

EL DEBER DE INFORMACIÓN FRENTE A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL EN COLOMBIA

*Yury Paola Pinzón Salazar*¹

Resumen

Con la expedición de la ley 100 de 1993 fueron creados dos regímenes de pensiones en Colombia: el régimen de prima media (RPM) que en su inicio fue administrado por el Instituto de Seguros Sociales (actualmente Colpensiones) y el régimen de ahorro individual (RAIS), administrado por fondos privados de pensiones, cada uno de ellos con características propias y excluyentes entre sí, que fueron aprovechados por los fondos de pensiones privados para captar afiliados sin procurar información completa, análisis serio, calificado y global de los antecedentes de cada afiliado, y con consecuencias que se evidenciaron una década después tras las primeras demandas por ineficacia de traslado, lo que generó un debate jurisprudencial que analizaremos en las siguientes líneas.

Palabras clave

Deber de información – buen consejo – doble asesoría – Régimen de Prima Media (RPM) – Régimen de Ahorro Individual (RAIS) – ineficacia – irretroactividad.

Abstract

¹ Abogada, egresada de la Universidad Industrial de Santander. Candidata a Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: abog.paolapinzon@gmail.com Tel: 3177058158

With the issuance of Law 100 of 1993, two pension systems were created in Colombia: El Régimen de Prima Media (RPM), which was initially managed by the Social Security Institute (currently Colpensiones), and the individual savings the Régimen de Ahorro Individual (RAIS), managed by private pension funds, each of them with their own characteristics and mutually exclusive. These were taken advantage of by the private pension funds to attract affiliates without providing complete information, serious, qualified and global analysis of the background of each affiliate, and with consequences that became evident a decade later after the first lawsuits for ineffectiveness of transfer, which generated a jurisprudential debate that we will analyze in the following lines.

Keywords

Duty of information - good advice - double advice - Average Premium System (RPM) - Individual Savings System (RAIS) - ineffectiveness - non-retroactivity.

Introducción

El objetivo primordial de este escrito será determinar la evolución de la aplicación del deber de información en los casos de ineficacia del traslado de Regímenes pensionales por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema. Esto en razón a que la jurisprudencia vigente sobre el particular refiere que pese a que, en el pasado, las normas que exigían el cumplimiento del deber de información comprendían requisitos diferentes a los actuales, las aseguradoras deben acreditar haber cumplido con el deber de información con requisitos establecidos en normas expedidas con posterioridad al momento en que ocurrieron los actos jurídicos de traslado.

En estos casos ha existido una evolución normativa significativa, teniendo tres etapas de desarrollo jurisprudencial: La primera comprendida entre los años 1993 y 2009, la segunda entre 2010 y 2014, y la tercera desde el 2014 hasta la actualidad, las cuales han venido sumando nuevas exigencias informativas a los fondos de pensiones que deben ser acreditadas con soporte documental.

En ese sentido, frente a los traslados realizados durante los años 1993 a 2009, los fondos privados cuentan con un único soporte documental: el Formulario de Afiliación firmado por el solicitante, el cual, para la época, era el único documento exigido para evidenciar el cumplimiento del deber de información. Por lo tanto, los objetivos específicos del trabajo son: Establecer el desarrollo jurisprudencial en estos tres momentos, sus exigencias frente a los requisitos del traslado y la acreditación del deber de información, segundo, exponer la posición que los fondos pensionales tienen respecto del precedente jurisprudencial que maneja la CSJ en estos casos y las posibles consecuencias patrimoniales para los dos Regímenes pensionales (RPMPD y el RAIS) y tercero, analizar si este deber de información se enmarca dentro de la normativa que a la fecha regía o entra en colisión con el principio de irretroactividad de la ley.

