

INEFICACIA DEL TRASLADO DE UN REGIMEN PENSIONAL A OTRO POR LA OMISION DE INFORMACION Y ASESORIA PARA EL AFILIADO

Autores

Herman Andrés Ocampo Llano¹

Wilson Alberto Nieto Ríos²

RESUMEN:

Con el surgimiento del sistema general de pensiones establecido por la ley 100 de 1993, se crearon dos regímenes pensionales excluyentes entre sí: uno de Prima media con prestación definida, y otro, de ahorro individual con solidaridad.

Sin embargo, a pesar de regularse la prohibición de multifiliación en ambos regímenes, la misma normatividad estableció la posibilidad que tienen los afiliados en uno y otro, de trasladarse entre ellos las veces que sea, siempre y cuando se cumplan dos requisitos para tal fin: el primero, una permanencia de 5 años en el régimen pensional (modificado por la ley 797 de 2003, toda vez, que el texto original estableció 3 años), y el segundo, no faltarle 10 años o menos para la edad de pensión, esto es, 47 años las mujeres y 52 años los hombres (la edad de pensión

¹ Abogado Universidad de Manizales. Especialista en Seguridad Social Universidad de Manizales. Litigante en Derecho Laboral y Seguridad Social. Asociado de la firma Ocampo Llano Abogados.

² Abogado Universidad de Manizales. Especialista en Seguridad Social Universidad de Manizales. Magíster en derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Doctorado en Derecho Universidad Santo Tomás (5to semestre). Litigante en Derecho Laboral y Seguridad Social. Representante Legal de la firma ABC Jurídica Abogados Consultores S.A.S.

actual, desde enero de 2014, con la modificación de la ley 797 de 2003, es 57 años mujeres y 62 años hombres).

Conforme a lo anterior y entrada en vigencia la ley 100 de 1993, los fondos privados que administraban el sistema pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, empezaron a realizar una campaña a través de sus asesores comerciales de afiliación de personas a este sistema, sin la información correspondiente sobre las consecuencias del traslado pensional para el afiliado, y así este, tener un consentimiento informado de su decisión en aceptar o no el traslado.

Y es por ello, que, ante la no información o información errada en otros casos, que hubo una migración de afiliados del RPMPD al RAIS, y una vez, empezaron a generarse las primeras prestaciones económicas de vejez, se percataron de las consecuencias del traslado, solicitando a su vez nulidad y posteriormente ineficacia del traslado por la omisión de información veraz de las administradoras en dicho régimen.

ABSTRACT:

With the emergence of the general pension system established by law 100 of 1993, two pension schemes were created that were exclusive of each other: one of medium premium with a defined benefit, and another, of individual savings with solidarity.

However, despite regulating the prohibition of multi-affiliation in both regimes, the same regulations established the possibility that affiliates have in one and the other, to move between them as many times as possible, as long as two requirements for this purpose are met: the first, a stay of 5 years in the pension system (modified by law 797 of 2003, every time, that the original text established 3 years), and the second, not missing 10 years or less for the age of pension, this it is 47 years women

and 52 years men (the current pension age, since January 2014, with the modification of the 797 law of 2003, is 57 years women and 62 years men).

In accordance with the above and the law 100 of 1993 came into force, the private funds that administered the pension system in the individual savings scheme with solidarity, began to campaign through their commercial advisors of affiliation of people to this system, without the corresponding information on the consequences of the pension transfer for the affiliate, and thus, have an informed consent of their decision to accept or not the transfer.

And that is why, given the lack of information or erroneous information in other cases, that there was a migration of affiliates of the RPMPD to the RAIS, and once, the first old-age economic benefits began to be generated, they realized the consequences of the transfer, requesting in turn nullity and subsequently ineffective of the transfer due to the omission of truthful information of the administrators in said regime.

PALABRAS CLAVE:

Régimen de Ahorro Individual, Régimen de Prima Media con Prestación definida, Consentimiento informado, Nulidad de traslado, Ineficacia de traslado.

KEYWORDS:

Individual Savings Regime, Average Premium Regime with Defined Benefit, Informed Consent, Nullity of transfer, Inefficiency of transfer.

