



Traslado de régimen pensional: deber y derecho a la doble asesoría

Recibido: 3 de febrero de 2022 • Aprobado: 27 de julio de 2022
<https://doi.org/10.22395/ojum.v22n47a17>

Adriana Camila Clavijo Tapia

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia
adrianaca.clavijo@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-0425-8776>

Resumen

En el presente artículo se realizará una investigación cualitativa con la que se pretende dar a conocer la situación actual de Colombia frente a las declaraciones de ineficacia de traslado de régimen pensional, basándose en la falta de aplicación del deber y derecho de doble asesoría. Esta situación tiene origen con la expedición de la Ley 100 (1993), debido a que con la misma se crearon dos regímenes pensionales que coexisten, pero que son excluyentes entre sí. Con esto no se logró regular oportunamente la figura objeto de estudio, teniendo como resultado la inconformidad de una gran cantidad de colombianos al momento de obtener su derecho pensional. Esto se debe a que la expedición de la ley en mención generó un gran vacío normativo que no fue resuelto en su debido momento, por lo tanto, en la actualidad, se están vulnerando los derechos fundamentales de muchos colombianos.

Palabras clave: pensión; seguridad social; anciano; asesoramiento jurídico; bienestar social.

Transfer of Pension Regime: Duty and Right to Double Advice

Abstract

This article aims to make known the current situation in Colombia in the face of the declarations of infection of the transfer of the pension scheme based on the lack of application of the duty and right to double counseling, a situation that originated with the issuance of Law 100 of 1993, because with it two pension regimes were created that coexist but are mutually exclusive, and the figure under study was not regulated promptly. To achieve the proposed objective, the legal foundations and the jurisprudential development that the figure of double pension counseling has had in Colombia in the last thirty years will be analyzed, likewise, the affectation that causes the non-application of said duty and right in the affiliates and Potential members of the General Pension System, finally, conclusions are presented.

Keywords: pension; social security; elderly; legal counseling; social welfare.

Transferência do sistema pensionista: dever e direito à dupla assessoria

Resumo

No presente artigo será realizada uma pesquisa qualitativa com a qual se pretende dar a conhecer a situação atual da Colômbia frente às declarações de ineficiência da transferência do sistema pensionista, com base a falta de aplicação do dever e direito à dupla assessoria. Esta situação tem origem com a expedição da Lei 100 (1993), devido a que com a mesma foram criados dois sistemas de aposentadoria que coexistem, mas que se excluem entre si. Com isto não se conseguiu regular oportunamente a figura objeto de estudo, tendo com resultado a inconformidade de uma grande quantidade de colombianos que ao momento de obter seu direito de aposentadoria. Isto se deve a que a expedição da lei mencionada gerou um grande vazio normativo que não foi resolvido no seu devido momento, portanto, na atualidade, estão a ser violados os direitos fundamentais de muitos colombianos.

Palabras-chave: pensão; segurança social; idoso; aconselhamento jurídico; bem-estar social.

Introducción

El presente artículo de investigación proviene de la actividad académica e investigativa propia de la autora, dicha investigación surge como resultado de los estudios de posgrado realizados en el área del derecho laboral y de la seguridad social en la Universidad del Rosario, y de la extensa revisión de jurisprudencia, leyes y decretos relacionados con el tema bajo estudio.

Como resulta evidente, "el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten" (Ley 100, 1993, art. 12), dichos regímenes son: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Cabe resaltar que desde la expedición de la ley precitada han existido diferentes reformas que obedecieron al "propósito de resolver problemas de cobertura, inequidad y sostenibilidad financiera, en relación con este último aspecto, en el año 2005 fue promulgado el Acto Legislativo 01 que elevó la sostenibilidad financiera al rango constitucional" (Duque Gómez y Duque Quintero, 2016, p. 41).

Sin embargo, con la expedición de la Ley 100 (1993) se dejó un vacío normativo en lo concerniente a la falta de asesoría por parte de los promotores de los dos regímenes, es decir, no se predijo lo que sucedería en los casos en que los afiliados y potenciales afiliados se trasladen de régimen o se afilien a un régimen sin haber recibido, previamente, la información clara, completa y necesaria para tomar una decisión de tal importancia. Esta falta de regulación generó, como consecuencia directa, que una gran cantidad de personas presentaran demandas donde solicitan que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, basándose en que no recibieron la asesoría adecuada y oportuna por parte de los promotores y, en otros casos, recibieron información pero la misma no fue completa o se omitieron muchos datos como, por ejemplo, la proyección de pensión; dicho en otras palabras, fundamentan sus pretensiones en el traslado o afiliación de forma irregular al no recibir la asesoría adecuada.