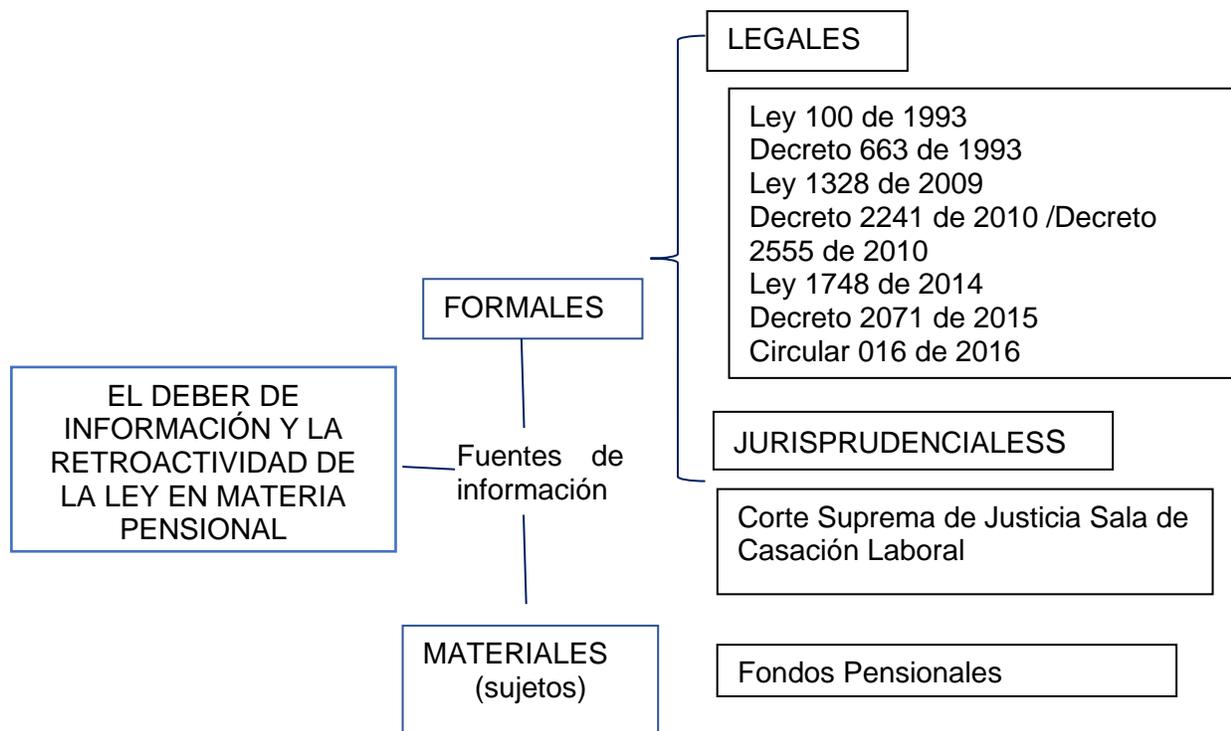
Metodología y antecedentes

Para el desarrollo de las interrogantes planteadas, se desarrolla una investigación con enfoque jurídico de carácter explicativo y cualitativo a partir del análisis del desarrollo jurisprudencial y normativo del deber de información exigido a los Fondos de Pensión en Colombia, sus etapas, la posición de la Corte; y, en especial, la de los Fondos.

Este análisis nos permitirá al final del trabajo presentar unas conclusiones claras sobre el desarrollo y las consecuencias que ha tenido la exigencia retroactiva del deber de información de las aseguradoras de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual, frente a sus nuevos afiliados, y proponer cómo debería ser entonces la exigencia y la acreditación de su cumplimiento, conforme a los principios de la aplicación de las normas en el tiempo.

Cuadro número 1

Fuentes del deber de información



Fuente: propia

En la actualidad hay en curso cientos de procesos de demanda judicial impulsados por afiliados a fondos de pensión privados, que desean retornar desde el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacia el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por Colpensiones, alegando que al momento de su traslado no se les brindó una adecuada asesoría, viéndose engañados con promesas realizadas por los asesores de las aseguradoras, con el único objetivo de captar afiliados.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, mantiene en la actualidad una posición muy clara, la cual es que las aseguradoras debieron cumplir con el deber de información existente para la época, pero que lo deben acreditar cumpliendo con exigencias normativas existentes con posterioridad a la ocurrencia de dichos traslados, de ahí la

necesidad de llevar a cabo un análisis juicioso de cómo ha sido el desarrollo jurisprudencial acerca del deber de información de las aseguradoras frente a los nuevos afiliados y de qué manera está siendo exigida la acreditación de su cumplimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia a los fondos de pensiones en la actualidad.

Es importante señalar que los actuales regímenes pensionales en Colombia fueron creados en virtud de la facultad de configuración legislativa del Congreso de la República en el año 1993, mediante la ley 100 de 1993, la cual entró en vigor el día 1 de abril de 1994. Regímenes pensionales excluyentes, pero que coexisten, cada régimen con unas características propias sobre administración, permanencia, requisitos de pensión, criterios para la liquidación de la pensión de vejez, etc., aspectos que los hacen diferentes en su estructura de funcionamiento y requisitos para consolidar el derecho pensional, sin embargo, si bien es cierto que en algunos casos pueden otorgar prestaciones pensionales en montos disímiles, ambos regímenes son válidos, legales y constitucionales.

A los fondos desde su creación les fue requerido cumplir con un deber de información oportuna frente a las personas que se afiliaran a ellos, deber de información que ha evolucionado con el tiempo y se compone de tres etapas.

La primera etapa de desarrollo normativo, según lo precisó la CSJ en las sentencias SL 1452, 1688 y 1689 de 2019, se denomina como “*Deber de Información*”, la cual comprende un período de tiempo que va desde el año 1993 al 2009, la normativa aplicable a los traslados realizados de régimen pensional en esta etapa, son los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, normas de acuerdo con las cuales, se exigía a las AFP del RAIS, suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones realizadas. En tal sentido, lo que deben probar los fondos de pensión en relación con el cumplimiento del deber de información, es haber llevado a cabo “*una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, 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*” (Corte Suprema de Justicia, 2019a).

Los fondos privados pueden acreditar que las personas que realizaron traslados de régimen durante esta primera etapa fueron asesoradas en todos los aspectos del RAIS y sus diferencias con RPMPD, con la constancia de que ellos plasmaron su firma en el formulario de afiliación, en señal de su voluntad libre, espontánea e informada de selección y afiliación. Lo anterior

en cumplimiento de lo dispuesto por la Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera, conforme con la cual *“Cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular”*, por lo que, para los fondos no es admisible la exigencia que viene haciendo la judicatura de acreditar con documentos adicionales o distintos al formulario, haber cumplido con el deber de información, toda vez que, para dicha calenda, solo les era exigible tener implementado como soporte documental el formulario de afiliación, con los términos, requisitos y formalidades establecidos por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Posteriormente, nace la segunda etapa, la cual comprende los años 1993 al 2014, e inicia con la expedición de la ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, los cuales añadieron al deber de información existente, la denominación de la asesoría y buen consejo, requiriendo a los fondos de pensiones llevar a cabo un análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales a fin de que el promotor o asesor pueda dar un buen consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo del nuevo régimen al que se afiliará.

