

Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones en Colombia

Rodrigo Flórez García¹

Resumen

El presente artículo propone una reflexión jurídica sobre el sistema general de pensiones colombiano, en relación al deber que tienen las entidades administradoras de fondos de pensiones de brindar información y asesoría completa, oportuna y veraz a sus afiliados y posibles afiliados sobre sus derechos y expectativas pensionales, y cómo este materializa el principio de libertad y acceso a la información. A partir de un enfoque cualitativo, bajo el método descriptivo-analítico, se relaciona la normativa y la jurisprudencia aplicable al tema, y la forma en cómo estas determinan las reglas y principios que permiten configurar los elementos esenciales del deber de información, evidenciando que la toma de una decisión informada por parte de los afiliados o posibles afiliados debe ser fruto de una amplia asesoría personalizada, la cual reconozca las particularidades de cada sujeto y le garantice a este acceder al régimen pensional que se ajuste de la mejor manera a sus condiciones, de acuerdo a sus derechos prestacionales.

Palabras clave: deber de información, asesoría pensional, consentimiento libre e informado en las afiliaciones, regímenes pensionales, libertad y acceso a la información.

¹ Abogado y servidor público. Estudiante de Especialización en Seguridad Social de la Universidad de Manizales, Cohorte VIII Correo electrónico: rodrigo.florezg@gmail.com

Abstract

This article proposes a legal reflection on the Colombian general pension system, in relation to the duty of the pension fund management entities to provide full information and truthful advice to their affiliates and possible affiliates about their pension rights and expectations, and how this materializes the principle of freedom and access to information. Based on a qualitative approach, under the descriptive-analytical method, the regulations and jurisprudence relevant to the subject are associated, showing the way in which they determine the rules and principles that allows configuring the essential elements of the information duty. The making of an informed by members or possible members should be the result of extensive personalized advice, which recognizes the particularities of each subject and guarantees him / her access to the pension that best suits their conditions, according to their benefit rights.

Keywords: legal duty of information, pension counseling, informed consent in affiliations, pension systems, freedom of access to information.

Introducción

De conformidad con el ordenamiento legal colombiano, el derecho a la seguridad social cuenta con una protección especial y reviste fundamentabilidad autónoma a partir de las características establecidas en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia, donde la seguridad social no solo es considerada como un derecho de carácter irrenunciable, sino además como un servicio público coordinado por el Estado, el cual es vigía de la materialización sistemática de los componentes de salud, pensión y riesgos laborales. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

El derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva de (i) su carácter irrenunciable; (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia; y, (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-719/11)

No obstante, el componente pensional que hace parte de la estructura del Sistema de Seguridad Social en Colombia ha tenido importantes cambios a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993. Uno de los más sobresalientes consistió en la creación de dos regímenes pensionales conocidos como (i) Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), el cual tiene una naturaleza pública, y es administrado en la actualidad por Colpensiones; y, (ii) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

Cabe destacar que cada régimen maneja unas condiciones propias sobre cuestiones como la administración, el tiempo de permanencia, requisitos para solicitud de pensión, entre otros, “por lo cual cada régimen cuenta con estructura de funcionamiento y de pensionar a sus afiliados”. (Corte Constitucional, Sentencia T-719/11). No obstante, pese a las diferencias que puedan presentarse, todas las administradoras de Fondos de Pensiones comparten el deber de brindar información veraz, oportuna y suficiente para sus afiliados y potenciales afiliados. El órgano de

cierre constitucional destaca adicionalmente el fin principal de cada régimen pensional en los siguientes términos:

Hay que destacar que los dos son desarrollo del artículo 48 de la Carta y que su razón de ser es, en últimas, garantizar el mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional. (Sentencia C-401/16)

En la práctica, muchas de las asesorías brindadas por el componente humano de las AFP no han sido suficientes para explicar de forma completa al afiliado o futuro afiliado las generalidades del sistema, las ventajas y desventajas de cada régimen, así como los derechos y obligaciones generados a partir de los traslados entre los sistemas pensionales². Esta cuestión implica un problema de doble matiz: por un lado, los asesores de las entidades no brindan de forma completa, suficiente y oportuna la información necesaria, y por el otro, el afiliado o posible afiliado no solicita la información idónea para advertir de forma correcta las ventajas y desventajas de cada sistema pensional.