Por esta razón, en la actualidad se implementó una figura jurídica de doble asesoría, con el fin de evitar el desconocimiento de las ventajas y desventajas que causa el traslado de un régimen pensional a otro. Esta figura genera una obligación hacia los dos regímenes de otorgar una asesoría pensional transparente y a realizar proyecciones especializadas para otorgar un mayor conocimiento de la decisión que se piensa tomar (Cáceres Mojica, 2019, p. 4).

El presente artículo tiene como objetivo general analizar el derecho y deber de doble asesoría, su fundamento jurídico y su desarrollo legal y jurisprudencial. Para lograr dicho objetivo se realiza un artículo de revisión descriptivo en el cual se "proporciona al lector una puesta al día sobre conceptos útiles en áreas en constante evolución" (Guirao-Goris et al., 2008, p. 6), donde se estudian y analizan leyes, decretos,

circulares, posiciones de algunos autores frente al tema de estudio y las posiciones que han tomado las altas cortes en los últimos treinta años en lo relacionado con el derecho y deber de doble asesoría. Para la localización de los documentos bibliográficos se acudió a la búsqueda en internet en el buscador Google Scholar, al igual que en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. Se utilizaron descriptores como: "ineficacia de traslado de régimen pensional", "regímenes pensionales", "deber de doble asesoría", "falta de aplicación de deber de doble asesoría", "deber de información". Cabe resaltar que para la búsqueda únicamente se tuvo en cuenta lo manifestado dentro de los últimos treinta años, debido a que en este tiempo se expidió la Ley 100 (1993) con la cual surgió el tema objeto de estudio.

El artículo se divide en cuatro partes. La primera es una breve explicación de la realidad actual de Colombia, en razón de la falta de regulación del derecho y deber de doble asesoría por parte de los dos regímenes pensionales, es decir, la situación actual que está atravesando el país debido a la falta de aplicación de dicho deber.

En la segunda parte se realiza un estudio de los fundamentos jurídicos y legales del derecho y deber de doble asesoría para los traslados de régimen pensional, donde se analizan las leyes, decretos y circulares que resultan relevantes para entender la importancia de la aplicación de la figura en estudio y cómo se dio la creación de esta.

Posteriormente, se dan a conocer las posiciones que han tomado las altas cortes frente al tema objeto de estudio en los últimos treinta años, es decir, se realiza un estudio del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho y deber de doble asesoría, su significado, las consecuencias que conlleva la falta de su aplicación y la forma como debe ser presentado el mismo.

Finalmente, se analiza el significado, las causales y los efectos que genera la declaración de la ineficacia en los traslados de régimen pensional, esto, de acuerdo con lo planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

1. Situación actual de Colombia debido a la falta de aplicación del derecho y deber de doble asesoría

Actualmente existe la figura de la doble asesoría, la cual consiste en el derecho que tienen los afiliados y potenciales afiliados al Sistema General de Pensiones a recibir información de asesores y promotores de los dos regímenes vigentes en Colombia sobre las ventajas y desventajas que tendría al afiliarse o trasladarse a un régimen pensional. Esta figura le otorga la posibilidad al usuario de crear un juicio imparcial y, sobre todo, objetivo, sobre las características, fortalezas y debilidades con las que cuenta cada régimen pensional, lo que conllevaría a conocer claramente los efectos jurídicos del traslado.

Al existir dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, las AFP (Administradora de Fondos de Pensiones) tienen la obligación de otorgar a sus afiliados y potenciales

afiliados información clara, transparente y completa sobre las ventajas y desventajas que conlleva la afiliación y traslado de uno de los dos regímenes, teniendo en cuenta la situación por la que atraviesa cada persona (Equipo de redactores Legis, 2021).