Finalmente, a partir de la expedición de la ley 1748 de 2014, el Decreto 2041 de 2015, reglamentación que entró en vigencia a partir de la publicación del Decreto 2071 de 2015 el 23 de octubre del año 2015, nació la tercera, y hasta ahora, vigente etapa del deber de información exigido a los fondos de pensiones frente a sus afiliados, la cual se estableció como criterios para la asesoría que deben dar los Fondos, la obligatoriedad de realizar proyecciones financieras cuando así se solicite, la obligatoriedad de doble asesoría para el traslado de régimen, la remisión de extractos financieros detallados y comprensibles. Y más tarde, la Circular 016 de 2016 reguló la re-asesoría frente a los afiliados que están llegando a la edad del límite decenal de retorno.

Es importante entonces preguntarnos, ¿Es viable que aun cuando las aseguradoras cumplieran con el deber de información que les era exigible al momento en que ocurrieron los actos jurídicos de las solicitudes de afiliación entre los años 1993 y 2009, tengan que probar dicho cumplimiento con exigencias normativas posteriores a esa calenda? Y así

mismo, ¿Se ve afectado el Derecho a la defensa y el patrimonio de los fondos pensionales de manera injustificada por la exigencia retroactiva de la ley que hace la Corte Suprema de Justicia frente al deber de información?, ¿Cuál es la posición los Fondos de Pensiones frente a esto?

1. Acreditación del deber de información como requisito de traslado en el régimen pensional, un paralelo entre la normatividad y la jurisprudencia:

En este primer acápite se realizará un bagaje evolutivo de la postura desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del marco normativo en el territorio nacional, referente al deber de información que les asiste a los fondos de pensión para garantizar un debido traslado de sus afiliados a otro régimen pensional.

Para comprender mejor este tema, se hace necesario en primera media, resaltar como el derecho a la seguridad social, ha sido desarrollado por la Constitución Política de Colombia, como un “servicio público” que puede ser prestado por entidades tanto públicas como privadas, pero siempre, bajo la vigilancia y control del Estado como garante de las satisfacciones mínimas de los asociados; de conformidad con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad. (Const. Pol., 1991, art. 48)

A continuación, se expresarán las razones por las cuales, la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral, ha declarado la nulidad del traslado de régimen pensional, por el incumplimiento del deber de información por parte, de manera especial, de las administradoras de fondos de pensión pertenecientes al RAIS, en tres tiempos, veamos:

Cuadro número 2

Etapas legales y jurisprudenciales

| | NORMA APLICABLE | DESARROLLO JURISPRUDENCIAL |
|--|------------------------|---------------------------------------|
|--|------------------------|---------------------------------------|

| | | | |
|---|-----------------------------------|---------------------------|-----------------------------------|
| ETAPA 1 (1993-2009) | • Decreto 663 de 1993 | • Ley 100 de 1993 | • Exp 31989 y 31314 de 2008 |
| ETAPA 2 (2010-2014) | • Ley 1328 de 2009 | • Decreto 2241 de 2010 | • SL 12136 de 2014 |
| ETAPA 3 (2014-2021) | • Circular externa 016 de 2016 | • Ley 1748 de 2014 | • Decreto 2071 de 2015 |
| | | | • SL 17595 y 19447 de 2017 |
| | | | • SL 1452, 1688 y 1689 de 2019 |
| | | | • SL 373 de 2021 |

Fuente: propia

1.1. Primera etapa: De 1993 a 2009:

En el marco comprendido en este periodo de tiempo, y ya como fue señalado con anterioridad, la expedición de la Ley 100 de 1993 configuró un giro de 360° en el mundo de la seguridad social en Colombia; entre otras, porque la consolidación del “Sistema General

del Pensiones”, debe caracterizarse por el ejercicio de la “libre y voluntaria” selección que le asiste al afiliado frente a cada uno de los regímenes, elementos esenciales que deben constar de forma escrita, independientemente de si la novedad a reportar es vinculación o traslado. (Ley 100, 1993, art.13, lit b). Así mismo, el artículo 114 de la mencionada Ley, reitera la necesidad de que el usuario manifieste en caso de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y de manera escrita su intención, haciendo contar que su elección se realiza en términos de la libertad.

Por su parte, el Decreto 663, 1993, mediante el cual se actualizó el estatuto financiero para 1993, modificado por la Ley 795 de 2003; consagró que toda entidad que sea vigilada por la superintendencia financiera, en este caso las administradoras privadas de fondos de pensiones², están en la obligación de brindar a todos sus afiliados o posibles vinculados la información requerida como garantía de transparencia en el proceso, y como respaldo de que dicha elección es la mejor en el mercado (art. 97).

Ahora bien, en cuanto a las disposiciones de la H. sala de casación laboral de la Corte Suprema de justicia frente a la declaratoria de nulidad de traslado, se precisa el siguiente caso para la consolidación de la sentencia fundadora bajo expediente 31989 de 2008: el señor Juan Rafael Vargas Jaramillo, decide realizar el traslado del régimen pensional a partir del 6 de abril de 1998 a la AFP Porvenir, para lo cual suscribió sin presión alguna un documento en el constaba su intención de hacer dicho traslado; bajo la idea de recibir mejores prestaciones económicas al momento solicitar la pensión, esto es, el 10 de julio de 2001. Tal fue la sorpresa del señor Vargas, al encontrarse con un reconocimiento de la pensión sumamente desfavorable y contrario al que le habían prometido en el momento de la asesoría.