En este orden de ideas, el presente ensayo plantea una reflexión jurídica sobre el deber legal que tienen las AFP de brindar información clara, oportuna, suficiente y veraz en materia pensional, y cómo la ausencia de este elemento genera importantes implicaciones en la toma de una decisión por parte de los afiliados o posibles afiliados, en relación a las condiciones pensionales de cada sujeto

² Al respecto, Torres (2016) señala que este tipo de situaciones “obliga a las entidades administradoras de fondos pensionales, sea público y/o privado, a tener un equipo de asesores o promotores capacitados, que conozcan las características fundamentales del sistema y la expongan dentro de un lenguaje que se acomode al entendimiento de los afiliados, y permitiendo llevar registros de las asesorías que estos realicen” (p. 57).

El deber legal de proporcionar información completa en asuntos pensionales

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema pensional colombiano se reformó estructuralmente, posibilitando la coexistencia de un Régimen Solidario de Prima Media (RSPM), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). Por disposición normativa, el RAIS pasó a ser gestionado por las AFP, y se les otorgó a estas la facultad de atender el proceso de afiliación al sistema pensional y brindar la asesoría prepensional a partir de las expectativas pensionales.

Ahora bien, antes de la reforma pensional instituida por la ley 797 de 2003, la afiliación al régimen pensional era de carácter obligatorio para todos aquellos ciudadanos vinculados a través de un contrato de trabajo y para los servidores públicos. En contraste, para los denominados trabajadores independientes, la afiliación era voluntaria. Este escenario devela como “al momento de la creación del Sistema General de Pensiones, los trabajadores debieron escoger, de manera no reversible para muchos de ellos, entre permanecer en el Régimen de Prima Media o cambiarse al nuevo sistema”. (Arango y Melo, s. f., p. 1).

La anterior situación implicó que un grueso número de trabajadores colombianos desconocieran las condiciones favorables y desfavorables que cada régimen pensional tenía para ofrecerles. En adición, la ausencia de un consejo adecuado y de asesoría oportuna, completa y veraz por parte de las AFP generó un escenario donde un buen número de trabajadores migraron al régimen pensional de ahorro individual, implicando un menoscabo a los derechos y expectativas pensionales que estos tenían.

En el marco de la ley 797 de 2003, el contexto descrito se caracterizó por dos elementos: (i) la elección por parte del afiliado de alguno de los dos sistemas pensionales; y, (ii) la autonomía en la libertad de traslado entre el sistema de prima media al de ahorro individual y viceversa. Estas dos cuestiones implicaron uno de los primeros momentos en los cuales el deber de información fue objeto de discusión para

efectos de conocer y discutir de manera clara y detallada las situaciones pensionales y las características propias de cada régimen.

En lo que respecta al deber de información, de acuerdo con Vaquero (2009), citado por Arana y Guevara (2016), este puede definirse en el siguiente sentido:

El deber de información es un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte de (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, en lo referente a los aspectos tanto jurídicos como materiales del negocio. (p. 45)

No obstante, para comprender el alcance del debate sobre las implicaciones del deber de información, es necesario indicar su fundamento constitucional plasmado en el artículo quince de la carta política, así como su alcance a partir de la jurisprudencia. En este sentido, ha indicado la Corte Constitucional lo siguiente:

El derecho a la información contenido en el artículo 15 de la carta es un derecho constitucional fundamental autónomo, el cual es entendido como la facultad que tienen los individuos de conocer, actualizar y rectificar las informaciones [..]. Así mismo, estipula la obligación de respetar la libertad y demás garantías constitucionales en el ejercicio de las actividades de recolección, tratamiento y circulación de datos. Como derecho autónomo, tiene un objeto protegido concreto: el poder de control que el titular de la información puede ejercer sobre quién (y cómo) administra la información que le concierne y el poder de su titular de conocer, actualizar, rectificar, autorizar, incluir y excluir información personal. (Sentencia C-401/16)

Adicionalmente es necesario tener en consideración que el sistema pensional cuenta con una naturaleza financiera, de conformidad con lo establecido en el decreto

663 de 1993³ y la ley 1748 de 2014. Así las cosas, todo tipo de actividad pensional refleja el ejercicio de una actividad financiera vinculada a garantizar la protección a las prestaciones sociales. La exposición de motivos de esta ley acertó en identificar como las decisiones de los consumidores se encuentran sujetas a un sistema que genera insatisfacción.