El deber mencionado con anterioridad es de suma relevancia por cuanto se trata de la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que han culminado su etapa de vida laboral activa, por lo tanto, algunos autores afirman lo siguiente:

El deber de información y asesoría pensional por parte de las AFP es fundamental en el Sistema General de Pensiones, por los derechos y expectativas pensionales que se han de adquirir, y por la naturaleza misma del consentimiento informado que se ha de constituir a partir del respeto al principio de libertad de información que tienen los afiliados del sistema. (Torres Escudero, 2016, p. 55)

Cabe manifestar que es importante tener en cuenta que existen ciertas causales que generan el vicio del consentimiento las cuales son error, fuerza y dolo. Puede existir un error de hecho sobre la especie del acto u objeto, el cual se presenta cuando existe confusión sobre el objeto por el cual se realiza un negocio o un acto jurídico; el vicio de consentimiento por fuerza se genera cuando se logra causar una impresión fuerte para conseguir el consentimiento deseado, o cuando se obliga a cierta persona a otorgar el consentimiento; finalmente, el vicio por dolo se presenta cuando resulta evidente que sin la presencia del mismo no se hubiera logrado el consentimiento requerido (Ley 84, 1873, arts. 1508, 1510, 1513, 1515).

Pese a esto, en muchas ocasiones las AFP no cumplen con el deber de doble información o, en algunos casos, consideran que el consentimiento firmado por parte de los afiliados hace el papel de otorgar una información clara y completa sobre las ventajas y desventajas que tiene cada régimen, sin embargo, no son conscientes que con su actuar están creando falsas expectativas en los afiliados, puesto que a través de engaños manifiestan que obtendrán una mesada pensional mayor y en menos tiempo (Rosero Goyes, 2017, p. 1).

Con los engaños y omisiones a los que acuden las AFP se está generando una ineficacia en el traslado de régimen pensional, por lo que muchos de los afiliados que decidieron trasladarse de régimen están solicitando, a través de demandas, un traslado pensional exprés, esto de acuerdo con una publicación de la revista *Portafolio – País* donde se manifiesta que “más de 16.000 colombianos que, por ley, ya no pueden trasladarse de régimen pensional -porque les faltan menos de 10 años para jubilarse- han encontrado en los estrados judiciales la salida perfecta para lograrlo” (Londoño Vélez, 2019, párr. 1) esto demuestra que en la actualidad muchos afiliados están buscando la manera para lograr la ineficacia de su traslado de régimen con el fin de evitar vulneraciones a sus derechos fundamentales como el de la seguridad social, vida, vida digna y salud y el derecho a la pensión; igualmente, buscan evitar

una afectación económica futura, cabe resaltar que esa decisión involucra o afecta la sostenibilidad financiera de los dos regímenes, ya que "los faltantes fiscales del Régimen de Prima Media (RPM) se estarían elevando del 140 % del PIB al 228 % durante las próximas tres décadas, por la migración de unos 9 millones de afiliados hacia el RPM" (Mora, 2015, p. 39), situación que también se está presentando en el RAIS (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), puesto que las AFP están ocupándose de contingencias que están a cargo de aseguradoras, lo que genera una grave afectación a su sostenibilidad financiera.

Igualmente, de acuerdo con un estudio realizado por el Ministerio de Hacienda, para el año 2015 "de los afiliados a pensión que en los últimos años han decidido cambiarse de los fondos privados al régimen público, solamente el 4 por ciento acertó con la decisión" (Portafolio, 2015, párr. 1). Esto debido a que los afiliados al momento de optar por el traslado de régimen, no cuentan con la información necesaria para realizar el mismo, es decir, en muchas ocasiones los afiliados realizan el traslado desconociendo las desventajas que este cambio acarrea y, por esta razón, son muy pocos los casos en los que los usuarios toman una decisión errada en cuanto al traslado realizado.

2. Fundamento jurídico y normativo del derecho y deber de doble asesoría para los traslados de régimen pensional

En razón a la gran cantidad de colombianos que actualmente se encuentran insatisfechos con su decisión de traslado de régimen pensional y de afiliación, es necesario mencionar ciertos fundamentos jurídicos básicos para la aplicación del deber de doble asesoría, el cual debe ser otorgado tanto por el régimen privado como por el régimen público del Sistema General de Pensiones.