Frente al particular, la Corte resaltó de manera enfática la negligencia materializada por la AFP Porvenir, al no brindar información completa; situación que quedó en evidencia al constatar que el señor Vargas cumplía con los requisitos de la Ley 33 de 1985 (55 años de edad y 20 años de servicio) al momento en que optó por realizar el traslado, en otras palabras, que para 1998 ya podía ser beneficiario de su pensión en el régimen de prima media, con mejores prestaciones; sin que ello fuese advertido por parte de la AFP al usuario. Así mismo, indujo en error al afiliado, al no advertir que su propuesta se realizaba bajo la modalidad de

² El decreto 656 de 1994, “por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones.” dispuso que las AFP están sujetas al estatuto orgánico del sistema financiero. (Art 10)

retiro programado y que estaba sujeta a rendimientos de capital, lo cual se refleja en un descalabro económico para el pensionado. De ahí que, para la Corte, las AFP, deben brindar información clara que incluya las diferentes alternativas y consecuencias, hasta el punto de darle a entender más allá de toda duda cual es la opción que más le perjudica, así: *“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 entonces, que la información sesgada y los silencios que guardan los asesores comerciales relativo a los datos que son realmente importantes para tomar la decisión, constituyen “condiciones el engaño”, razón por la cual la carga de la prueba de la diligencia debida es trasladada a la entidad demandada.”* (Corte Suprema de Justicia, 2008a)

Lo anterior, obedece a que, si bien las AFP son sociedades financieras, prestan un servicio público en el que debe primar el interés social, y no sus propias metas de crecimiento. En palabras de la Corte:

“Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez” (Corte Suprema de Justicia, 2008a)

De manera análoga, fueron usados estos mismos argumentos por parte de la Corte, dentro del expediente 31314 de 2008, cuando el señor José Mardoque Jiménez, afiliado inicialmente a Cajanal, con 62 años cumplidos y más de 19 años de servicio como servidor público al momento de hacer el traslado a Porvenir S.A en 1997. (Corte Suprema de Justicia, 2008b)

1.2. Segunda etapa: De 2010 a 2014:

Esta etapa reconocida como la del deber de información y el buen consejo tiene por preámbulo la Ley 1328 de 2009; que, entre otras, describe los principios rectores de la relación que surge entre los afiliados al RAIS y las AFP, destacando entre ellos el de la debida diligencia en la prestación del servicio, la libre elección y la entrega de información dentro de los criterios de oportunidad, suficiencia y cierta. (Art.3)

Así mismo, el Decreto 2241 de 2010 *“Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones”* resalta como mecanismo garante para los afiliados o posibles afiliados a las AFP del fondo privado el deber de información y buen consejo que respalde la toma de la buena decisión informada sobre las modalidades de pensión y sus efectos (Presidencia de la República de Colombia, 2010)³.

Ahora bien, en sentencia SL 12136 de 2014, se decide sobre el recurso impetrado por el señor Julio Cesar Chacón dentro de proceso contra el ISS; resaltando que siendo cotizante del ISS, optó por trasladar sus aportes a Colfondos desde el año 2000 a 2002; lo cual conllevó (sin que él fuese consciente) a una pérdida de beneficios fijados en el régimen de transición. En esta oportunidad, la Corte destaca de manera especial como el fin de la seguridad social es garantizar que las personas puedan desarrollar una vida acorde a su dignidad humana, contentiva de derechos irrenunciables queden ser garantizados. Por tal razón, la corte reitera lo dispuesto en el expediente 31989 de 2008 al manifestar, entre otras que: *“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla”*; agregando además en este caso, que el traslado no contó con la documentación previa necesaria ni con la exposición de efectos del traslado sobre el derecho pensional. Como resultado de ello, el ocultamiento de datos o la emisión de forma incompleta por parte de las previsoras pensionales, configura un vicio en el consentimiento del cotizante. (Corte Suprema de Justicia, 2008a)

1.3. Tercera etapa: De 2014 a 2021

³ El decreto 2241 de 2010 fue incorporado en el Decreto 2555 del mismo año en los artículos 2.6.10.1.1 y siguientes.

En este momento histórico, el deber de información, el buen consejo y la doble asesoría se consolidan como el triángulo equilátero perfecto que permite a los asociados tener garantías para afiliarse o trasladarse de régimen pensional; para ello se expide la Ley 1448 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera; normatividad relativa a la compromiso ineludible de las AFP (de los dos regímenes), de brindar por intermedio de sus asesores toda la información necesaria ya fijada por las normas precedentes, casi que de manera simultánea a sus asociados que estén interesados en hacer su traslado pensional, como requisito previo para proceder a ello. Cabe resaltar que la circular 016, fija los protocolos y/o solemnidades requeridas para hacer efectivo el traslado.