Muchas decisiones erradas a nivel financiero se pueden explicar por la complejidad de la información que debe ser analizada por los usuarios, resultando esto en subvaloraciones o sobrevaloraciones crasas de los importes y réditos de los productos adquiridos. Por lo tanto cerrar las brechas de información puede contribuir significativamente al establecimiento de unas reglas de juego transparente. El gobierno y los gremios del sector financiero en repetidas ocasiones han subrayado la necesidad de informar adecuadamente al público sobre los servicios que adquiere pero se ha olvidado que el sistema de información que se maneja es hostil para la gran mayoría de usuarios. (Congreso de la República, 2013).

En complemento, el decreto 2555 de 2010 establece un régimen de protección a los afiliados del sistema general de pensiones, indicando en el artículo 2.6.10.1.2 los principios que rigen la protección de los intereses pensionales de las personas. En lo que atañe al deber de información, la norma plantea que este es un mandato que ha de garantizar la certeza, claridad y oportunidad de la información, de modo tal que “permita a los interesados conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos” (Sentencia C-401/16).

³ Este estatuto estableció en su artículo 97 la trascendencia que implica el deber de informar al consumidor financiero en los siguientes términos: “Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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 claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado”. (Presidencia de la República, 1993)

Así las cosas, se tiene entonces que (i) las AFP prestan un servicio de carácter financiero que desarrolla los mandatos constitucionales contemplados en el artículo 48 de la Carta; (ii) este servicio está llamado a garantizar una de las esferas del mínimo vital de la persona que a quien le asiste un derecho o expectativa pensional; y, (iii) en virtud de la confluencia de estos elementos, todo tipo de información que se brinde sobre esta actividad adquiere especial relevancia constitucional.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha sido indiferente ante estos lineamientos. En la sentencia radicada bajo el número 31314, fechada el 9 de septiembre de dos mil ocho (2008) se señaló lo siguiente:

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

La elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Este pronunciamiento se destaca por cuanto reúne los elementos normativos que componen el deber de información que le asiste a las AFP en relación a los usuarios del sistema, a partir de la interpretación del artículo 23 de la ley 795 de 2003, el cual señala:

Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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 y poder tomar decisiones informadas. (Congreso de la República, 2003).

La toma de decisiones informadas

En el precitado artículo de la Ley 795 de 2003 hay un enunciado normativo que se destaca a partir de su lectura, esto es las “decisiones informadas”. Precisamente, este concepto implica tener en cuenta los elementos esenciales relacionados con el consentimiento y la asesoría completa al usuario.

La ley 1328 de 2009, consagró de forma amplia la protección al consumidor financiero a partir de la estipulación de cuatro requisitos que deben reflejarse en el deber de suministrar información: (i) certeza; (ii) suficiencia; (iii) claridad; y, (iv) oportunidad. El cumplimiento de estos elementos permite “que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”. (Congreso de la República, 2009). Ahora bien, cada uno de estos requerimientos involucra lo siguiente:

- (i) Información cierta, es decir, que esta permita al afiliado o futuro afiliado conocer de forma consciente la forma exacta de las condiciones y características con las que cuenta cada régimen pensional, y que a su vez la persona que provea a la AFP la información, indique todos los datos relevantes para la sujeción al

sistema pensional. Esta certeza implica que el consentimiento carece de en lo que respecta a la información provista, toda vez que esta es de carácter objetivo y genera una reflexión adecuada sobre las condiciones que el sistema pensional le ofrece.