PREGUNTA PROBLEMATIZADORA:

¿Cuál es el alcance de la ineficacia del traslado de un régimen pensional a otro por la omisión de información y asesoría para el afiliado?

OBJETIVO GENERAL:

Determinar el alcance de la ineficacia del traslado de un régimen pensional a otro por la omisión de información y asesoría para el afiliado.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Establecer cuáles son las obligaciones del fondo de pensiones respecto a la información y asesoría que deben suministrar al usuario al momento de su afiliación.
- Identificar las consecuencias sustanciales entre inexistencia, nulidad, ineficacia e inoperancia del traslado de régimen pensional ante la omisión del fondo en suministrar información al afiliado.
- Examinar las principales sentencias de la Corte Suprema de Justicia, referentes al traslado de régimen pensional de los afiliados que no obtuvieron una información oportuna y veraz por parte del Fondo de Pensiones.

CAPITULO I

1- REGIMENES PENSIONALES ESTABLECIDOS POR LA LEY 100 DE 1993

1.1- REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – RPMPD

El RPM es un régimen del sistema general de pensiones vigente en Colombia que es Administrado por una entidad Industrial y comercial del Estado, denominada Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, los aportes individuales que hacen los usuarios ingresan a un fondo común que luego financiará las pensiones de las personas que reúnan los requisitos para acceder a cualquiera de las prestaciones económicas reguladas en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

El RPMPD está regulado por los artículos 31 y siguientes de la ley 100 de 1993, y es un régimen solidario en el cual las pensiones son financiadas por los aportes de los afiliados que aún no se han pensionado, quienes aportan a un fondo en común constituyéndose el mismo en dineros de naturaleza pública por estar conformado por todos los afiliados al régimen, del cual se sufragan las prestaciones de los afiliados que van obteniendo el derecho a pensionarse.

En el presente escrito, sólo se hará referencia a la prestación económica de vejez, toda vez que es donde radican las diferencias sustanciales de ambos regímenes, y siendo este el motivo de los afiliados en el régimen de ahorro individual solicitar nulidades de traslado y posteriormente ineficacias, buscando retornar al RPMPD para obtener una mesada pensional más alta de vejez.

Por lo anterior, y haciendo referencia al RPMPD, en este régimen la pensión de vejez se adquiere cuando se cumplen dos requisitos: el primero, la edad, que se cumple cuando se adquieren los 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres; y el segundo, la densidad o tiempo cotizado, requiriéndose un mínimo

actual de 1300 semanas de aportes al sistema general de pensiones para reunir este requisito.

Y, respecto a la forma de tasación económica de la mesada pensional, se obtiene del promedio base cotizado en los últimos 10 años, debidamente indexados, al cual se le aplicará una tasa de reemplazo decreciente bajo la fórmula $TR = 65,5 - (0,5*s)$.

1.2- REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS

El RAIS es un régimen del Sistema General de Pensiones que es administrado por fondos privados de pensión, en el cual cada usuario financia su propio ahorro tendiente a cubrir las contingencias de Vejez, Invalidez, Sobrevivencia, Auxilio funerario e incapacidades de origen común entre los días 181 y 540.

Como se mencionó con anterioridad, haciendo énfasis en la contingencia de vejez en ambos regímenes, en este régimen de naturaleza privada, la pensión se adquiere cuando el afiliado reúna el capital suficiente para financiar su propia prestación, constituyendo aportes mensuales suficientes para garantizar una mesada pensional de forma vitalicia una vez adquirido su derecho.

La cuenta individual a la que van los aportes en los fondos privados se acrecienta por los rendimientos financieros que componga el capital depositado en su cuenta, aunque no todo lo que el afiliado aporta mensualmente va a su cuenta individual, ya que una parte va a la cuenta particular del fondo, para sufragar gastos de seguros y cuotas de manejo, o comisiones.

Las modalidades en la prestación de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, básicamente son tres:

- La primera, llamada Renta Vitalicia Inmediata, la cual es una modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento, o el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante, y no pueden ser inferiores a la pensión mínima vigente del momento. (Artículo 80, Ley 100 de 1993).