Continuando con la línea, y frente al mismo caso desarrollado por la SL12136 de 2014; la Corte se pronuncia nuevamente en el año 2017 haciendo énfasis en las características fijadas por la jurisprudencia frente al deber de información en los traslados de regímenes pensionales, así:

“(i) la información que comprende roas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 mayúscula y vitales, como 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 le 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, 2017a)

Algo semejante ocurre en el proceso adelantado por la señora Amparo de Jesús Arango de Solórzano, contra la AFP Protección S.A., y el entonces Instituto de Seguro Social ISS; se aduce la prestación de una asesoría insuficiente por parte del asesor de ventas de Protección, quien al momento en que se materializó el traslado, esto es 2 de mayo de 2001, desconoció y/u omitió que la ciudadana ya tenía causada la pensión de vejez de la que trata el Acuerdo 049 de 1990⁴.

Para la Corte, el sistema pensional está dirigido a la salvaguarda de la dignidad humana y obedece al interés de “*reforzar la protección social*” como un servicio público; por tal razón, se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el ya mencionado artículo 13 de la Ley 100 del 93: que sea “*libre y voluntaria*”; pero, para que la elección se configure de tal manera, no es suficiente con que ello se manifieste de forma expresa en un formulario consignado inclusive de puño y letra de la afiliada, sino que no quede duda alguna que dicha libertad sea informada a plenitud de los pros y contras que cada uno de los regímenes podría traer sobre el futuro de las personas e inclusive de su núcleo familiar; situación que no se configuró en el particular, al no indicarle a la actora que ya tenía derecho a acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida. (Corte Suprema de Justicia, 2017b)⁵.

Por otro lado, la Corte destacó que: las AFP son entidades organizadas que se encuentran en una posición de superioridad al contar con equipos actuariales, en contra posición a los afiliados, quienes, dadas las limitaciones educativas, socioeconómicas y culturales, carecen de conocimientos para tomar la decisión que más le favorezca a la hora de elegir a que entidad quieren confiar su futuro pensional. Es por tal razón, que la Sala Laboral de dicha corporación, destaca que está en cabeza de los fondos dar cumplimiento al deber de información según el momento histórico, que no es otra cosa más que brindar al usuario una información cierta, completa y oportuna que contemple las características legales, los requisitos de acceso a la pensión, los efectos y riesgos de cada régimen, inclusive la posible pérdida de beneficios pensionales.

Lo anterior, fue manifestado mientras se resolvía el recurso de casación dentro del proceso interpuesto por la señora Gloria Inés Restrepo, quien trasladó sus aportes pensionales

⁴ El acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establece como requisitos de acceso a la pensión de vejez para las mujeres: tener 55 años y un acumulado de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

⁵ Sentencia de instancia SL 4989 de 2018.

del ISS (hoy Colpensiones), a Porvenir S.A en 1995. Finalmente, y tras hacer un análisis de los fallos que hasta la fecha ha dispuesto la Corte, en esta oportunidad reitera que: “... *sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse*” procede la ineficacia del “*acto jurídico del traslado*” cuando existe una violación al deber de información según las particularidades de cada caso. (Corte Suprema de Justicia, 2019a)

Simultáneamente, en providencias SL 1688 Y 1689 de 2019 se reafirma la postura de la Sala al destacar que: cuando las personas ignoran las implicaciones que el traslado produce sobre sus derechos prestacionales, es imposible afirmar que dicho acto jurídico se materializa de forma libre y voluntaria. Por tal razón las AFP no pueden ser incomprensivos ante la responsabilidad social y empresarial que recae sobre ellas al prestar un servicio público que garantiza derechos *prohomine*. Para ello, el deber de asesoría y buen consejo debe aplicarse desde una perspectiva holística que no pase por alto los pormenores del deber de información, mientras se brinda un acompañamiento con personal versado en la materia. (Corte Suprema de Justicia, 2019a).

Finalmente, en el 2021 esta sala destaca la existencia del error de hecho al acreditar el mandato del deber de información con la mera existencia del formulario de reasesoría, y más cuando estos solo ponen de presente lo que concierne a los beneficios de pertenecer al RAIS, pero sesga la información la del RPM; reiterando así lo concerniente al deber de información desde la sentencia del 2008. (Corte Suprema de Justicia, 2021).

Hasta este momento, la inobservancia del deber de información constituía la ineficacia del acto jurídico de traslado, por lo cual se gesta la retrotracción del hecho al estado inicial como si traslado nunca se hubiese tan siquiera solicitado. En virtud de ellos, las AFP del RAIS estaban en la obligación de trasladar el capital ahorrado y sus rendimientos a Colpensiones. Sin embargo, en esta providencia del 2021, la Corte sorprende al apartarse un poco dicha postura, cuando se trata de un actor que ya adquirió la calidad de pensionado en el RAIS; pues precisamente esa calidad o estado de pensionado es un “estatus jurídico” que no es dable revertir por las injerencias que ello tendría sobre las personas y sus derechos; especialmente porque el capital aportado pierde su integridad y ello conllevaría a su vez a un escalabro en la deuda pública, razón suficiente para señalar que el actor tiene la facultad de demandar la indemnización de perjuicios en virtud de la Ley 446 de 1998, art 16, cuando

considere que dado el incumplimiento de ese deber de información, se sufrió un perjuicio en el monto de la mesada pensional.

De modo que, para la Corte Suprema de Justicia, la carencia de información brindada por las AFP en cuanto a las pérdidas de benéficos o afectaciones al disfrute del derecho a la pensión ocasionadas por el traslado, no era más que una estrategia de mercado para ganar consumidores.