- (ii) Información suficiente, relacionada con la forma en cómo esta permite al consumidor de los servicios financieros pensionales un conocimiento de carácter amplio sobre las características, productos y las condiciones de cada régimen pensional. Este elemento permite que el consentimiento del usuario esté orientado a una elección razonable y ajustada a las expectativas pensionales que ofrece cada régimen pensional.
- (iii) Información clara, es decir, aquella que despejó todos los cuestionamientos entre las partes involucradas, y satisfizo el consentimiento a partir de la explicación en términos comprensibles para el usuario todo lo relacionado en materia de afiliación al sistema de pensiones, regímenes, etc.
- (iv) Información oportuna, la cual implica que la información brindada al consumidor financiero por parte de las AFP sea otorgada en los momentos en que sea requerida para efectos de la afiliación y/o traslados, entre otros. De este modo, el consentimiento se reflejará en la toma de decisiones a tiempo, lo cual representa en un buen número de casos la garantía de los derechos prestacionales conforme a las expectativas del usuario.

Pese a lo descrito con anterioridad, estos elementos han generado pugna en lo que atañe a las formas genéricas en que se estipulan los términos y condiciones que hacen parte de la documentación con las que cuentan las AFP en sus asesorías pensionales. Así por ejemplo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente en relación a los formatos preimpresos de afiliación:

Este tipo de manifestaciones preimpresas en formatos editados por las mismas administradoras del régimen de ahorro individual, han sido objeto de reparos por parte de la jurisprudencia laboral, pues se ha estimado que los derechos que están en juego, concretamente los que apuntan a las pensiones, imponen una debida información (...) a juicio de esta Sala no podría argüirse que 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 documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (Sala de Casación Laboral, Expediente 46292 de 2014).

Ahora bien, en cuanto a la toma de decisiones informadas a partir del consentimiento del consumidor financiero del sistema de pensiones, en el marco del cumplimiento del deber de información, es de suma importancia complementar el aspecto normativo involucrado. Así se destaca el decreto 2555 de 2010, mediante el cual se recogen y reexpiden normas del sector financiero. En cuanto al cumplimiento del mencionado deber por parte de las AFP, este estatuto señala en su artículo 2.6.10.2.3 lo siguiente:

Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones. En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de

trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de “Multifondos” o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. (Presidencia de la República, 2010)

Se observa como esta disposición normativa incorpora un elemento adicional que legitima el consentimiento del afiliado o futuro afiliado: “el deber del buen consejo”. A primera vista, este podría considerarse como un concepto jurídico indeterminado⁴, cuya materialización y entendimiento debe corresponderse con los cuatro requisitos que deben reflejarse en el deber de suministrar información, de tal modo que concurra una valoración objetiva en la toma de decisiones, de conformidad con las disposiciones normativas vigentes.

Sin embargo, este concepto del “buen consejo” puede interpretarse adicionalmente a partir de lo establecido el artículo 2 de la ley 1748 de 2014, “por el cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones”, cuyo tenor expresa las obligaciones para las AFP sobre el deber de brindar información a sus afiliados:

Las administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual tendrán la obligación de poner a disposición de sus afiliados (...) la siguiente información: (...) capital neto ahorrado, monto de los intereses ahorrados de ese capital, las cotizaciones recibidas durante el periodo de corte del extracto, deducibles, saldo neto, proyección de su expectativa pensional a la Administradora en la que se encuentre afiliado. (...) La proyección de la expectativa pensional se calculará con base en las normas legales existentes. El afiliado tiene derecho a contar con asesoría personalizada para este efecto.

⁴De acuerdo con Castro (2015): Los conceptos jurídicos indeterminados como emanación de una facultad reglada, tienen su asiento jurídico no en el proceso volitivo, sino todo lo contrario, en un proceso de “juicio o estimación”, mediante el cual se obliga a la administración a encontrar dentro de las posibilidades conceptuales -que previamente le demarcó la ley-, una sola solución jurídica viable. (p. 31)

En el caso del Régimen de Prima Media, Colpensiones, o quien haga sus veces, deberá poner a disposición de sus afiliados (...) la siguiente información: deducciones efectuadas, número de semanas cotizadas, ingreso base de cotización de los aportes efectuados en los últimos seis meses. (...). (Congreso de la República, 2014).

