las Administradora de Fondos Pensionales. Este deber primero denominado “buen consejo” y más tarde “doble asesoría”.

Las Administradoras de Fondos Pensiones (AFP) asumen un conjunto de obligaciones particulares que se enmarcan en dar estricto cumplimiento a los principios de buena fe, transparencia y vigilancia, aparejado al deber de información y con la obligación de

transmitirla de forma clara a los afiliados. Es clave señalar en este contexto un aspecto central en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la cual versa sobre el derecho de información que les asiste a los afiliados y/o potenciales al sistema pensional en el que la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, No.31989,2008).

La Corte Suprema de Justicia es clara al señalar que la información está en una doble vía, en estos vínculos contractuales relacionados con la afiliación pensional, ubicando en cabeza de las AFP el deber de información y, por otro lado, otorgándole a los potenciales o afiliados a las mismas el derecho a la información, aspecto clave para permitirle a éstos elegir

de manera libre, consciente y razonada su afiliación a uno u otro régimen pensional. Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia ha dejado por sentado distintas sentencias, tales como la 31314 del 09 de Septiembre de 2008 y la 33083 del 22 de noviembre de 2011, a través de la cual en su Sala de Casación Laboral ha reafirmado las posiciones anteriormente referidas con relación al derecho de información de los usuarios y al deber de información de las AFP, cuyos elementos esenciales siguen manteniendo importante actualidad como precedente judicial vertical, lo que quiere significar que para futuras decisiones en controversias de ésta misma naturaleza, los operadores judiciales se encuentran en el deber de atender sus consideraciones por la fuerza vinculante que se desprende de ellas.

La consecuencia del incumplimiento del señalado deber de información de las AFP está claramente expresado en el Art. 271 de la Ley 100, que señala que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que atente contra el derecho del trabajador a afiliarse y seleccionar de forma libre y consciente su régimen pensional, será objeto de sanciones como multas, individualizadas por cada caso, agregando que “la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, que es lo que ha dado lugar de un tiempo para acá a un sin número de procesos de ineficacia de traslado y ha abierto la posibilidad para que millones de colombianos puedan garantizar el aseguramiento de la contingencia de vejez.

Así las cosas, es necesario entonces hacer referencia a la evolución que ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la información en el marco del sistema pensional. La Sentencia SL1688 (Corte Constitucional, 2019) haciendo un balance exhaustivo del

trasegar del derecho a la información en materia normativa en nuestro país ha señalado que su evolución puede dividirse y entenderse en tres grandes momentos. En primer lugar, además de lo señalado en relación con los Art. 2, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, hay que añadir que al ser las Administradoras de Fondos Pensionales entidades asociadas al sector financiero están compelidas a cumplir con las obligaciones que impuso el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, creado a partir del Decreto 663 de 1993, el cual estableció la obligación 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”. (Decreto 663,1993, art 97).

Por lo que ésta se constituye en una de las normas en las que puede ubicarse el orden del derecho a la información.

Lo anterior implica que desde que inició la puesta en marcha del RAIS y de las AFP como administradoras de los fondos pensionales de ese régimen, nació el deber de información para los afiliados o potenciales afiliados, lo que implicó que las AFP pudieran esclarecer a éstos las características de cada uno de los regímenes, las condiciones que encontraba en cada uno según su historia laboral, las posibilidades de acceder a cada régimen, las posibles consecuencias y riesgos que pudieran desprenderse de su afiliación a uno u otro régimen, lo que se complementaba con el derecho a conocer la existencia del régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 y la muy probable pérdida de beneficios al darse el traslado del RPM al RAIS.

Un segundo momento, clave dentro de esta evolución, lo representa la aparición del deber de asesoría y buen consejo por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones para los afiliados o potenciales afiliados. Así, el literal c del Art 3 de la Ley 1328 de 2009, que contiene normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones para defender los intereses del consumidor financiero, señala que “las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas” y que también se encuentra contenida en el Decreto 2241 de 2010, a través del cual se crea el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y donde referido a sus principios, concreta y aterriza lo anterior, planteando que

“las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones”. (Decreto 2241,2010, art.2).

Esto hizo posible que dentro de las obligaciones de las AFP estuviera la realización de estudios previos entorno a los antecedentes laborales y el detalle de las implicaciones de su afiliación a uno u otro régimen pensional, pero avanza y da un salto cualitativo al establecer la obligación del asesor de la AFP de emitir un consejo justificado y objetivo entorno a la conveniencia de su afiliación a uno u otro, de acuerdo al perfil del afiliado o

potencial afiliado, lo que cualifica mucho más el deber y el derecho de información, tanto de las AFP como de los afiliados.

Finalmente ha señalado la Corte que el tercer momento de esta evolución del derecho a la información se encuentra en la reciente creación de la institución de la doble asesoría, como obligación de las AFP y de Colpensiones y derechos de los afiliados o potenciales afiliados, a recibir información directa, veraz y confiable de los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. Esta se crea a partir de la expedición de la Ley 1748 de 2014, con la cual amplió los deberes de las entidades entorno a la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros, que amplía los derechos de éstos en términos de información en la medida que obliga en su Art. 2 a las AFP a “poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales que dispongan las administradoras y, trimestralmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja”, que incluye elementos como capital neto ahorrado, monto de intereses devengado del capital ahorrado, cotizaciones recibidas, entre otras.

