

DERECHO AL TRASLADO LIBRE Y VOLUNTARIO ENTRE LOS REGÍMENES DEL SUBSISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES: Desarrollos legales y jurisprudenciales en la jurisdicción ordinaria.

Brayan Stiven Moreno Hoyos.
Estudiante de Especialización en Seguridad Social. Universidad de Manizales.

RESUMEN: El escrito tiene el propósito general de encontrar cuáles son los componentes y el significado real que ha venido incorporándose al derecho al traslado libre y voluntario entre los dos regímenes pensionales que hay en Colombia, para conocer en qué eventos procede la declaratoria de nulidad de un traslado. Se empleó una metodología descriptiva, cualitativa, de diseño bibliográfico. Se encontró que en un primer momento el concepto del derecho que se ausculta era limitado y muy general, y con el paso de los años dejó de estar ligado tan sólo al concepto de vicios del consentimiento, y se asoció también al deber de información suficiente, que implica el buen consejo por parte de las administradoras pensionales. Se halló además que la nulidad del traslado no procede únicamente en eventos en que con él se pierda el régimen de transición pensional de que habla la Ley 100 de 1993.

PALABRAS CLAVE: Regímenes pensionales, vicios del consentimiento, consentimiento informado, deber de buen consejo, nulidad de traslado.

ABSTRACT: This written has the general purpose of finding which are the components and the real meaning that has been incorporating to the right of free and voluntary transfer between the two pension regimes that exist in Colombia, in order to know in which events the transfer nullity declaration proceed. It was used a descriptive, qualitative, bibliographic design methodology. It was found that at the beginning the concept of the right that is auscultated was limited and very general, and with the time it stopped being attached only to the concept of consent vices, and it was also associated to the sufficient information duty and to the proper advice by the pensional managers. It was also found that the transfer nullity

doesn't proceed only on events in which the transfer implies the loss of the pensional transition regime that is included in the Law 100 of 1993.

KEY WORDS: pension regimes, consent vices, informed consent, proper advice duty, transfer nullity.

INTRODUCCIÓN: El Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, introducido con la Ley 100 de 1993, específicamente en el tema de pensiones, consagra un derecho de los afiliados consistente en el traslado libre y voluntario entre los dos regímenes que actualmente existen.

Se pretende responder al interrogante de cuál es el significado concreto de tal prerrogativa y sus reales implicaciones en materia de nulidades de traslado, para lo cual se efectúa un análisis de las normas que se han proferido en nuestro país a partir de la Ley 100, ya mencionada. De igual manera, se realiza un examen de las decisiones judiciales que ha proferido la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

DESARROLLO DEL TEMA: El subsistema general de seguridad social en pensiones que actualmente opera en el ordenamiento jurídico colombiano con ocasión de la Ley 100 de 1993 contempla una dualidad de regímenes (Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD-, y el segundo titulado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAICS-, con características autónomas y particulares donde los afiliados tienen potestad de escoger una de ellas para regular todo lo concerniente a sus expectativas de obtención de alguna de las pensiones que ofrecen, y con posibilidades de traslado cada cierto tiempo.

Para efectos de lo anterior, no debe perderse de vista que ambos regímenes son independientes y excluyentes, por lo que está prohibida la multi-vinculación o multi-afiliación. Así nos lo enseña el artículo 17 del Decreto 692 de 1994.

En relación con el derecho de libre y voluntario traslado de regímenes, el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que:

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

El Decreto 692 de 1994 también prevé en su artículo 11 inciso 2 que la selección de alguno de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado.

Por su lado, el Decreto Único 2555 de 2010 en su Artículo 2.6.10.1.3 establece como derecho de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones *“Seleccionar el régimen y elegir la administradora de fondos de pensiones y trasladarse voluntariamente tanto de régimen como de administradora, de acuerdo con las normas aplicables en la materia”*.

Ahora, surge el interrogante acerca de cuáles son las implicaciones reales o en la práctica relacionadas con el derecho de traslado libre y voluntario entre regímenes. En efecto, ¿cuál ha sido el desarrollo normativo y jurisprudencial de tales enunciados genéricos?, es decir, ¿bajo qué circunstancias se entiende realmente en nuestro ordenamiento que se presentó un traslado con esas características de libertad y voluntariedad, y en qué casos específicos puede hablarse de nulidad del mismo por carencia de tales elementos?

Revisando entonces la normativa recordamos que la Ley 100 de 1993 hace alusión a la libertad y voluntariedad del traslado entre regímenes, sin realizar mayores desarrollos conceptuales, por fuera de que quien desconozca ese derecho tendrá sanciones como multas y que la afiliación quede sin efecto.

A su vez, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 preceptúa que en el formato donde conste el primer traslado del RPMPD al RAI deberá decirse expresamente que el afiliado reconoce que no fue presionado para realizar la inscripción.

La Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores, haciendo alusión a la actuación de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera (como son las Administradoras de Fondos de Pensiones tanto del RPMPD como del RAICS), en relación con los consumidores financieros. En ese sentido, el artículo 3° establece como principios, entre otros, la debida diligencia, la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, así como el manejo adecuado de los conflictos de interés.

El primero de ellos hace referencia a que las entidades vigiladas tienen el siguiente deber:

emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero (...). (subrayado fuera del texto).

El otro principio alude a que las entidades vigiladas “*deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”.* (subrayado fuera del texto).

El último principio que se consideró pertinente traer a colación consiste en que las entidades vigiladas tienen la obligación de:

administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros (...). (subrayado fuera del texto).

Por su parte, el artículo 5° de la mencionada disposición determina como derecho de los consumidores financieros el de tener a su alcance:

publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado. (subrayado fuera del texto).

El artículo 7 establece como deberes especiales de las entidades vigiladas los de:

Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.”, así como “Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.” y “Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de éstos para su aceptación.”.

El artículo 9 hace nuevamente énfasis en que la información que se provea antes de celebrar el respectivo contrato *“deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.”*

Para el año 2010 se profirió el Decreto Único 2555, el cual en su artículo 2.6.10.1.2 determinó expresamente que los principios de la Ley 1328 de 2009 se

aplican al Subsistema General de Pensiones, con ciertas particularidades, como por ejemplo en cuanto al deber de diligencia, que las administradoras pensionales deben proveer información a los afiliados específicamente respecto *“de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.”*

De igual forma, en cuanto al principio de Manejo adecuado de los conflictos de interés señala que las administradoras y las compañías aseguradoras tienen que velar porque prevalezca el interés de los afiliados, frente a los de cualquier otro actor del sistema.

Igualmente, el numeral 5 de ese artículo señala como derecho el de tener acceso a: *“las herramientas financieras que las administradoras decidan ofrecer con el objeto de permitir al consumidor financiero conocer cálculos preliminares sobre el posible monto de su pensión, de acuerdo con las instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia Financiera.”* Este numeral fue modificado por el Decreto 2071 del 23 de octubre de 2015, en donde se agregó que: *“En particular, las administradoras del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán ofrecer dichas herramientas”*.

El artículo 2.6.10.1.4 contiene la advertencia de que: *“toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.”*

El artículo 2.6.10.2.3. refiere sobre asesoría e información que:

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 (...).
Parágrafo 2. Los consumidores financieros deberán manifestar de forma libre y expresa a la administradora su decisión de vincularse al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o de trasladarse entre administradoras del mismo (...) a través de medios verificables (...). En dicho medio deberá constar que el consumidor financiero recibió la información suficiente y la asesoría requerida y que, en consecuencia, entiende y acepta los efectos legales, así como los potenciales riesgos y beneficios de su decisión. (subrayado fuera del texto).

Este artículo sufrió algunas modificaciones con el Decreto 2071 de 2015, como que las administradoras deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre ellos reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como requisito sine qua non para que se haga efectivo el traslado. Este contenido también aparece en el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 1748 de 2014.

También señala el Decreto 2071 de 2015 que la asesoría debe contar al menos con la siguiente información:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
2. Proyección valor la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor la pensión en cada régimen.
4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.
6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.

Una vez efectuado el anterior recuento normativo, es preciso hacer un abordaje de los análisis jurisprudenciales que ha efectuado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia acerca de las características y repercusiones del principio de traslado libre y voluntario, y en particular de las circunstancias en que es posible predicar una nulidad de tales actuaciones; determinando por ejemplo si en nuestro ordenamiento jurídica tal declaratoria sería posible únicamente en eventos donde quien procure el traslado pierda el beneficio del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, en el rastreo jurisprudencial efectuado se encuentra que con antelación al año 2008 no se presentó en esa Alta Corporación casuística específica relativa a la nulidad de traslado de régimen pensional por vicios del consentimiento o falta de información. Ciertamente, sólo hasta el año en mención se vinieron a proferir sentencias sobre el tópico de interés del presente escrito (de hecho fue a través de 2 providencias emitidas el mismo día: 9 de septiembre). Veamos:

La primera de ellas es la 31989 donde el alto tribunal conoció del caso de una persona que manifestó haber sido engañada por la administradora del RAICS para que se trasladara de régimen en el año 1998, pues le entregaron documento asegurándole que su pensión allí sería muy superior, pero le fue reconocida en un 50% de lo prometido, además de que se trasladó cuando ya tenía requisitos para pensionarse en el RPMPD por régimen de transición.

La Corte Suprema encontró como un hecho incontrovertido el que al demandante se le hizo una proyección pensional por parte de la administradora del RAICS con el valor posible que recibiría en ambos regímenes, frente a la cual expuso que su resultado final dependía de diversas variables del mercado, por lo que no podría presentarse un engaño a partir de la sola circunstancias de que no se cumplieran las expectativas de la proyección.