Adicionalmente, con la expedición del decreto 2071 de 2015, el cual adicionó el capítulo 4 al título 10 del libro 6 de la parte 2 del decreto número 2555 de 2010, se reguló, entre otras cuestiones, (i) la expedición de extractos por parte de las AFP del RAIS, a partir de la información suministrada por el afiliado; (ii) los extractos por parte de la AFP del RPM; y, (iii) la proyección del beneficio pensional en el RAIS. Nuevamente, el deber de información al afiliado o posible afiliado fue vinculado a partir de la estipulación de la “asesoría personalizada” como uno de los elementos que garantiza un consentimiento informado:

El afiliado tiene derecho a contar con asesoría personalizada, la cual deberá entenderse como aquella en la que un representante de la Administradora le informa al afiliado de manera personal e individualizada, y por medio de los canales de comunicación que disponga la Administradora, los supuestos con base en las cuales se realiza la proyección del beneficio pensional y cómo debe interpretarse la misma, conforme a las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. (Presidencia de la República, 2015)

Como cierre, debe indicarse la circular externa 016 de 2016, mediante la cual la Superintendencia Financiera de Colombia, indica sendas instrucciones en materia del deber de información en lo que respecta al traslado de afiliados entre regímenes pensionales.

Implicaciones sobre la ausencia del deber de información

Una de las cuestiones que primeramente se relaciona con la ausencia del deber de información, emana de los problemas que genera el sistema pensional en relación a la restricción o prohibición de traslado entre regímenes pensionales, detallada en el artículo 13 de la ley 100 (modificado por el art. 2 de la ley 797):

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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.

A partir de la vigencia de la señalada norma, un buen número de afiliados al RPM migraron al RAIS, sin tener una asesoría personalizada y suficiente en relación a las condiciones, características, ventajas y perjuicios que implicaba el traslado al nuevo régimen pensional. De acuerdo con Torres (2016):

Las AFP, comenzaron un trabajo de captación de personas y afiliaciones al nuevo sistema pensional, sin un adecuado manejo de la información que ofrecían por parte de sus promotores, el trabajo era empezar a hacer rentable dicho régimen, y por ende a las Administradoras de Fondos de Pensiones, que empezaron a ser parte activa de la economía y del sistema financiero en Colombia⁵. (p. 65).

Pese a las normas que para la época existían, la ausencia de procesos óptimos de asesoría pensional para sus afiliados, implicó que estos padecieran las

⁵ En complemento, Torres destaca: “los afiliados al Sistema General de Pensiones en el RAIS, o los que llegaron y se trasladaron del fondo público, por la capacidad de convencimiento de los promotores y en muchos casos por decisiones de empleadores, no recibieron una información completa, detallada e idónea sobre el sistema, y muchos sin entender a que se enfrentarían en un futuro, y bajo una premisa errónea sobre los beneficios del nuevo sistema, continuaron sus vidas laborales dejando pasar los derechos que podían tener para cambiar de régimen, aun para aquellos que deseaban volver al régimen anterior, muchas veces las AFP, consiguieron usar estrategias para hacer retención de afiliados”. (p. 65).

implicaciones de una errada decisión, la cual desnaturalizó su expectativa pensional. De acuerdo con Torres (2016) esta situación ha implicado la acción del aparato judicial, con el fin de defender los derechos prestacionales menoscabados por la carencia de una debida asesoría que satisficiera plenamente el deber de información y el consentimiento por parte del afiliado que este implica:

Esto ha promovido que se adelanten demandas jurídicas con el fin de buscar nulidades a esas afiliaciones, porque se ven defraudados en cuanto a la pensión de vejez que pueda llegar a tener en el respectivo régimen que se encuentran afiliado. (Torres, 2016, p.66).