En resumen, el decir de Torres (2016) cuando hace un análisis sobre el derecho a la información, señala que

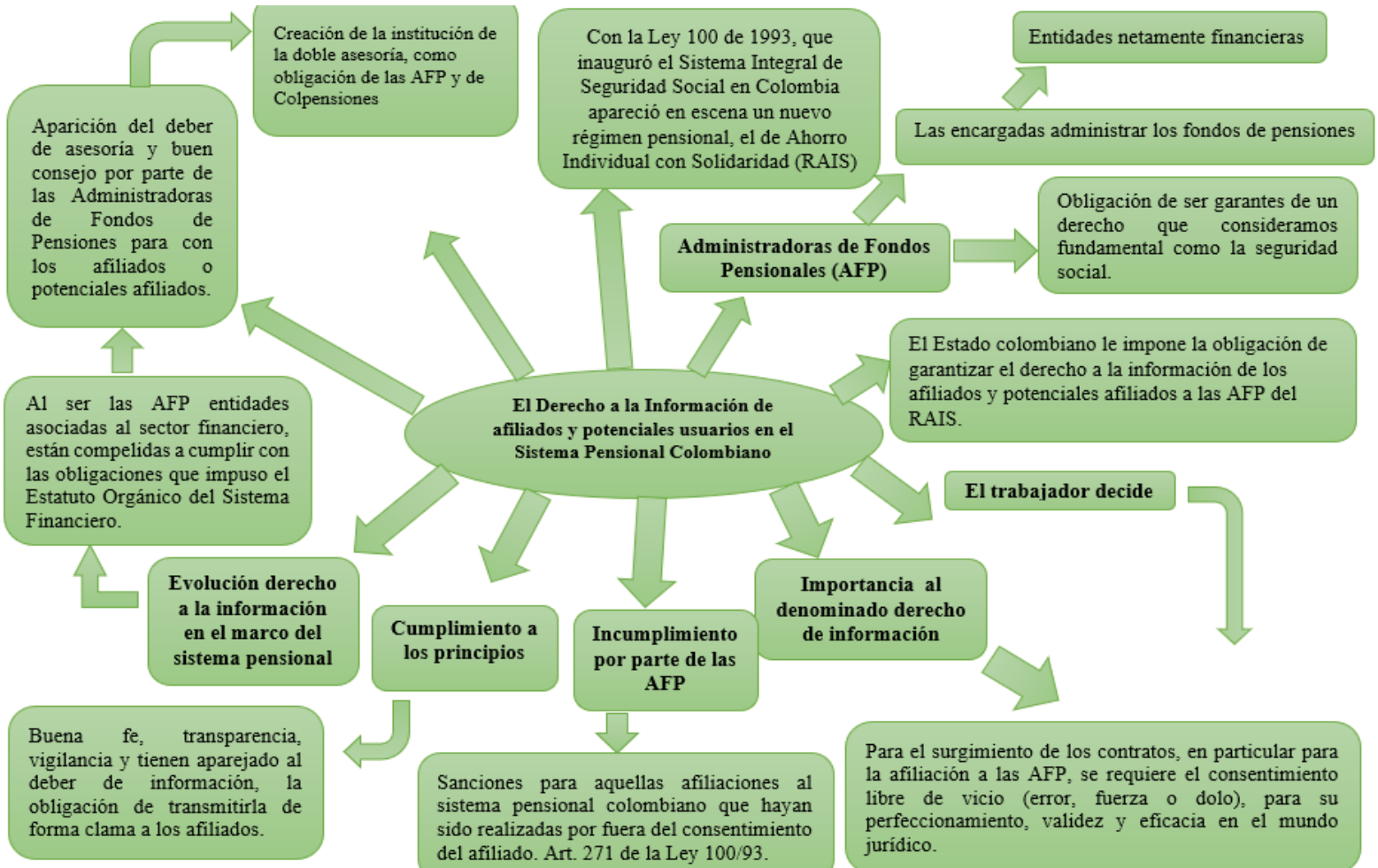
La decisión informada por parte de los afiliados o potenciales afiliados, hará referencia a la elaboración de forma expresa de un consentimiento informado, donde se pueda resaltar que esa manifestación libre y voluntaria de pertenecer a uno u otro régimen pensional o de realizar traslados entre ellos, es producto de una amplia asesoría, donde se manifiesta teniendo en cuenta las calidades particulares del sujeto, edad, tiempo cotizado, ingresos, entre otros, el régimen pensional que más se ajustaría

a sus condiciones, y en cual lograría tener mejores beneficios y mejores derechos previsionales.

Para finalizar, creemos pertinente reflexionar entorno de las dificultades que ha generado en nuestro sistema jurídico la inaplicación y limitación del derecho a la información por parte de los afiliados o potenciales afiliados a las AFP. Ésta tiene que ver con que la carencia de información objetiva y clara ha dado lugar miles de procesos de ineficacia del traslado, por cuanto las AFP engañaron durante mucho tiempo a los ciudadanos incautos que creyeron en las supuestas ventajas y posibles mejores condiciones ofertadas en el RAIS, lo que, a ciencia cierta, no ha ocurrido.

El incumplimiento del deber de información por parte de las AFP, como ya se ha señalado, da lugar a la ineficacia del vínculo contractual, esto es, a la afiliación a uno de los regímenes, por lo que toda vinculación a las mismas debe estar precedida de un proceso que probatoriamente demostrable, haya desarrollado efectivamente el derecho a la información.

### El Derecho a la Información de afiliados y potenciales usuarios en el Sistema Pensional Colombiano



#### 4.2 Alcances y consecuencias de la omisión del deber de información y asesoría por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones

En nuestro ordenamiento jurídico colombiano, la seguridad social goza de especial protección ya que ésta se constituye como un derecho fundamental, En los artículos 48 y 49 de la Constitución ( Const., 1991), se instituye la seguridad social de una manera dual esto es; por un lado un derecho irrenunciable de todas las personas dentro del territorio, y por otro lado, como un servicio público, el cual el Estado tiene la obligación de dirigir/coordinar y controlar su efectiva ejecución, en sus componentes principales Salud, Pensión y Riesgos Laborales.

Lo anterior se fortalece y complementa con los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social, así lo establece la jurisprudencia de la corte constitucional al exponer que

“el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva de (su carácter irrenunciable, su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad”.

(Corte Constitucional, Sentencia T 719, 2011)

Uno de los elementos que hacen parte de la composición del Sistema de Seguridad Social en Colombia, es la parte pensional, la cual a partir de la Ley 100 del 93, tuvo una trascendental reforma que concibió la construcción de dos regímenes pensionales, entre ellos: Sistema de Prima Media con Prestación Determinada RPMPD, sistema público, administrado

hoy por Colpensiones previamente ISS, RAIS, gestionado este por Administradoras de Fondos de Pensiones AFP.