- La segunda manera, denominada Retiro Programado, consistente en una modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar, la cual se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia. Acá, la pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad, y el saldo de la cuenta de ahorro pensional, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar: una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. (Artículo 81, Ley 100 de 1993).

- Y, por último, se encuentra el Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida, siendo esta modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada. Por lo tanto, bajo este concepto se retiene en la cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, siendo pagadero desde una fecha ubicada entre la fecha en que ejerce la opción por

el retiro programado y la fecha en que comience a ser pagada por la aseguradora la renta vitalicia diferida. (Artículo 82, Ley 100 de 1993)

1.3- EVOLUCION HISTÓRICA DE LOS REQUISITOS PARA EL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

Como se mencionó en líneas iniciales, con la creación de la ley 100 de 1993 se establecieron dos regímenes pensionales: uno RPMPD y otro RAIS, el primero de naturaleza pública y el segundo de naturaleza privada, sin existir la posibilidad normativa de multifiliación o afiliación simultánea en ambos, motivo por el cual se reguló la posibilidad de traslados de un régimen a otro, siendo de importancia mayúscula, traer a colación la evolución histórica respecto al traslado, veámos:

a- Ley 100 de 1993, Artículo 13:

NORMA	CRITERIO	FECHA
Ley 100 Art 13	Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.	01/04/1994

b- Ley 100 de 1993, Artículo 36 Inciso 4:

Ley 100 Art 36 Inciso 4	Lo dispuesto (Regimen de Transición) en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres; no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad , caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.	01/04/1994
-------------------------	---	------------

c- Sentencia C 789 del 24 de septiembre de 2002:

C-789 de 24 de septiembre de 2002	PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia.	24/09/2002
	SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.	

d- Decreto 3800 de 2003:

DEC 3800 DE 2003 (Diciembre 29) Por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.	Artículo 1º. Traslado de Régimen de Personas que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha.	29/12/2003
	Artículo 3º. Aplicación del Régimen de Transición. En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:	
	a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y	
	b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.	

e- Sentencia C 1024 del 20 de octubre de 2004:

C-1024-04 de 20 de octubre de 2004	RESUELVE Primero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo- , conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.	20/10/2004
------------------------------------	---	------------

f- Sentencia con radicado 11001-03-25-000-2008-00070-00 (1975-08) CE:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00070-00(1975-08)	...6. Decretase la suspensión provisional del artículo 3º del Decreto Reglamentario No.3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, por el cual reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003...	05/03/2009
CONSEJO DE ESTADO Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07)	FALLA. DECLÁRASE la nulidad de las expresiones "cumplan con los siguientes requisitos:", "a)", "y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último", así como del inciso final que dispone que "Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional" contenidas en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.	06/04/2011

CAPITULO II

ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES SOBRE NULIDAD DEL TRASLADO

En este capítulo, se partirá del estudio jurisprudencial de los siguientes fallos judiciales que han sido trascendentales para el análisis de las nulidades de traslado de régimen pensional, (y que posteriormente se adoptan como ineficacias de traslado), para aquellos afiliados que tengan 10 años o menos para la edad de pensión y no se les acepte el traslado por parte del fondo de pensiones. Veámos:

- Sentencia 31989 del (9) de septiembre de dos mil ocho (2008). Magistrado ponente Dr. López, Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.
- Sentencia 33.083 del veintidós (22) de Noviembre de dos mil once (2011). Magistrada ponente Dra. Elsy Cuello, Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.
- Sentencia SL12136-2014, Radicación 46292 del tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014). Magistrada ponente Dra. Elsy Cuello, Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.
- Sentencia C-345 del veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Castillo, Corte Constitucional.
- Sentencia SL1688-2019, Radicación 68838 del ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.
- Sentencia SL3464-2019 del catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019). Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.

Es importante efectuar una remisión a las normatividades reguladas por el Código Civil Colombiano y Código de comercio, con la finalidad de establecer los efectos que genera la omisión por parte de los fondos de pensiones al no haber suministrado una información oportuna y veraz para la libre decisión del afiliado en aceptar o no el traslado de régimen pensional:

- **CÓDIGO CIVIL**

- ❖ **ARTICULO 1741.** La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

- ❖ **ARTICULO 1743.** La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.