Inicialmente, se puede encontrar que las Administradoras de Fondos Pensionales tienen el compromiso de otorgar el "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" (Decreto 2555, 2010, art. 2.6.10.2.3). Sin embargo, esto solamente se establece para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dejando a un lado la asesoría que deben brindar los promotores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por lo tanto, posteriormente se vio la necesidad de llenar ese vacío legislativo por lo que se expresó que:

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. (Decreto 2071, 2015, art. 3)

Se puede evidenciar que con el decreto en mención queda regulado el deber de doble asesoría que tienen derecho todos los afiliados y potenciales afiliados al Sistema General de Pensiones, por lo que la inaplicación de este por parte de los promotores de los dos regímenes se considera una violación legal, que tiene como consecuencia directa la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Igualmente, en el año 2009 se habló sobre el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna que deben tener las entidades financieras y de seguros, manifestando que los consumidores tienen el derecho de conocer la realidad de su condición pensional, las obligaciones y los costos que se generan con un traslado de régimen, esto a través del otorgamiento de una información clara y real de los usuarios (Ley 1328, 2009, art. 3).

Cabe resaltar que, en concordancia con este principio y, para otorgarle una mayor claridad al deber de doble asesoría, se adicionó el segundo inciso al artículo 9 de la Ley 1328 (2009), donde se expresa que las AFP deberán asegurar que, previo al traslado de régimen, a los usuarios, efectivamente, se les materialice este deber para evitar futuros perjuicios económicos y morales (Ley 1748, 2014, art. 2, parágrafo 1). Esto fue retomado y apoyando por la Circular 062 proferida por la Superintendencia Financiera (2017).

Finalmente, es importante tener en cuenta que "una vez presentada la solicitud de asesoría, la administradora del SGP [Sistema General de Pensiones] debe requerir al solicitante toda la información necesaria que permita contactar al afiliado para la prestación de la asesoría" (Circular Externa 29, 2014), igualmente, dicha circular exhorta a los promotores de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones a brindar la información completa, necesaria y transparente a los afiliados para que estos, con dicha información, puedan decidir si aceptan o desisten de realizar el traslado de régimen pensional; con esto se evidencia que en la actualidad se está garantizando la real aplicación del deber de doble asesoría, teniendo en cuenta las leyes y decretos que se han expedido con el paso de los años.

Por ende, para que se pueda ejercer la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro se debe agotar, previamente, el deber de doble asesoría, con el fin de evitar futuras declaratorias de ineficacia y evitar una afectación económica al Sistema General de Pensiones, cabe recalcar que dicha asesoría se debe otorgar cuando se pretende trasladar del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y viceversa.

Pese a esto, es importante mencionar que los daños económicos y morales causados, tanto a los afiliados como al Sistema General de Pensiones, presentados en la actualidad no fueron provocados con la promulgación de la Ley 100 (1993), sino por "la inobservancia a ese deber de asesoría, información y buen consejo que afecta a

todos aquellos que fueron trasladados al RAIS antes de entrar en vigencia el Decreto 2555 de 2010” (García Vásquez, 2020, p. 32).

3. Desarrollo jurisprudencial del derecho y deber de doble asesoría para los traslados de régimen pensional

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente y la cantidad de demandas por nulidad de traslado de régimen pensional, es importante analizar la posición de las altas cortes para, de esta manera, saber en qué momentos opera la ineficacia de traslado y cómo es el funcionamiento del deber de doble asesoría por parte de las AFP.

Para iniciar a examinar las posiciones de las altas cortes frente al tema objeto de estudio, es esencial iniciar analizando lo expresado por la Corte Constitucional, debido a que manifiesta que en el régimen de ahorro individual se:

[C]onstituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, administrado por las entidades que se autoricen para tal efecto. A diferencia del régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, donde se constituye un fondo común de naturaleza pública. (Sentencia C-378/98, 1998)

Por tal razón, existe una clara diferencia en el manejo de los aportes que realizan los trabajadores y empleadores al Sistema General de Pensiones en Colombia, por lo que es necesario que los empleados tengan total claridad de las ventajas y desventajas que les puede presentar cada régimen.