Cada sistema maneja unas condiciones propias sobre gestión, permanencia, solicitud de pensión, devolución de aportes etcétera, puntos que los hace bastante diferentes en su composición de funcionamiento y de pensionar a sus afiliados (Corte Constitucional, Sentencia T 719, 2011).

Antes de la Ley 100 de 1993, el sistema pensional constaba de un régimen general en pensiones llamado Régimen de Prima Media y otros especiales, administrados por el entonces y ya liquidado Instituto de los Seguros Sociales, por tanto, dicha Ley reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorio, entre ellos el Régimen Solidario de Prima Media (RPM), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Al respecto, de entrada advierte la Sala, que le asiste razón a la censura en la crítica que hace al segundo proveído, puesto que tiene adoctrinado, por ejemplo, en la sentencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1688-2019), que la demostración del consentimiento informado, en el traslado o afiliación al RAIS, corresponde a la AFP, en tanto, es ella quien tiene el deber de “brindar información a los afiliados o usuarios del

sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional” y, por tanto, demostrar su diligencia, en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además, porque, aplicada la regla probatoria del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba” lo que significa como lo aduce el cargo que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recaen, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho definido, que en el caso sería la diligencia en el cumplimiento del deber de información, postulado procesal que garantiza “el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes”, del artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible de acreditar.

Ahora, un caso ya fallado el cual he estado analizado ,en su material probatorio, no se advirtió medio de convicción alguno que diese cuenta de la información y asesoría que debió legalmente suministrar la AFP demandada a la señora USUGA GIRÓN, cuya carga probatoria correspondía a aquella, como tampoco confesión alguna acerca del cumplimiento de dicho deber, con la afirmación de que en la ESE Hospital San Antonio del municipio de Buriticá, se realizó una reunión con asesores del referido fondo de pensiones, en el que informaron acerca de la posibilidad de pensionarse a la misma edad de jubilación de la normativa anterior, pues, por una parte, ésta no puede catalogarse como “información objetiva, comparada y transparente, sobre las características de los dos regímenes pensionales” y las implicaciones que la escogencia de uno y otro generarían en el derecho pensional de la trabajadora y, por otra, constituye una afirmación que estaría sujeta a

condiciones, atendidas las características de las modalidades pensionales del RAIS, sin que exista prueba de que éstas fueron puestas de presente a la citada señora.

Así las cosas, ante el incumplimiento de Colfondos S. A., del deber de información que imperativamente le correspondía “al momento del acto jurídico, no con posterioridad”, según la sentencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1688-2019), la afiliación de la demandante se torna en ineficaz, lo que se traduce en la ausencia de “todo efecto práctico, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS”. Lo anterior, porque, como se reiteró en sentencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1421-2019).

Realiza la Corte la anterior remembranza normativa, porque de ella se colige que, ante la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, debe entenderse que ésta siempre estuvo sujeta al RPMPD, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4° del artículo 4° del Decreto 692 (Decreto 692, 1994), “quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales”

Ante la ineficacia de la afiliación de la actora a Colfondos S. A. y su retorno al RPMPD, administrado por el ISS hoy Colpensiones, la primera AFP deberá “devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración” a la segunda, conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, al señalarse en la

última que es Colpensiones la entidad responsable del reconocimiento pensional a que hubiese lugar.

Por otro lado, no se accederá a los intereses moratorios, porque “no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión”, según lo indicó la Corte en la sentencia antes referida. Sin embargo, se otorgará la pretensión subsidiaria de indexación de las mesadas retroactivas que se causan, para lo cual la demandada deberá sujetarse a la siguiente fórmula:

[...] en cuanto al segundo punto de la alzada, relativa a la procedencia de prescripción que declaró probada el primer Juez, cumple señalar que en la sentencia SL1689-2019 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1689-2019), la Corte reiteró que dicha figura no opera “de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles”, razón por la cual “el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional”, al ser “es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social”, que redundante en “un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional” no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo”.

En el punto anterior se plasma de manera concreta posibles consecuencias a causa de la omisión de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones, las podemos hallar ya como cosa juzgada y como un potencial precedente judicial.

4.2.1 Respecto a La Asesoría e información al Consumidor Financiero:

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de “Multifondos” o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia.

Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto, de acuerdo a esto se podría hacer mención al deber del buen consejo, el cual ha de concebirse como el deber que tiene el sujeto de la relación contractual que posee la mayor información sobre el asunto, para el caso, las entidades administradoras de pensiones, el cual cuenta con la obligación de suministrarlo.

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Alcances y consecuencias de la omisión del deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el Sistema General de Pensiones.



### 4.3 Importancia de la implementación de la doble asesoría en el Sistema Pensional colombiano

El sistema pensional colombiano, surge a partir de la segunda oleada de reformas estructurales impulsadas desde algunos gobiernos de América Latina, a partir de la década de 1980, las cuales tuvieron en Chile su primer antecedente.

La apuesta Neoliberal, estaba centrada en debilitar los sistemas pensionales públicos a partir de la entrada en escena del capital financiero y del modelo de Cuentas de Capitalización Individual, cuyo nuevo aparataje institucional trajo consigo las Administradoras de Fondos de Pensiones, conocida en muchas latitudes como AFP (Iglesias, 2020).