2. La tesis de defensa de los fondos pensionales ante la declaratoria de nulidad del traslado:

En las subsiguientes líneas, se pretende describir la postura de los fondos pensionales tanto en el RPMPD, como en el RAIS; así como las posibles consecuencias en el mercado:

Por lo que se refiere a las administradoras del RAIS, han sido enfáticas al señalar que, en los casos particulares, los afiliados sabían de las implicaciones del traslado y que aun así declaraban bajo la gravedad de juramento su deseo ferviente de llevar sus aportes al régimen privado, tal como lo manifestó Protección SA en fallo SL 19447 de 2017. Dicha postura guarda concordancia con lo expuesto por el presidente de Asofondos⁶ Santiago Montenegro Trujillo en la audiencia pública de la Corte Constitucional relativa a “ *las implicaciones de los traslados extemporáneos de los fondos privados de pensiones a Colpensiones*” en la que señaló que la única justificación de la Corte Suprema en Sala de Casación Laboral, para permitir dichos traslados se basa en el supuesto de la indebida asesoría que se le brindó a los afiliados; sin embargo, resalta que la información otorgada en dicha época a los usuarios era adecuada a las realidades laborales de ese momento, y que es imposible prever a ciencia cierta un futuro para poder determinar cuál es el régimen de pensión que va a beneficiar al cotizante cuando cumpla con los requisitos o no. Destaca que está de acuerdo con los fallos que permiten el traslado de las personas beneficiarias del régimen de transición pues ya contaban con una expectativa legítima (Corte Constitucional, 2021b).

Así mismo, la vicepresidenta de Asofondos manifiesta que la postura de la Corte Suprema ofrece una protección excesiva de los intereses particulares sobre el bienestar general pues los subsidios se terminan otorgando a personas con mayores ingresos. De

⁶ Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías

manera análoga, destaca que: si solo hasta el 2010 se regló la obligación del buen consejo y en el 2014 el deber de la doble asesoría por parte de las AFP, les era imposible a estas entidades adivinar que debían cumplir con dicho deber antes de esas anualidades y que por tal razón, ni las condiciones ni el material probatorio presentado por los fondos privados en estos procesos han sido suficientes para demostrar que a partir de 1994 han dado cumplimiento al deber de información bajo el entendido que este solo requería una explicación somera de la estructura del sistema pensional en Colombia; así como en una asesoría acorde a la realidad familiar y la historia laboral del posible afiliado en aquel tiempo, atendiendo también las condiciones de mercado de la época donde la tasa de interés era más alta y la expectativa de vida más baja; destacando que la mayoría de los casos que han llegado a los estrados judiciales son respecto a traslados que se efectuaron antes del 2000.

Acto seguido, describió como anualmente el traslado de recursos de los fondos privados a Colpensiones oscila entre los 6 y 9 billones de pesos anuales; y que teniendo en cuenta que los aportes se encuentran invertidos en diferentes títulos, las órdenes judiciales de trasladar recursos hacen que se tengan que vender estos portafolios de manera anticipada generando caos operativamente hablando, así como un déficit fiscal y una inestabilidad en los mercados de capitales. (Corte Constitucional, 2021a).

Por su parte, Colpensiones a través del Dr. Villa Lora destaca que, si bien no suelen ser demandadas en estos procesos de nulidad de traslado, son vinculados por los despachos judiciales y obligados a dar cumplimiento a las providencias; siendo entonces necesario gastar más de catorce mil millones en defensa judicial cada año, sumado al gasto extra para dar cumplimiento a dichos fallos. En concordancia con ello, tanto el Dr. Leonardo Villar presidente del Banco de la República, como el ministro de hacienda José Manuel Restrepo, coinciden al afirmar que el decreto de la nulidad en el traslado de régimen pensional, general temporalmente un alivio sobre las finanzas públicas en un plazo irrisorio; pero el pago que debe asumir Colpensiones es mucho más alto al monto que recibieron del RAIS, lo cual implicaría un pasivo pensional de treinta y cinco billones de pesos, que no sería más que una deuda pública que comprometería el 40% del PIB. *“De esos 35 billones, el 25 por ciento refiere a personas que recibirían entre 4 y 25 millones de pesos mensuales. En conclusión, esto tiene un costo fiscal alto, que puede ser mucho más alto, pero sobre todo de inequidad*

porque el Estado termina subsidiando en más de un 85 por ciento a personas que ganan más de 4 millones de pesos" (Corte Constitucional, 2021b)