Teniendo en cuenta que cada régimen tiene un manejo diferente de los aportes que se realizan, para las altas cortes es de vital importancia que las AFP brinden a sus afiliados una información completa sobre qué régimen sería más favorable para cada caso en particular:

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. (Recurso de casación 31989, 2008; Recurso de casación 31314, 2008)

Con esto se puede evidenciar que para la Corte Suprema de Justicia las AFP tienen la obligación de brindar un buen consejo, es decir, ser claros y reales con la información que otorgan respecto a las consecuencias que genera el abandono de su régimen pasado (Sentencia 33083, 2011), dando a conocer la información necesaria en un lenguaje que los afiliados puedan entender, y teniendo en cuenta que, muchos de ellos, no poseen conocimientos del tema pensional. En la sentencia en mención, la honorable Corte también expresa que se debe dar a conocer los beneficios e inconvenientes que conlleva un traslado de régimen pensional hasta llegar al punto de desanimar sobre dicha decisión cuando se afectan los derechos fundamentales del afiliado, tales como el derecho a la seguridad social, a la vida, vida digna y salud.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que el traslado de régimen pensional es eficaz cuando realmente existe una transparencia en la asesoría que se brinda, solamente de esta manera se genera un verdadero consentimiento informado (Sentencia SL12136, 2014). Con esto se puede manifestar que no es suficiente la firma del afiliado en un documento que establezca que se le dio al mismo una información completa, sino, por el contrario, se necesita que realmente se otorgue una información detallada y transparente la cual sea acorde a la realidad del usuario, con el fin de crear una decisión completamente libre (Sentencia SL4964, 2018).

Esta posición está basada en lo manifestado en el año 2014, en la cual se expresa que:

[No] existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaran clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (Sentencia SL12136, 2014)

Por lo anterior, es necesario tener en cuenta que la decisión de traslado de régimen pensional es un acto que conlleva formalidades y debe provenir de un consentimiento informado y libre, es decir, que el mismo no debe estar revestido de presiones ni amenazas (Sentencia SL9519, 2015). Por esta razón, la Corte Suprema de Justicia manifiesta que:

El acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de 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. (Sentencia SL1452, 2019; Sentencia SL1689, 2019)

Cabe mencionar que cuando un afiliado es beneficiario del régimen de transición se necesita, con mayor urgencia, que al mismo se le otorgue una información detallada sobre los efectos que puede generar el traslado de régimen pensional en cuanto a la transición de la cual es beneficiario. Por tal razón, dicha información debe otorgarse de manera clara y suficiente desde el momento de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, hasta el disfrute del derecho pensional, otorgándole la mayor importancia posible, de tal manera, que se logre orientar al futuro afiliado sobre cuál es su mejor régimen pensional (Sentencia SL037, 2019).

Por lo tanto, resulta evidente que en el momento en que un afiliado decide trasladarse de régimen pensional, las Administradoras de Fondos Pensionales tienen la obligación de suministrarles información suficiente, clara y calificada para que el mismo tenga la capacidad de tomar la decisión más favorable de acuerdo con su caso en

particular y, de esta manera, dar aplicación a lo que la Corte Suprema de Justicia llama deber de información.

El deber de información es una obligación que tienen las AFP desde su creación, con el fin de que los afiliados o usuarios puedan adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional (CMS law, s.f.). Cabe resaltar que actualmente, adicional a la obligación de brindar información, las AFP tienen el deber de otorgar buen consejo y garantizar el cumplimiento del derecho de doble asesoría por parte de los promotores de los dos regímenes pensionales.

Cabe mencionar que, inicialmente, se manifestaba que, al igual que no existe un límite ni un momento específico para dar cumplimiento al derecho de doble asesoría, tampoco existe un momento determinado para la procedencia de la ineficacia; esto debido a que la declaración de dicha ineficacia se realiza directamente al acto jurídico de traslado, por lo tanto, no se tiene en cuenta si la persona ya tiene un derecho materializado o si goza de un beneficio transicional. (Sentencia SL1689, 2019).

Como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, el deber de información o el derecho a doble asesoría debe ser tan claro y completo que permita fácilmente el ejercicio de la libertad informada, y que, en caso de violarse este precepto, se castiga al empleador, y cualquier persona natural o jurídica se convierte en merecedor de sanciones las cuales están expuestas en la normatividad.

Por lo tanto, "no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada" (Sentencia SL5630, 2019). Esto con el fin de lograr una decisión libre y consciente como se ha mencionado anteriormente.

Esto también es apoyado por la Honorable Corte en el año 2020, que manifiesta que la información que deben proporcionar las administradoras de los dos regímenes debe ir más allá de una simple firma en un documento, en razón a que la persona que brinda dicha información tiene el claro conocimiento sobre la importancia que acarrea realizar un traslado y las consecuencias reales que esto significa (Sentencia SL2611, 2020).