Durante las últimas tres décadas, en Colombia hemos asistido a la constitucionalización y juridización del proyecto Neoliberal, a partir del régimen económico y de hacienda pública que fue definido en el Título 12 de la carta magna de 1991, cuya orientación fundamental ha estado dirigida a profundizar un orden jurídico, económico e institucional que garantice los derechos del capital (Estrada, 2010)

En desarrollo de la tesis Friedmaniana,

De cuño monetarista que gira en torno a la idea de colocar en primer plano y defender la libertad del individuo, cuyo escenario natural de nacimiento y realización sería la economía, desde la cual se tendría dos formas posibles de abordar la necesaria coordinación de actividades en el marco de la organización social: por un lado, con la participación "coercitiva" del Estado, limitando la libertad y por otro, con el libre juego del mercado, en el que los agentes económicos en igualdad de condiciones cooperen de forma voluntaria, realmente libre y de acuerdo a decisiones racionales en las que colocan en juego sus beneficios (Friedman, 1962, pp. 12 - 13).

En este sentido, el ámbito pensional ha sido durante éstas décadas uno de los escenarios sobre los que más atención han colocado el capital financiero y los economistas adscritos al monetarismo y a la ortodoxia Neoliberal, pues ven en los recursos ahorrados por las y los trabajadores para la protección de su vejez, una

fueron una fuente importante de capital para la realización de operaciones especulativas en los mercados de capitales, para proveer al Estado de recursos para proyectos de inversión y otros rubros, erigiéndose así en su acreedor por medio de la adquisición de TES o bonos de deuda pública en general, caracterizados por ser de largo plazo y por sus altos rendimientos, haciendo también, por esa vía, incrementar el predominio del capital financiero frente a otras facciones del capital (como el productivo), una elevación inusitada de sus ganancias en comparación con otros sectores de la economía y un fortalecimiento de su capacidad para orientar la producción normativa del país en función de la agenda de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), de los grupos o conglomerados económicos monopolistas que las dirigen y del bloque de poder dominante que sigue teniendo, no sin dificultades, en sus manos el gobierno nacional.

Uno de los logros más significativos del proceso de financierización en Colombia, ha sido la capacidad adquirida por la facción financiera del capital para ligar la dinámica de las finanzas estatales a los fines y estrategias de su propia costura. Aquí, el dispositivo de la deuda pública hace posible el despliegue de todo un circuito que nace con la emisión de bonos de deuda por parte del Estado para su financiación, que son adquiridos por las AFP y otros agentes, quienes a partir de su actividad ensanchan con ellos la burbuja especulativa en los mercados de capitales y accionarios, que se multiplican en forma creciente y que terminan comprometiendo el gasto público futuro, lo que lleva a que

"el Estado mismo con su política de endeudamiento se termine constituyendo en una de las fuentes principales de la financierización y de condiciones sistémicas de reproducción basadas en el riesgo creciente; erigiéndose por tanto en amenaza para las condiciones sociales de existencia en su conjunto" (Estrada, 2012, pp. 509 - 510).

En la medida que la exposición de los recursos pensionales a los riesgos y la volatilidad asociada a los mercados de capitales, generan cifras espectaculares para el capital financiero representado en las AFP y otras

instituciones, pero hace peligrar y limitar un derecho social, en nuestro concepto fundamental, de una población como la tercera de edad, que goza de especial protección constitucional en nuestro país.

Sin duda, la práctica es el criterio de la verdad y ha sido ella la que ha develado de forma palmaria el fracaso de la adopción del modelo de Cuentas de Capitalización Individual a través del RAIS, desplegado con la aprobación de Ley 100 de 1993.

Una muy reciente investigación, que coloca en datos el comportamiento del sistema pensional colombiano desde su creación y especialmente desde 2004 a 2019, demuestra cómo de 2004 a 2019, el RPM pasó de tener de 5. 696. 040 afiliados a 6. 871. 089, mientras que el RAIS, en el mismo periodo, pasó de tener 5. 747. 386 a 16. 463. 089, lo que confirma que, durante este lapso, con la implementación de la Ley 100 de 1993, se impulsó desde el Estado la vinculación de los nuevos afiliados a las AFP's. Aunque hubo un mejoramiento de la tasa de afiliación, las bajas tasas de fidelidad en la cotización, que en el RPM llegan 32, 3 % y en el RAIS al 40, 9, teniendo un agregado de 37 %, hacen muy probable que cerca del 46 % de los actuales afiliados a ambos regímenes no puedan llegar a pensionarse, debido a la propia naturaleza del mercado de trabajo y a la flexibilización y precarización laboral a la que hemos hecho referencia (Parra et al., 2020, pp. 5-18).

Se han ido a pique mitos como aquel que asumía que, per se, el sector privado era más eficiente que el público, lo que haría más atractiva la afiliación de nuevos trabajadores y elevaría las tasas cobertura.

Como señalamos en el párrafo anterior, aunque hubo una mayor tasa de cobertura, que llevó a que de 2004 a 2019, los cotizantes de la PEA pasaran del 22 % al 37 %, éstas mejoras se dieron mayoritariamente en el sector formal de la economía, cada vez más reducido y en crisis, existiendo un gran abismo entre aquellos y los trabajadores independientes, pues hasta el 2012, el 60. 9 % de los cotizantes eran asalariados y el 9, 8 % independientes, lo que en 2019 llevó a que se aumentaran las tasas de cobertura en un 10 % en el RPM y 26, 1 % en el RAIS (p. 8).

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Otro mito que se vino abajo, fue aquel que defendía que la plena libertad de competencia del mercado, con la desregulación estatal, haría posible el mejoramiento permanente del funcionamiento y el abaratamiento de los costos de administración del sistema pensional, en la medida en que las AFP competirían en igualdad de condiciones por los afiliados, pero lo que ha pasado en realidad ha sido que de las más de una decena de AFP's que se crearon en el periodo post Ley 100, hoy solo quedan 4<sup>1</sup>, lo que ha conducido a la configuración de un monopolio dentro del RAIS, totalmente contrario a la supuesta libre competencia.