3. Nulidad del traslado, deber de información y principio de irretroactividad:

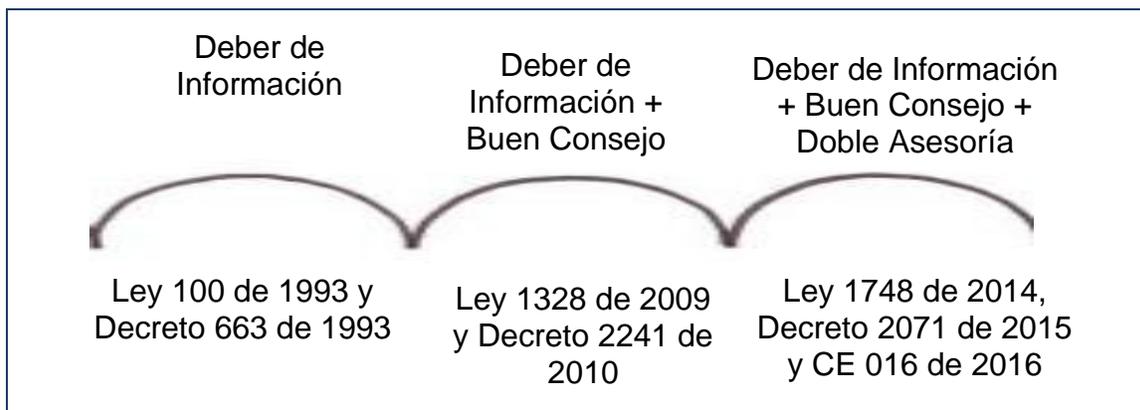
Acerca del deber de información, la carta magna exalta el derecho que recae sobre toda persona para “*recibir información verás e imparcial*” (art 20) como un componente fundamental para el desarrollo de un estado social de derecho. Por tal razón, la Corte Constitucional ha reiterado que la veracidad no solo se excluye cuando se presentan datos falsos o inexactos, sino también cuando se utiliza un lenguaje poco claro, manipulador o con carencia de objetividad que conlleva a la confusión (Corte Constitucional, 2013). Ahora bien ¿qué sucede cuando ese deber de información ha sido reglado en diferentes momentos históricos dentro de los trámites de traslado de régimen pensional, y pretende darse su aplicación fuera de la vigencia de la norma? Antes de ahondar en el cuestionamiento, es preciso traer a colación la descripción que la Corte Constitucional realiza del principio de la irretroactividad de la Ley, entendido este como un garante de la estabilidad en donde no se puede “*regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron.*” (Corte Constitucional, 2013).

Por otro lado, las autoridades judiciales están “*sometidas al imperio de la ley*” en virtud del principio de legalidad, sin desconocer las demás fuentes del derecho, tales como la jurisprudencia y la doctrina. (Ley 1564, 2012)

Pues bien, como ya evidenciamos en el primer acápite de este escrito, el deber de información ha dado tres grandes avances para garantizar que la toma de decisiones de traslados régimen pensional se hagan con la mayor ilustración posible y no por omisiones de la información o por apreciaciones de personas conocidas del cotizante o asesoras del traslado que emanan juicios de valor sin analizar de forma detallada y completa la historia laboral y la situación familiar del trabajador, recordemos:

Cuadro número 3.

Evolución del deber de información



Fuente propia

Pues bien, a simple vista podría decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera caprichosa cambio las reglas de juego para las AFP cuando de traslados de fondos pensionales se trata; haciendo uso así de la retroactividad de la ley al exigir requisitos que nacen a la vida jurídica mucho tiempo después de la materialización del acto jurídico.

Frente al particular y haciendo un análisis de las “*tensiones jurídico constitucionales*” que evocan el tema en comento; el entonces presidente de la Sala de Casación Laboral, Doctor Omar Ángel Mejía, destaca como el RAIS en virtud de la Ley 100 tiene cualidades especiales que permiten acceder a la pensión en cualquier edad siempre y cuando el afiliado cuente con los insumos necesarios para ello; acto seguido, resalta como estas sociedades privadas y previsionales deben contar con capacidades administrativas, técnicas, humanas y económicas (margen de solvencia y reserva legal del 50% del capital suscrito); rigiéndose además de la mencionada Ley, por aquella normatividad que regula a las empresas de servicios financieros. Manifiesta que, desde los orígenes de la normatividad de la prestación de servicios financieros, el deber de información ha sido un pilar elemental para la prestación de estos, y más aún aplicable cuando se trata de requisito previo para el traslado de régimen pensional para proteger y regular la relación entre el consumidor financiero y las AFP para el caso en particular. Ahora bien, dada la gran magnitud de personas que acudieron a la administración de justicia por la presunta entrega de información incompleta y engañosa opta por consolidar una línea jurisprudencial (ya desarrollada en el primer capítulo) que gira en

torno a la obligación del deber de información que le asiste especialmente a la AFP del RAIS como requisito de eficacia del traslado: “la decisión del traslado solo es eficaz si se prueba que el afiliado tubo consentimiento plenamente informado”. (Corte Suprema de Justicia, 2021)

Para la Corte a través del Magistrado Ibáñez, dicha línea jurisprudencial se ha ido configurando en atención a las particularidades de cada caso y de cara a las disposiciones legales expedidas para la protección especial de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones (Corte Constitucional, 2021a).

En definitiva, y tras analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial, se puede deducir que el deber de información se ha reconocido desde el origen de la Ley 100 del 93, sin embargo, sus evoluciones se constituyen más bien en formalidades para garantizar la protección de los derechos y garantías de los asociados; pues si bien no le es exigible a las AFP en el año 99 por ejemplo, brindar la doble asesoría, si estaba bajo su tutela ofrecer toda la información y estudio pertinente al caso para que el posible cliente decidiera sobre su futuro pensional de la forma más aterrizada según su realidad.

Conclusiones

1. La información es una figura de doble sentido que opera como derecho y como deber que se ha reconocido desde la configuración de la dualidad de regímenes pensionales. Ahora bien, dada la necesidad de brindar mayor cobertura y salvaguardar los intereses de los asociados, el deber- derecho se ha ido reforzando para que esta se entregue de forma oportuna, clara y completa.