Igualmente, esta postura fue tomada por el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga al manifestar que:

[L]a información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este, en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas. (Sentencia SL4806, 2020)

Por esta razón, expresa que, debido a la importancia que tiene la escogencia de un régimen pensional, se debe realizar un escrutinio riguroso en cuanto a la asesoría

que prestan las AFP (Sentencia SL782, 2021), con el fin de evitar vulneraciones a derechos como el de pensión, la vida, vida digna, salud, entre otros.

Con lo mencionado anteriormente, se puede evidenciar que existe una claridad frente a la obligación que tienen las AFP de brindar información completa a sus afiliados cuando estos deseen realizar un traslado de régimen pensional, y a sus potenciales afiliados para que los mismos tengan la capacidad de escoger el régimen que más beneficios les traiga, teniendo en cuenta cada caso en particular.

Cabe resaltar que las AFP tienen una mayor exigencia frente al cumplimiento del deber de doble asesoría en razón a su doble calidad como sociedad financiera y ente garante de la seguridad social (Sentencia SL4373, 2020). Esto, debido a que se protegen intereses sociales como la vejez, invalidez y muerte, lo que le da mayor importancia a que se genere en los usuarios una decisión libre de cualquier precipitación.

4. Ineficacia: significado, causales y efectos de acuerdo con la corte suprema de justicia

Teniendo en cuenta la importancia de la aplicación y garantía del derecho y deber de doble asesoría por parte de los promotores de las AFP, se puede evidenciar que la consecuencia directa de la falta de aplicación de este es la declaratoria de ineficacia de traslado pensional. Sin embargo, es importante tener en cuenta que con la declaración de la ineficacia el acto queda sin efectos jurídicos y, a su vez, se comprueba un estado que se dio previo al inicio de la *litis* (Sentencia SL3464, 2019).

Igualmente, es esencial tener presentes las causales por las que se genera la figura de ineficacia para los casos de traslado de régimen pensional:

- i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. (Sentencia SL4989, 2018; Sentencia SL1421, 2019)

Por lo tanto, la Honorable Corte establece de manera clara y expresa las situaciones en las que existe ineficacia; una de ellas es que no se otorgue una información clara sino, por el contrario, que solo se respalde con la simple firma en un documento o formulario, siendo esto contrario a la real aplicación del deber de doble asesoría (Sentencia SL4811, 2020).

Con lo anterior, se puede expresar que todo traslado de régimen pensional que se realice sin la debida aplicación del deber de doble asesoría estaría envuelto de la

figura de la ineficacia y, por lo tanto, ese acto no generaría efectos jurídicos, por lo que las cosas volverían a como se encontraban antes de realizar el mismo, en este caso el traslado de régimen pensional.

Por tal motivo, es de suma importancia darle una aplicación real al deber de doble asesoría por parte de las AFP, con el fin de evitar una futura declaración de ineficacia, ya que su efecto genera el regreso de las cosas al momento previo a la promulgación del acto que se declara ineficaz (Sentencia SL2877, 2020), es decir, la sentencia que declare la existencia de dicha figura tiene efectos retroactivos, teniendo como consecuencia directa que el traslado de régimen que nació previamente no surja a la vida jurídica.

Cabe mencionar que, al momento de buscar la declaración de la ineficacia, la carga probatoria le corresponde a las AFP, esto debido a que el afiliado o afectado está manifestando que no obtuvo la asesoría necesaria al momento de realizar el traslado de un régimen a otro, por lo tanto, se genera un hecho positivo contrario. Es decir, el afiliado no tiene la capacidad de probar que no recibió la información adecuada; por el contrario, las administradoras de pensiones tienen la posibilidad de acreditar que dicha asesoría sí fue otorgada de la manera exigida y requerida (Sentencia SL1217, 2021; Sentencia SL1949, 2021).

De acuerdo con lo anterior, la ineficacia genera efectos retroactivos, por tal razón, es importante resaltar que en el caso en que el afiliado ya haya adquirido la calidad de pensionado, no se puede declarar la ineficacia del traslado. Lo anterior en la medida en que esta es una situación jurídica consolidada y no es razonable retrotraer las cosas a su estado anterior; es imposible borrar esta calidad debido a que se afectaría a diferentes entidades, relaciones jurídicas, actos y, a su vez, derechos, obligaciones e intereses de terceros.