Por otra parte, el mito que prometía que, gracias a las propias bondades de la financierización y del mercado de capitales se generaría mayor rentabilidad y por tanto mejores tasas de reemplazo, lo que se traduciría en mejores mesadas para los pensionados, quedó evaporado, pues a pesar de que en 2019, el valor total de los fondos de pensiones era de \$ 281, 7 billones, que evidencia un crecimiento a altas tasas de 1998 hasta hoy (p. 13), no se acompaña con las bajas tasas de reemplazo que en el RAIS pueden variar hacia el aumento, teniendo en cuenta mayores semanas de cotización del afiliado, si tiene mayores ingresos salariales y de cotización, así como del porcentaje de la rentabilidad según el tipo de fondo, que puede ser de 3 %, 4% y 5 %, con tasas de reemplazo de 46, 7 %, 62, 3 % y 83, 3 % respectivamente, lo que da lugar a que (p. 15):

En el RAIS, para el caso de los hombres, con tasas de rentabilidad real del 3% y cotizando durante 25 años, aquellos con ingresos de 1, 2 y 3 SMMLV se pensionarían con la pensión mínima de 1 SMMLV, la cual sería parcialmente financiada por el FGPM. Por otro lado, para una rentabilidad del 4%, aquellos con ingresos de 3, 4 y 5 SMMLV obtendrían una tasa de reemplazo del 33,4%.

Teniendo en cuenta que el 88, 1 % de los afiliados al RAIS ganan entre 1 y 2 SMLMV (p. 8), obtienen bajas tasas de reemplazo, mientras que el resto, fundamentalmente de los regímenes especiales, son los que obtienen una mediana tasa de reemplazo, que puede variar de acuerdo con el porcentaje de rentabilidad en el que se esté. Los afiliados al RAIS pueden escoger el perfil del fondo al que quieran vincularse según el riesgo,

---

<sup>1</sup> Porvenir, Colfondos, Old Mutual y Protección.

teniendo tres tipos: moderado, donde se ubican 14. 528. 725 afiliados, el conservador donde hay 968. 903 afiliados y el de alto riesgo, dónde existen 56. 888 afiliados, para un total de 15. 554. 616 afiliados a las AFP's en 2018 (p. 10).

Como vemos, la mayoría de éstos se encuentran en los fondos moderados, donde las tasas de rentabilidad acumuladas en los últimos 5 años bordea el 3, 9 %, con lo que las tasas de reemplazo para los hombres, por lo general, pueden estimarse en 33, 4 % por 25 años de cotización y 62, 3 % por 35 años de cotización, lo que, comparado con las tasas de reemplazo del RPM, que oscilan entre el 65 y el 80 %, hace a éstas muy superiores, estimulando, por esa vía, miles de traslados del RAIS al RPM (p. 15), demostrando la fortaleza del régimen público, sus mayores bondades y deja en evidencia la farsa de las AFP's.

El anterior escenario, ha sido clave para que desde hace algunos lustros, las acciones de ineficacia del traslado se hayan multiplicado. En efecto, millones de colombianos fueron engañados e inducidos al error por las Administradoras de Fondos de Pensiones, como consecuencia de no haber brindado la información suficiente para que las y los trabajadores asumieran la decisión consciente y libre de vincularse a uno u otro régimen pensional.

Este deber de información que nace a partir de la Ley 100 de 1993, refiere a los objetivos del sistema general de pensiones, al mencionar que

“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos 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 que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley” (Ley 100,1993, Art. 13)

De lo que debe colegirse que la responsabilidad de brindar la información suficiente para nutrir y alimentar la decisión del afiliado recae sobre la entidad pensional.

La consecuencia del incumplimiento del señalado deber, está claramente expresado en el Art. 271 de la Ley 100, que señala que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que atente contra el derecho del trabajador a afiliarse y seleccionar de forma libre y consciente, será objeto de sanciones como multas, individualizadas por cada caso, agregando que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, que es lo que ha dado lugar a la avalancha de procesos de ineficacia de traslado y ha abierto la posibilidad para que millones de colombianos puedan garantizar el aseguramiento de la contingencia de vejez.

Estas disposiciones, sirvieron de base para que, con el transcurrir de los años, se avanzara en la producción normativa para reforzar la protección del derecho a la información a los afiliados al sistema pensional colombiano y que evolucionó con la reglamentación de la doble asesoría como mecanismo para equilibrar y hacer posible el consentimiento informado de las y los trabajadores al momento de asumir su decisión.

En este sentido, es preciso señalar que dentro dicha evolución de la producción normativa sobre el deber de información, son destacables, además de los elementos referidos, el numeral 1 del Art. 97 del Decreto 663, modificado por el Art. 23 de la Ley 797 de 2003, el cual se refiere a las modificaciones realizadas a nivel constitucional, en la idea de proteger a las y los trabajadores del menoscabo de sus derechos laborales y de su autonomía personal.

Lo anterior, evolucionó en nuestro ordenamiento jurídico, complementándose el deber de información con el de asesoría y buen consejo, que implica que la entidad respectiva, debe realizar un análisis previo, encaminado a identificar los antecedentes del afiliado, así como a brindarle información detallada sobre cada uno de los regímenes pensionales, en dirección de que el asesor pueda emitir su consejo ajustado a la realidad y a la conveniencia, para evitar posibles perjuicios en su acceso al derecho a la pensión. Esto, fue reglamentado de forma detallada por el literal C de Art. 3 de la Ley 1328 de 2009, y por el Decreto 2241 de 2010.

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Un tercer momento, dentro de esta evolución, puede ubicarse con la aparición del Art. 3 de la Ley 1748 de 2014 y de la Circular externa No. 016 de 20116 emitida por la Superintendencia financiera, que complementan los dos aspectos anteriores al imponer al otorgar el derecho a los afiliados de obtener una doble asesoría para la toma de su decisión. Esto es, que tanto las Administradoras de Fondos de Pensiones como Colpensiones, ambos regímenes pensionales, se encuentran en la obligación de brindarle al afiliado toda la información sustancial para que efectivamente, no se configure ningún vicio por consentimiento que dé lugar posteriormente a los procesos de ineficacia de traslados y que proteja sus derechos pensionales.