- CÓDIGO DE COMERCIO

- ❖ **ARTÍCULO 900.** Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

¿Cuál es entonces el efecto jurídico respecto al traslado de régimen pensional ante la omisión del fondo en suministrar una oportuna y veraz información al afiliado sobre su traslado?

Para resolver el interrogante planteado, es necesario efectuar un estudio acucioso de la sentencia de constitucionalidad ya referida, sentencia C 345 de 2017, y sobre el particular poder establecer los motivos por los cuales se puede concluir que lo solicitado ante la jurisdicción laboral es la Ineficacia del Traslado más no su nulidad, porque:

a- INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO-Inexistencia

La inexistencia se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple los elementos de existencia (también llamados esenciales):

1. Consentimiento,
2. Objeto
3. Y solemnidad

NO APLICA para el caso de los traslados en el Sistema General de Pensiones, PORQUE:

- El traslado se dio.
- El afiliado expreso su voluntad.
- Están los elementos esenciales del contrato.
- El formato cumple exigencias de Ley.

b- INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO-Nulidad

La nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la causa y del objeto.

Los elementos de validez:

1. Capacidad,
2. Ausencia de vicios de voluntad,
3. Formalidad y licitud.

NO APLICA para el caso de los traslados en el Sistema General de Pensiones, PORQUE:

- Afiliado es capaz,
- Y No tiene vicios,
- Y el Objeto es licito.

c- INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO - Inoponibilidad

La inoponibilidad comprende aquellas hipótesis en las que el acto o contrato es existente y válido entre quienes intervinieron en su celebración, pero no tiene la aptitud de producir sus efectos frente a terceros dado que, por ejemplo, no se agotaron determinados requisitos de publicidad previstos en la ley.

NO APLICA para el caso de los traslados en el Sistema General de Pensiones, PORQUE:

- Formulario suscrito, radicado, se notifica del mismo al RPM y se reconoce bono pensional.

d- INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO- No exige declaración judicial

La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.

SI APLICARIA para el caso de los traslados en el Sistema General de Pensiones, PORQUE:

- Art. 271 Ley 100 de 1993:

(...)

El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso.... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

(...)

- Art. 13 Ley 100 de 1993:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado...

(...)

- **Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, Sentencia 3201-2018, consecuencias de la Ineficacia en sentido estricto:**

(...)

La sociedad Integral S.A. demandó a Servicios de Ingeniería Serving Ltda. y a Natalia Quiceno para que se reconozcan *los efectos* de la ineficacia de la venta de 333.217 acciones que Serving Ltda. hizo a la señora Natalia Quiceno, así como la devolución de la cantidad de \$174'716.780 por concepto de dividendos producidos por las referidas acciones (más su correspondiente indexación e intereses corrientes y moratorios), que se le pagaron a la adquirente sin que se le debieran.

(...)

(...)

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «*La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales.*»

(...)

Complementemos el análisis, una vez se ha determinado que se trata de una Ineficacia de traslado, resolviendo los siguientes interrogantes respecto al consentimiento informado en el cambio de régimen pensional:

I. **¿Desde cuándo existe el deber de información y asesoría a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)?**

La Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que para que pueda predicarse en materia de pensiones que existe una manifestación libre y voluntaria del afiliado en la elección de sus derechos prestacionales, es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, sin que pueda asemejarse dicho requisito a una simple expresión genérica, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, se tiene que ese deber de información y asesoría fue progresando con el paso del tiempo y a través de los siguientes escenarios normativos:

- **Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».**

Aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

- **Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo.**

A través de estas normativas se elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras

Según la jurisprudencia, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe al afiliado estos aspectos.

Los aspectos que deben ser antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo

de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

- **Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría**

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la *doble asesoría*.

Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

II. ¿El simple consentimiento vertido en el formulario es suficiente para dar por cumplido ese deber de información?

Para la Corte Suprema de Justicia, el consentimiento informado no es predicable en el acto jurídico de traslado, pues no resulta suficiente la consignación de la firma del afiliado en el formulario para concluir que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La jurisprudencia ha adoctrinado que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no con la naturaleza de *informado*.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ-SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

III. ¿Quién tiene la carga de la prueba frente al deber de información: la entidad o el afiliado?

Según la jurisprudencia, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

Como quedó visto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las AFP, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», de lo que se sigue que

es a la AFP a la que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Conforme a lo anterior, entonces ¿Por qué se debe invertir la carga probatoria en favor del afiliado? No puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

IV. ¿La jurisprudencia elaborada por esta Corte en torno a la nulidad de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene cumplidos los requisitos pensionales?