Esto es manifestado por la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, quien decidió apartarse de la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia con la Sentencia radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, en lo concerniente con la invalidación del traslado de régimen pensional cuando quien demanda es un pensionado, ya que en esta oportunidad se expresó que:

La calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. (Sentencia SL373, 2021)

Pese a lo anterior, es necesario tener en cuenta que esto no significa que las personas que gozan de esta calidad no tengan derecho a que se les repare por el daño causado, puesto a que, de acuerdo con la sentencia SL373 (2021), si un pensionado

sufre un perjuicio por parte de las AFP, este tiene derecho a demandar la indemnización total de los perjuicios causados, la cual estará a cargo de las AFP. Sin embargo, actualmente no se ha desarrollado esta situación a fondo, por lo que deja vacíos que tendrán que suplirse con la posible futura regulación promulgada.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, al retrotraer las cosas al estado anterior de la expedición del acto declarado ineficaz, cada una de las partes tiene la obligación de devolver a la otra lo que haya recibido en razón al acto o negocio ineficaz, dicha devolución deberá ser completa. Por lo tanto, lo que afecta a las partes involucradas en cada caso es el restablecimiento de la legalidad (Sentencia SL2877, 2020), esto debido a que, en los casos cuando se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, el fondo de ahorro individual en RAIS deberá devolver los recursos acumulados para financiar la pensión de vejez del régimen de prima media generando una afectación económica al fondo de ahorro individual, puesto que debe regresar los valores de cuotas de administración, comisiones y los aportes de garantía de pensión mínima.

Conclusiones

En la actualidad hay una gran cantidad de afiliados que están acudiendo a los estrados judiciales con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, basándose en que el mismo se realizó de manera irregular y que, por dicha decisión, se están afectando sus derechos fundamentales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha ineficacia está generando una inestabilidad financiera en los dos regímenes pensionales, por lo que el Sistema General en Pensiones se encuentra gravemente afectado.

En parte, esta realidad es causada debido a que con la expedición de la ley 100 (1993) no se contempló la figura de doble asesoría pensional, dejando un vacío normativo relacionado con el tema en estudio, situación que llevo a que se expedieran, posteriormente, decretos y leyes que regulen dicha figura en cuanto a su forma y aplicación. Es decir, la doble asesoría es un requisito previo para que los afiliados al Sistema General de Pensiones puedan trasladarse de un régimen a otro.

Igualmente, al ser un problema que está afectando a la mayoría de colombianos afiliados al sistema, los procesos de ineficacia de traslado han llegado hasta las altas cortes, por lo que las mismas se han pronunciado frente al tema manifestando que es una obligación para los promotores, tanto del régimen privado como del régimen público, garantizar la aplicación del deber de doble asesoría para que los usuarios tengan toda la información que necesiten para tomar una decisión libre de vicios y consciente.

Pese a que en la actualidad la doble asesoría se encuentra plenamente regulada, se sigue observando que el número de solicitudes de ineficacia de traslado

está aumentando. Esto se presenta debido a la inobservancia en la aplicación del derecho y deber de doble asesoría por partes de los promotores, tanto del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida como del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por último, es importante reconocer que existe una grave afectación a los derechos fundamentales e imprescriptibles de los afiliados al sistema, tales como, la vida digna, la vida, la salud, la seguridad social, entre otros. Por lo que existe la necesidad de que los dos regímenes den aplicación al deber y derecho objeto de estudio y velen por la garantía y cuidado de los derechos de sus usuarios.

Referencias

- Cáceres Mojica, J. M. (2019). *Doble asesoría obligatoria para traslado de régimen pensional: toma de decisiones bajo incertidumbre* [tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio Institucional UN. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/75998>
- CMS law (s.f.). El deber de información de las administradoras de fondos de pensiones. <https://cms.law/es/col/publication/el-deber-de-informacion-de-las-administradoras-de-fondos-de-pensiones>
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873, 26 de mayo). Ley 84 de 1873. *Código civil de los Estados Unidos de Colombia*. Diario Oficial n.º 2.867. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Congreso de la República de Colombia. (1993, 23 de diciembre). Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 41.148. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (2009, 15 de julio). Ley 1328 de 2009. *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 47.411. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html
- Congreso de la República de Colombia. (2014, 26 de diciembre). Ley 1748 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*. Diario Oficial n.º 49.376. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1748_2014.html
- Corte Constitucional de Colombia. (1998, 27 de julio). Sentencia C-378/98 (Alfredo Beltrán Sierra, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-378-98.htm#:~:text=A%20diferencia%20del%20sistema%20de,de%20ahorro%20para%20cada%20afiliado>
- Corte Suprema de Justicia. (2008, 9 de septiembre). Recurso de casación 31314 (Elsy del Pilar Cuello Calderón, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2008, 9 de septiembre). Recurso de casación 31989 (Eduardo Adolfo López Villegas, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2011, 22 de noviembre). Sentencia 33083 (Elsy del Pilar Cuello Calderón, M. P.). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46309>
- Corte Suprema de Justicia. (2014, 3 de septiembre). Sentencia SL12136 (Elsy del Pilar Cuello Calderón, M. P.). <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2015/SL12136-2014.pdf>