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la 12136 de 2014, ha considerado que el consentimiento informado debe ser verificable de forma objetiva, con todo el material probatorio que pueda sustentarlo, señalando, además, que no se satisface con la simple afirmación que haga la AFP sobre su cumplimiento (Corte Suprema de Justicia, 2014), pues en este sentido, la carga de la prueba de la información previa y del consentimiento está en cabeza de dicha entidad y se erige como condición indispensable para sustentar la validez del acto jurídico de afiliación (Corte Suprema de Justicia).

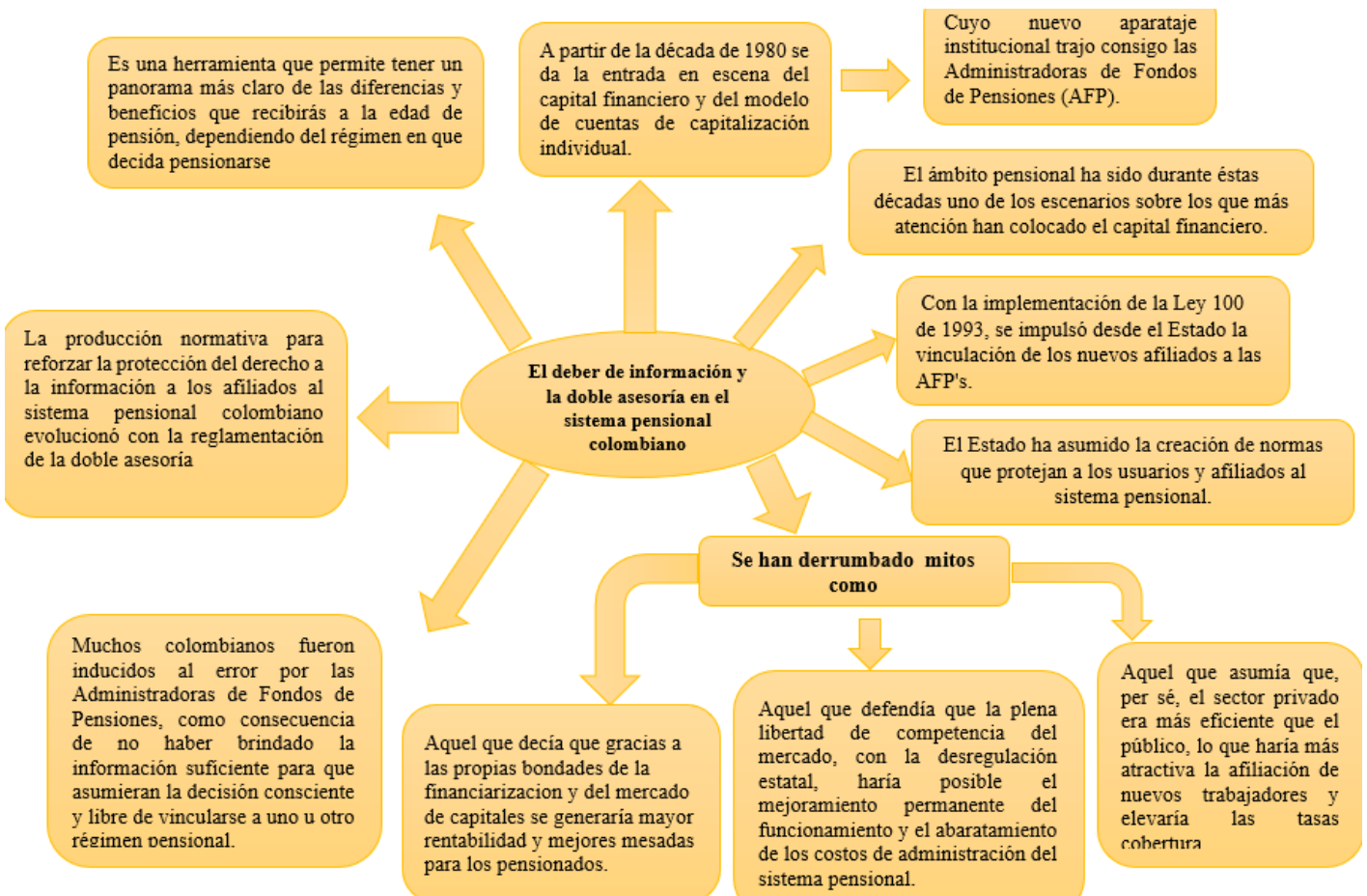
Entonces, tal como afirman Aristizábal, M., Caicedo, K. y Meneses, J. (2017), al regirse el contrato de afiliación a las AFP por normas de derecho privado, estos “No pueden primar sobre la naturaleza propia de la pensión como derecho fundamental constitucionalmente protegido, y en el que el Estado juega un papel especial como garante en la dirección, control y coordinación del sistema general de pensiones”, lo que ha quedado demostrado en los miles de casos fallados a favor de los afiliados en procesos de ineficacia del traslado, que se han convertido en una herramienta para proteger los derechos e intereses de las y los trabajadores.

Así mismo, la propia Corte Suprema de Justicia (2019), en la sentencia SL1688, señala que el deber de información, con el paso del tiempo, pasó a tener un mayor grado de intensidad la exigencia a las entidades pensionales, del consentimiento informado de los afiliados y se profundizó para acumularles más obligaciones

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

“pasando de un deber de información necesaria a de asesoría y buen consejo y finalmente a de doble asesoría”, lo que denota que, ante las dificultades presentadas, el Estado ha asumido la creación de normas que protejan a los usuarios y afiliados al sistema pensional.

### El deber de información y la doble asesoría en el sistema pensional colombiano



### 4.4 Nulidad e ineficacia de traslado en el sistema de régimen pensional

Una de las obligaciones tratándose de traslados entre regímenes es de cara a las entidades administradoras de pensiones donde éstas tienen el deber de suministrar información, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de manera que se les impone un obrar acorde a la buena y así mismo, la sinceridad que implica una debida información, según los artículos 14 y 15 de la Ley 656 de 1994. Obligaciones que se concluyen en la transparencia, la vigilancia y el deber de información, al punto de asumir el deber del buen consejo y, posteriormente al deber del doble asesoramiento respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior confirmado por una de las más recientes sentencias la SL 4360/2019 ésta es muy clara al definir si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura Jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):

Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos.

Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico.

Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que “la ineficacia en sentido propio o restringido consiste en la alteración de los resultados finales de la figura sin afectar su validez.

En sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 la mencionada Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia.

En efecto, el citado precepto refiere que cuando “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, la afiliación respectiva quedará sin efecto.

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Este tema no es nuevo y cabe recordar que frente a este tema del desconocimiento del derecho a la información, han sido múltiples los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, que han generado una larga línea jurisprudencial a seguir, pues tenemos entre otras, las Sentencias No. 31.989 del 09 de septiembre de 2008, reiterada en las Sentencias No. 31.314 del 09 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, No. 46.292 del 03 de septiembre de 2014, cuya sentencia de instancia es la 46.292 de 2018 (SL 17595); No. 47.125 del 27 de septiembre de 2017 (SL 19447), No. 40.457 del 21 de junio de 2017, No. 52.704 del 21 de febrero del 2018 (SL 413); SL 1421 de 2019; SL 1452 de 2019 y SL 1688 del 08 de mayo de 2019 (68.838).

Grosso modo de la línea Jurisprudencial que se describió anteriormente, podemos destacar aspectos importantes, como:

### 4.4.1 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Cuando el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, hace alusión a las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, las contempló como un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, radicando en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación. La Corte Suprema de Justicia ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento, el cual únicamente se muestra una vez que se saben las secuelas de una elección; por consiguiente, la información se debería exponer en cada una de los periodos del proceso, debería ser plena, verás, apropiada, clara y suficiente; de tal suerte que el afiliado logre comprender los efectos negativos que tienen la posibilidad de derivar del traslado.

Las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Consideró en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente afirmando que

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

“cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás” (CSJ SC3201-2018).

La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional también tiene como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.

Para concluir es pertinente indicar que gracias a la ley 100/93 nos dice que se encuentra conformado por dos regímenes de pensiones, esto es, el régimen de prima media con prestación definida el cual venía aplicándose mucho antes de la vigencia de la citada ley y el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad. Implicando que todas las personas que se vinculen al sistema pensional en el Estado Colombiano, deban tener una completa información acerca de este nuevo modelo pensional, situación que se salió de las manos, en dicho cambio de pasar de Colpensiones a un fondo privado en el que los afiliados tomaron decisiones erróneas, hecho que genero un vicio al no ser una manifestación libre y voluntaria de pertenecer a uno u otro régimen pensional o de realizar traslados entre ellos una amplia asesoría (donde se debía manifestar las calidades del sujeto, edad, ingreso etc.).



## 5 Conclusiones

Debido a la naturaleza jurídica de las administradoras de fondos de pensionales y sus características como entidades financieras, se ven obligadas no solo a responder en cuanto la garantía del derecho a la seguridad social, sino que también, se les impone la tarea de brindar y darles a conocer a sus afiliados y potenciales afiliados toda la información que ellos contengan respecto al proceso y funcionamiento de las Administradoras de Fondos de Pensiones, sea cual sea su modalidad. Con la finalidad de que entiendan cuales serían sus beneficios y posibles perjuicios a corto o largo plazo.

Una vez que los afiliados tienen a su alcance toda la información requerida para que conozcan todos los elementos que conforman las Administradoras de Fondos de Pensiones, pueden elegir de forma voluntaria a qué tipo de régimen quieren pertenecer, pues no están obligados a pertenecer a uno en específico. Sino que, la obligación de los afiliados para con la AFP inicia en el momento en que aquél da su consentimiento de forma voluntaria para adquirir su calidad de afiliado del régimen que haya escogido. Con ello, también se desprende su derecho a obtener información del sistema pensional al cual pertenece.

Para que se logre garantizar el derecho de información de afiliados y potenciales afiliados, las AFP debe explicarle de forma objetiva, justificada y transparente, al posible afiliado un panorama de lo que podría ser y suceder de su futuro como parte de cada uno de los regímenes de pensión y que tan conveniente le resulta, teniendo en cuenta su historia laboral.

Si bien es cierto que existe una amplia regulación normativa respecto a lo que es el derecho de la información de los afiliados al sistema de pensión, en el cual, los tipos de regímenes pensionales están obligados a garantizar y en donde se les impone claramente sus obligaciones como entidades financieras. La verdad es que, este derecho presenta algunas dificultades para verse materializado, por lo menos, como lo establece la ley, pues vemos que, las AFP lo que han hecho es engañar a sus afiliados ofreciéndoles unos

beneficios y ventajas que nunca se dieron, generando así procesos de ineficacia de traslado entre regímenes y, del mismo modo, dando incumplimiento al derecho de información.

Cuando las AFP no dan cumplimiento al derecho de información de forma clara y objetiva, sino que, logran afiliarse a las personas con engaños, dicha afiliación se torna ineficaz, lo cual quiere decir que no tiene ningún tipo de efecto jurídico.

En los casos judiciales donde se debate los perjuicios ocasionados por la AFP a los afiliados, debido a la falta de información del funcionamiento, ante el ocultamiento de esta y la inducción a error de los afiliados dentro del sistema pensional, será la respectiva AFP la encargada de sanear los perjuicios causados al afiliado.

De acuerdo con el análisis realizado por la corte suprema de justicia en sentencia SL1688-2019, respecto a la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, al ser una cuestión inherente al derecho a la seguridad social, que redundará en “un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

En el tema de la omisión del deber de información y asesoría pensional por parte de las AFP para con sus afiliados, la jurisprudencia ha servido para sentar un precedente mostrando la importancia de su transparente y veraz cumplimiento. Así como también ha mostrado que la falta al mismo puede ocasionarle sanciones de gran carácter que ayuden a reparar las situaciones en concreto.