De hecho, la regla jurisprudencial adoptada por la Sala de Casación Laboral, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, 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, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

CONCLUSIONES DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

De conformidad con lo analizado en los dos capítulos anteriores, en síntesis, se puede concluir lo siguiente a partir de estos cuestionamientos:

(1) ¿Cuál es la sanción jurídica al incumplimiento del deber de información al momento del cambio de régimen pensional?

La reacción jurídica al incumplimiento del deber de información es la ineficacia. En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

(2) ¿Cuáles son los efectos prácticos de la declaratoria de ineficacia?

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o

vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

(3) ¿Dentro de estos efectos se encuentra el deber de restituir lo recibido por devolución de saldos?

La ineficacia del traslado por inobservancia del deber de información puede plantear situaciones muy peculiares, con variables inexistentes en otros precedentes, que, en esa medida, invitan a la reflexión judicial. Por tanto, el cómo volver en justicia al «statu quo ante» no resiste reglas absolutas o interpretaciones lineales, desprovistas de un análisis particular y concreto.

Tal es el caso de autos, en el cual se plantea una variable nueva: el demandante recibió la devolución de saldos. Ante este hecho, para la Corte la solución adoptada por el Tribunal no es equivocada, por las razones que se exponen a continuación: Si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, tales como las pensiones (CSJ SL 26279, 25 oct., 2005; CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 55500, 10 abr. 2013; CSJ SL703-2013; CSJ SL7107-2015; CSJ SL4489-2018; CSJ SL232-2019)

En contraste, respecto a la devolución de los saldos o de las cotizaciones, esta Sala ha dicho que, de ordenarse el reconocimiento del derecho principal -la pensión-, procede su compensación o restitución, pues estos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional. En efecto, en sentencia CSJ SL3186-2015, reiterada en CSJ SL6558-2017, la Sala adoctrinó:

Es evidente que el sistema de seguridad social en pensiones, de carácter contributivo, instituido por la Ley 100 de 1993, tiene como sustento que el afiliado cumpla con una densidad de cotizaciones que son las que le garantizan el acceso a la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Ese capital destinado a la financiación de las prestaciones, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, en el caso de la devolución de saldos, debe entenderse hecho a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la pensión, caso último en el cual lo que procede es la restitución para que se financie.

Teniendo en cuenta estos argumentos, para la Sala, la actuación del Tribunal de autorizar a la entidad de seguridad social pagadora de la pensión para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero.

BIBLIOGRAFÍA

- Sistema de Seguridad Social Integral 2018
Grupo editorial nueva legislación
Fecha de publicación: 2018-05-26
Jorge Enrique Chavarro Cadena
- EM Yomaira, DM Vargas Becerra, BL Poveda Cabezas... -
repository.usta.edu.co
- SJ Torres Escudero - Revista CES Derecho, 2016 - scielo.org.co
- C Pérez Gómez, L Delgado Valencia - 2015 - 45.5.172.45
- FC Cadena, GA Monsalve - 2011 - works.bepress.com
- E Boh - Revista Cultural Unilibre, 2015 - revistas.unilibre.edu.co
- L Restrepo, G Marcela - 2018 - repository.upb.edu.co
- <https://vlex.com.co/vid/regimen-ahorro-individual-solidaridad-581823290>
- <https://doctrina.vlex.com.co/vid/pension-vejez-734722829>

- <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59427428/CARTILLA+PENSIONES.pdf/132bd013-9746-5dba-45e9-c93178a169f6?version=1.0>
- http://www.fasecolda.com/files/6014/8468/9646/LLego_la_Hora_de_Hacer_Bien_las_Cuentas.pdf
- <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/19246>
- http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2145-77192016000200005&script=sci_abstract&tlng=en
- <http://45.5.172.45/handle/10819/3006>