Se destaca en este contexto histórico la defectuosa labor del talento humano al servicio de los fondos de pensiones que surgieron a partir de la vigencia de la ley 100. El poco conocimiento que tenían del sistema y/o la carencia de preparación en materia de derechos prestacionales, implicó que la asesoría para efectos de las afiliaciones y traslados no fueran garantes de las expectativas ante un derecho de tan representativo alcance.

Por ejemplo, para los trabajadores que ya contaban con aportes al sistema público de pensiones y que tenían una historia laboral amplia de acuerdo con su edad, requerirían de una información completa y satisfactoria sobre las condiciones beneficiosas y desfavorables que implicaba el traslado, así como de las oportunidades y características del régimen al cual pertenecía. La ausencia del deber de información en estos casos representó un detrimento en las expectativas pensionales al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión. En otros casos, esta situación representó objeto de Litis en contra de las AFP⁶.

⁶ A manera de opinión, Vázquez (2017) señala: “ante esta situación, son muchos los adultos mayores que acuden a las instancias judiciales, con todo el desgaste que esto conlleva. Ahí se ven abogados a enfrentar a los abogados de dichos fondos, empeñados en negar un engaño tan obvio y en probar lo absurdo: que con información veraz y suficiente, la persona voluntariamente decidió dejar el régimen de prima media y trasladarse a un fondo privado, a sabiendas de los beneficios que perdería y de los perjuicios que esto implicaba”.

La sentencia 31314 de 2008, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia representó un elemento jurídico oportuno en relación a los litigios que se adelantaban por cuenta de la falta del deber de información en lo que atañe al sistema pensional. En dicho pronunciamiento, la magistrada Elsy del Pilar Cuello manifestó:

Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social.

La responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber

de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, e 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. (Sala de Casación Laboral, Sentencia No. 31314 de 2008).

El pronunciamiento de la Sala Laboral destaca al deber de información como una obligación atribuible a su responsabilidad profesional, y en tal virtud este demanda, que las AFP cumplan cabalmente con poner en conocimiento de los afiliados de forma clara, certera y oportuna las condiciones del régimen pensional al cual se encuentra sujeto.

Esta sentencia fundamentó una línea argumentativa en lo que respecta a las implicaciones sobre la ausencia del deber de información en el que incurrir las AFP, y como esto genera controversias sobre la responsabilidad de dichas entidades en relación a los derechos prestacionales. Por ejemplo, se destaca los pronunciamientos del expediente 31989 de 2008 y expediente 33083 de 2011, en especial la forma en cómo estos fallos dilucidan jurídicamente a partir de la teoría de los vicios del consentimiento los términos comunes que hacen parte de los reclamos judiciales que realizan los afiliados.

- (i) El engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue
- (ii) La solicitud de vinculación a la AFP firmada sobre la base de un traslado al RAIS, realizada de forma libre, espontánea y sin presiones, es cuestionable por la falta de información veraz y suficiente, de tal modo que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno

conocimiento de lo que ella entraña. (Sala de Casación Laboral, expediente 31989 de 2008).

En sentencia del expediente 46292 del año 2014, la Sala Laboral reafirma sus pronunciamientos sobre el deber de información y como este debe partir de la constitución de un consentimiento informado, destacando:

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima”. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 12136-2014).

Ahora bien, la ausencia del requisito de informar debidamente sobre el régimen pensional a pertenecer implica hablar de la ineficacia del acto jurídico de afiliación y de la nulidad del traslado pensional. Al respecto Hernández (2016), citando el fallo No. 31989 de 2008, destaca precisamente esta cuestión:

Partiendo de la existencia de un traslado de régimen en el que se cumplieron las formalidades legales, pero en el que eventualmente pudo haber engaño o desinformación por cuanto al afiliado no se le dio información exacta y completa sobre los efectos reales de tal decisión, La Corte Suprema de Justicia decidió que respecto de tal afiliación procedía la anulación (p. 93).