Ha existido una evolución normativa de tipo constitucional para proteger a las y los trabajadores del menoscabo de sus derechos laborales y de su autonomía personal, al complementar el deber de información con el de asesoría y buen consejo, en donde no solo se trata de brindarle información al afiliado sobre los regímenes del sistema pensional, sino que su importancia radica en que la entidad respectiva realice un análisis previo de los antecedentes del afiliado, en dirección de que el asesor emita su consejo ajustado a la realidad de dicho afiliado para evitar posibles perjuicios en su acceso al derecho a la pensión.

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Con la finalidad de no se configure ningún vicio por consentimiento que dé lugar posteriormente a los procesos de ineficacia de traslados y que proteja los derechos pensionales de los afiliados, la Superintendencia les otorgó el derecho a los afiliados de obtener una doble asesoría para la toma de su decisión, donde tanto las Administradoras de Fondos de Pensiones como Colpensiones, ambos regímenes pensionales, se encuentran en la obligación de brindarle al afiliado toda la información sustancial.

La Corte Constitucional ha establecido que el consentimiento informado no se satisface con la simple afirmación de la AFP sobre su cumplimiento, sino que este, debe ser verificable de forma objetiva, con todo el material probatorio que pueda sustentarlo, hecho que está en manos de la AFP, pues la ley ha impuesto que la carga de la prueba de la información previa y del consentimiento está en cabeza de dicha entidad y se erige como condición indispensable para sustentar la validez del acto jurídico de afiliación.

A lo largo de la historia del deber de información por parte de las AFP, el ordenamiento jurídico y sus órganos ha ejercido una mayor exigencia a las entidades pensionales, transformándolo así de un simple deber de información necesaria a uno de asesoría y buen consejo y finalmente a de doble asesoría, con la finalidad de combatir las dificultades presentadas y proteger a los usuarios y afiliados al sistema pensional.

Cuando se habla de nulidad, esta debe entender como todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Lo cual significa que produce que el acto jurídico sea inexistente y no tenga ningún tipo de efectos en la realidad jurídica, porque le falta uno de sus elementos indispensables para su validez. Entonces, cuando una persona que está afiliada en un régimen pensional y pide el traslado al otro régimen, pero fue obligado por el régimen en cuestión podrá declararse como nulo dicho traslado, por haberse forzado el consentimiento como elemento indispensable.

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Para referirse a la ineficacia en sentido estricto, hay que decir que, esta supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. Así, cuando se declara la ineficacia del traslado pensional, el efecto que producirá no será en referencia al segundo régimen; al que se iba a trasladar, sino en referencia al primero; al que ya estaba.

La violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia, pues cuando cualquier persona natural o jurídica vaya en contra o si quiera interfiera de cualquier forma el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto.

La nulidad y la ineficiencia se diferencian porque, mientras que en la primera si se ve afectada la validez del contrato, en la segunda solo se da una alteración de los resultados finales de la figura sin afectar su validez.

6 Referencia

Ley 84, 1873. Código Civil de Colombia.

Ley 100, 1993. Por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. DO. N°:41.148.

Ley 797, 2003. Por medio de 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. 29 de enero de 2003. DO. N°:45.079.

Ley 1328, 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

Ley 1748, 2014. Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. 26 de diciembre de 2014. DO. No. 49376.

Decreto 661, 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la actividad de asesoría y se dictan otras disposiciones. 17 de abril, 2018. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto 2241, 2010. Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones. 23 de junio, 2010. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto 2071, 2015. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo referente a Régimen de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones. 23 de octubre, 2015. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Superintendencia Financiera de Colombia. 2016. Instrucciones en materia del deber de asesoría. Circular Externa 016. [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular\\_supersalud\\_0016\\_2016.htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_supersalud_0016_2016.htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (M.P. Eduardo López Villegas). Sentencia 31989 de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón). Sentencia 31314 de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón) Sentencia 33083 de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón). Sentencia 46292 de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo). Sentencia SL 17595 de 2017.

## Ineficacia en el traslado de regímenes pensionales

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo). Sentencia 40457 de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (M.P Ariel Salazar Ramírez). Sentencia SC3201 de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 4933 de 2019. (M.P Donald José Dix Ponnefz). 30 de octubre de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1689 de 2019. (M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo). 8 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1168 de 2019. (M.P Rigoberto Echeverri Bueno). 3 de abril de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1421 de 2019. (M.P Gerardo Botero Zuluaga). 10 de abril de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1688 de 2019. (M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo). 8 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 3464 de 2019. (M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo). 14 de agosto de 2019.



[https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1017984&downloadname=ce016\\_16.docx](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1017984&downloadname=ce016_16.docx)

Arenas, G. (2012). *El derecho colombiano de la seguridad social*. ed. Legis.

Aristizábal López, M, Caicedo Gonzales, K & Meneses Martínez, J. (2017). *Ineficacia del traslado en el Régimen General de Pensiones por vicios en el consentimiento*. Colombia.

Estrada, J. (2010). *Derechos del capital*. Dispositivos de protección e incentivos a la acumulación en Colombia. UNAL.

Estrada, J. (2012). Configuraciones del capitalismo colombiano en la primera década del Siglo XXI. En: *América Latina en disputa. Reconfiguraciones del capitalismo y proyectos alternativos*. UNAL.

Parra, J. Arias, F.; Bejarano, J.; López, M.; Ospina, J.; Romero, J.; Sarmiento, E. (2020). Sistema pensional colombiano: descripción, tendencias demográficas y análisis macroeconómico. *Ensayos sobre Política Económica (ESPE)*. (96), septiembre.

Rodríguez, R. (2010). *Estudios sobre seguridad social*. Uninorte.

Rosero Goyes, Paola Alejandra. *Nulidad del traslado entre Regímenes Pensionales, determinado por los vicios del consentimiento*. Colombia.

Siza Iglesias, K. (2020). América Latina: Sistemas pensionales, reformas estructurales y pensiones no contributivas. *Revista Legem*. 6, (19). Universidad del Atlántico.

Torres, S. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones en Colombia año 2016. *Revista CES Derecho*. 7. (2). Universidad CES.