2. La Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia no da aplicación retroactiva a las normas que fueron promulgadas con posterioridad a los traslados que han sido demandados, más bien ha desarrollado de forma ilustrativa el deber de información reconocido desde el nacimiento de la ley 100 de 1993 y la obligación de informar de forma particular respecto de cada afiliado, las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado.

3. Como la carga probatoria de demostrar el cumplimiento del deber de información está en cabeza de las AFP, estas entidades tienen la responsabilidad de producir evidencias que demuestren tal cumplimiento, evidencias que van más allá de diligenciar un formato en el que conste que el traslado se hace de manera “libre y voluntaria”
4. El desconocimiento del derecho o deber de información, no es eximente de responsabilidad para las partes de su cumplimiento o disfrute.
5. La postura de la Corte Suprema en Sala de Casación Laboral, busca garantizar el futuro pensional de quienes acuden a ella, frente a los efectos financieros que un traslado mal informado podría acarrear sobre los afiliados
6. Como quiera que los usuarios del Sistema General de Pensiones se encuentran en su mayoría en un estado de indefensión frente a las AFP por las distintas realidades socioeconómicas y educativas que atraviesa el país, el deber de información se constituye en una máxima para poner en equilibrio la balanza que se suscita como resultado de la relación entre las partes.

Referencias

Congreso de la República de Colombia (diciembre 23 de 1993) Artículo 13 [Título I]. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [Ley 100 de 1993]. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#13

Congreso de la República de Colombia (diciembre 23 de 1993) Artículo 114 [Título IV]. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [Ley 100 de 1993]. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#13

Congreso de la República de Colombia (diciembre 26 de 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. [Ley 1748 de 2014] Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1748_2014.html

Congreso de la República de Colombia (julio 15 de 2009) Artículo 03. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. [Ley 1328 de 2009] Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36841>

Congreso de la República de Colombia (julio 12 de 2017) Artículo 07, Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [Ley 1564 de 2012] Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 20 [Titulo II]. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#:~:text=ARTICULO%2048.,t%C3%A9rminos%20que%20establezca%20la%20Ley

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 48 [Titulo II]. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#:~:text=ARTICULO%2048.,t%C3%A9rminos%20que%20establezca%20la%20Ley.

Presidencia de la República de Colombia (abril 2 de 1993) Artículo 97. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración [Decreto 663 de 1993]. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1348>

Presidencia de la República de Colombia (junio 23 de 2010). Por el cual se reglamenta el

Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2241 de 2010] Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39900>

Presidencia de la República de Colombia (octubre 23 de 2015). Por el cual se modifica el Decreto número 2555 de 2010 en lo referente al régimen de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones. [Decreto 2071 de 2015] Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89118>

Superintendencia Financiera de Colombia (abril 28 de 2016). Instrucciones en materia del deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes pensionales y se adiciona información a los extractos de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida [Circular 016 de 2016] Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_superfinanciera_0016_2016.htm

Corte Constitucional (28 de enero de 2013). Sentencia T 040 de 2013. [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-040-13.htm#:~:text=La%20libertad%20de%20expresi%C3%B3n%20se,fundar%20medios%20masivos%20de%20comunicaci%C3%B3n.>

Corte Constitucional (10 de agosto de 1998). Sentencia C-402. [M.P Fabio Moron Diaz]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-402.htm#:~:text=misma%20Corte%20Constitucional.,Una%20nueva%20ley%20dispone%20del%20principio%20fundamental%20para%20la%20seguridad,ley%20bajo%20la%20cual%20se>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (9 de septiembre de 2008a) Sentencia

Expediente 31989 [MP Eduardo López Villegas] Obtenido de <https://casacioneslaboralestabares.com.co/wp-content/uploads/2019/09/3198909-09-08-7.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (09 de septiembre de 2008b) Sentencia Expediente 31314 [MP Elsy del Pilar Cuello Calderón] Obtenido de <https://app.vlex.com/#vid/552523306>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (03 de septiembre de 2014) Sentencia SL 12136 [MP Elsy del Pilar Cuello Calderón] Obtenido de <https://app.vlex.com/#vid/714605085>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral(18 de octubre de 2017a) Sentencia SL 17595 [MP Fernando Castillo Cadena] Obtenido de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/SL17595-2017.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (27 de septiembre de 2017b) Sentencia SL 19447, Expediente 47725 [MP Gerardo Botero Zuluaga] Obtenido de <https://app.vlex.com/#vid/737601929>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (03 de abril de 2019a) Sentencia SL 1452 [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo] Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl_sl1452_2019_2019.htm

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (08 de mayo de 2019b) Sentencia SL 1688 [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo] Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/Novedades/SL1688-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (08 de mayo de 2019c) Sentencia SL

1689 [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo] Obtenido de
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/Novedades/SL1689-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (10 de Febrero de 2021) Sentencia SL 373 [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo] Obtenido de
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bmar2021/SL373-2021.pdf>

Corte Constitucional (28 de octubre de 2021a). Audiencia Pública - discusión sobre el traslado de un fondo privado de pensión a Colpensiones. [M.P Jorge Enrique Ibáñez Najjar] [Archivo de video]. Obtenido de
<https://www.youtube.com/watch?v=Sp5a18W3phU>

Corte Constitucional (28 de octubre de 2021b). Audiencia Pública - discusión sobre el traslado de un fondo privado de pensión a Colpensiones. Intervención de Clara Elena Reales. [M.P Jorge Enrique Ibáñez Najjar] [Archivo de video]. Obtenido de
<https://www.youtube.com/watch?v=Sp5a18W3phU>