No obstante, la declaración de la nulidad, implica asimismo abordar lo relacionado con la vulneración del régimen de transición por cuenta de los vicios del consentimiento generados por una indebida o incompleta asesoría. De entrada la Corte Suprema, Sala Laboral ha destacado en sus pronunciamientos sobre la materia que la responsabilidad recae en las AFP, toda vez que ellas generaron una omisión por error de hecho. La jurisprudencia destaca en relación al deber de información y la pérdida o

recuperación del régimen de transición, que la AFP del RAIS debe asumir la obligación hacerse cargo los deterioros que puedan sufrir los derechos prestacionales del afiliado,

Conclusiones

En la elección del régimen pensional, las entidades AFP tienen la responsabilidad profesional de atender y comunicar de forma plena y eficaz a sus afiliados y posibles afiliados sobre su funcionamiento, condiciones, beneficios y desventajas. La garantía del deber de información implica concretar una decisión informada sobre pertenecer a uno u otro régimen.

La decisión informada representa una manifestación libre y voluntaria de pertenecer a uno u otro régimen pensional o de realizar traslados entre estos, se fundamenta a partir del reconocimiento de la concurrencia de los criterios de certeza, claridad, oportunidad y suficiencia, con base en las condiciones particulares de cada individuo y sus expectativas pensionales.

La manifestación libre y voluntaria de hacer parte de uno u otro régimen pensional implica la satisfacción del deber de información, más allá de las formas o minutas dispuestas con expresiones genéricas que se usan en la documentación oficial de las AFP, con el fin que el usuario conozca a cabalidad la incidencia que una afiliación o traslado pueda representar en relación a sus derechos.

Recomendaciones

En virtud de la obligación estatal de vigilar a las entidades AFP, el Estado debe generar un mayor control sobre la forma en que dichos establecimientos documentan de forma veraz, clara, suficiente y oportuna al consumidor financiero del sector pensional, sobre todos y cada uno de los efectos que implica (i) el cambio o no de régimen pensional, (ii) condiciones contractuales y económicas del mercado, (iii) características de cada sistema pensional (ventajas y desventajas). En especial, en lo

que atañe al consentimiento informado este debe dar cuenta que efectivamente hubo una satisfacción plena del deber de información, incluso de los consejos y opciones brindadas por la entidad.

Referencias

- Arana, A. & Guevara, G. (2015). *Violación al derecho fundamental a la información de los usuarios del régimen de ahorro individual por parte de las entidades administradoras de los fondos de pensiones*. Cali; Universidad de San Buenaventura.
- Arango, L., & Melo, L. (s. f.). *Determinantes de la elección de administradora de pensiones: primeras estimaciones a partir de agregados*. Banco de la Republica, Unidad de Gerencia Técnica. Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra383.pdf>
- Castro, C. (2015) La discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública. Extraído de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13141/tesis%20discrecionalidad%20administrativa%20publicar.pdf>
- Hernández, C. (2016). *Sistema general de pensiones colombiano: visión integral a partir de la afiliación*. Bogotá: LEGIS editores S.A.
- Rosero, P. (2017). *Nulidad del traslado entre regímenes pensionales determinado por los vicios del consentimiento*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Torres, S. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016. *Revista CES Derecho*, 7(2), 55-71.
- Vázquez, M. (2017). *La estafa de los fondos privados de pensión*. Bogotá: Diario El Espectador

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sala Plena. (03/08/2016). Sentencia C-401/16. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Sala Sexta de Revisión de Tutelas. (23/09/2011). Sentencia T-719/11. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral. (09/09/2008). Sentencia SL31314-2008. [M.P. Elsi del Pilar Cuello Calderón]

... (09/09/2008). Sentencia SL31989-2008. [M.P. Eduardo López Villegas].

... (22/11/2011). Sentencia SL33083-2011. [M.P. Elsi del Pilar Cuello Calderón].

... (03/09/2014). Sentencia SL12136-2014. [M.P. Elsi del Pilar Cuello Calderón].

Normativa Consultada

Constitución política de Colombia

Colombia, Congreso de la República, Ley 100 de 1993

Colombia, Congreso de la República, Ley 795 de 2003

Colombia, Congreso de la República, Ley 797 de 2003

Colombia, Congreso de la República, Ley 1328 de 2009

Colombia, Congreso de la República, Ley 1748 de 2014