- Corte Suprema de Justicia. (2018, 14 de noviembre). Sentencia SL4989 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 23 de enero). Sentencia SL037 (Ernesto Forero Vargas, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2018, 14 de noviembre). Sentencia SL4964 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2015, 22 de julio). Sentencia SL9519 (Rigoberto Echeverri Bueno, M. P.). <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bfeb2016/SL9519-2015.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 10 de abril). Sentencia SL1421 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.). <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bmay2019/SL1421-2019.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 8 de mayo). Sentencia SL1689 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/Novedades/SL1689-2019.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 28 de octubre). Sentencia SL4373 (Omar Ángel Mejía Amador, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 28 de octubre). Sentencia SL4811 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 1 de julio). Sentencia SL2611 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 27 de noviembre). Sentencia SL5630 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 3 de abril). Sentencia SL1452 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.). <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2019/SL1452-2019.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 14 de octubre). Sentencia SL4806 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 14 de agosto). Sentencia SL3464 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 29 de julio). Sentencia SL2877 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 10 de febrero). Sentencia SL373 (Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/02/SL373-2021.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 3 de marzo). Sentencia SL782 (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 3 de marzo). Sentencia SL1217 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 12 de mayo). Sentencia SL1949 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P.).
- Duque Gómez, N. y Duque Quintero, S. P. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Iuris*, 12(1), 40-55. <https://doi.org/10.15665/rj.v12i1.886>
- Equipo de redactores Legis. (2021). Derecho a la doble asesoría. *Legis*. <https://blog.legis.com.co/juridico/doble-asesoria>
- García Vásquez, H. E. (2020). *Incumplimiento del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones: consecuencias jurídicas y económicas para los afiliados y el Estado* [tesis de pregrado, Universidad de Antioquia]. Repositorio Institucional Universidad de Antioquia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/14920>
- Guirao-Goris, J. A., Olmedo Salas, A. y Ferrer Ferrandis, E. (2008). El artículo de revisión. *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria*, 1(1), 1-25. https://www.uv.es/joguigo/valencia/Recerca_files/el_articulo_de_revision.pdf

- Londoño Vélez, S. (2019, 3 de junio). *Por vía judicial, 16.000 personas buscan traslado pensional exprés*. Portafolio. <https://www.portafolio.co/economia/por-via-judicial-16-000-personas-buscan-traslado-pensional-expres-530215>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2015, 23 de octubre). *Decreto 2071 de 2015. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo referente al régimen de protección al consumidor financiero del sistema general de pensiones*. Diario Oficial n.º 49.674. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89118>
- Mora, C. (2015). Pensiones: Ajustes urgentes en el régimen de ahorro individual con Solidaridad (RAIS). *Revista Fasecolda*, (161), 36-39. <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/182>
- Portafolio. (2015, 9 de abril). *95 % de quienes cambiaron de régimen pensional se equivocó*. <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/95-quienes-cambiaron-regimen-pensional-equivoco-25572>
- Presidencia de la República de Colombia. (2010, 15 de julio). *Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 47.771. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40032>
- Rosero Goyes, P. A. (2017). *Nulidad del traslado entre regímenes pensionales, determinado por los vicios del consentimiento* [tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14899>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2014, 3 de octubre). *Circular Externa 29 de 2014*. Boletín Ministerio de Hacienda, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia, n.º 317. http://normograma.info/sic/docs/pdf/circular_superfinanciera_0029_2014.pdf
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2017, 21 de julio). *Carta Circular 62 de 2017*. Boletín Ministerio de Hacienda, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia. <https://bit.ly/3CLJStA>
- Torres Escudero, S. J. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016. *CES Derecho*, 7(2), 55-71. <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4070>