Sin embargo, de ese documento esa Colegiatura sí derivó que la administradora incumplió su deber de suministrar información completa y adecuada para decidir el traslado, lo cual se explica en que la proyección se hizo con el valor de una pensión a los 60 años, desconociendo que el demandante ya tenía en el RPMPD el derecho causado a los 55 años de edad, y que en el RAICS tampoco podría pensionarse a los 60 años, pues para ello debía redimir unos bonos pensionales, lo cual sólo es posible a los 62; además de que si vendía los bonos en el mercado secundario perdería un dinero importante, hecho que tampoco se le hizo saber.

Además, en esa oferta no se hizo claridad en que el mayor valor ofrecido en el RAICS obedecía a la modalidad de retiro programado, en el que el monto era variable según las tasas de interés, pudiendo ser incluso una prestación temporal, mientras que en RPMPD ya tenía causado el derecho con un monto cierto y vitalicio, por fuera de que podía disfrutarla retroactivamente desde los 55 años.

Señaló la Corte que las administradoras pensionales son fiduciarias de un servicio público, por lo cual tienen el deber de satisfacer *“el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida”*. (p.13).

También señaló que el artículo 97 de la Ley 100 de 1993 hace alusión al deber que tienen aquellas en torno a la gestión de los intereses de los administrados, desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación; indicando que tienen una responsabilidad profesional que les impone el deber de cumplir plenamente sus obligaciones, enunciando que:

(...) tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de

consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (p.15-16).

También informó la Corte respecto del engaño, que *“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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”* (p.16).

Hizo énfasis la corporación en que no tenía relevancia para el caso el hecho de que el actor afirmara que la afiliación al RAICS se hizo libremente y sin presiones, pues *“lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”* (p.17).

También hizo alusión a que el traslado de régimen que se encuentre viciado no se subsana por los traslados que posteriormente se hayan efectuado entre administradoras.

En ese orden, la Corte declaró la nulidad del primer traslado del actor al régimen de ahorro individual y condenó a la demandada a trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se hubieran efectuado.

La otra sentencia proferida en septiembre de 2008 es la 31314. Se trata de un caso en que el accionante, quien llegó a ser juez de la república, solicitó la nulidad del traslado del RPMPD al RAICS, así como la nulidad de la pensión de vejez anticipada reconocida en éste último régimen, pues señaló que al posesionarse en su último cargo, una funcionaria de una administradora sin darle explicaciones suficientes lo afilió a ese régimen y en ese momento contaba más de 62 años.

Consideró la Corte Suprema que la avanzada edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y el tiempo de servicios que tenía en el sector público (de casi 20 años) evidenciaban que el fondo de pensiones admitió una afiliación con tales características, sin informarle a la persona:

las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. (p.14).

Reiteró entonces las consideraciones de la sentencia 31989 de la misma fecha en torno a la omisión de los fondos de pensiones de con su obligación de proporcionar una información completa.

En ese orden, el Alto tribunal casó la sentencia absolutoria, exponiendo que debía tenerse por nula la afiliación al fondo y los actos consecuenciales, frente a lo cual no cobraron relevancia los altos cargos desempeñados por el demandante, como el de juez.

Posteriormente, se encuentra la providencia con radicado 46292 del 3 de septiembre de 2014, en la que se analizó la situación de una persona que estuvo afiliada al RPMPD, se trasladó al RAICS en el año 2000 y posteriormente retornó, con cotizaciones a través del CONSORCIO PROSPERAR. Se le negó la pensión

por haberse trasladado y volver sin tener 15 años o más de servicios o semanas cotizadas.

Sostuvo el demandante que con el traslado perdió el beneficio del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, lo cual no se le explica a las personas que ingresan al RAICS.

Observó la Corte que la decisión absolutoria del ad-quem partió de una premisa que no sustentó, cual es que el demandante tuvo libertad para trasladarse de régimen y perder el régimen de transición, cuando en realidad lo que debía estudiarse no era si el accionante podía retornar al RPMPD luego del traslado, sino de si este si se presentó y si fue eficaz.

En ese orden, estableció esa colegiatura que podían conservar la transición quienes se trasladaran al RAICS y retornaran posteriormente al RPMPD, y tuvieran más de 15 años de servicio, pero condicionando esta excepción a que:

ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada.

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario.

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. (p.13-15).

Finalizó la Corporación exponiendo los elementos básicos que deben ser informados a los afiliados previo al traslado entre regímenes, para concluir que fue transparente, así:

no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. (p.17-18).

La última sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que toca directamente con el tema que se ausculta es aquella con radicado 55050 del 22 de julio de 2015, que trata de una persona que estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales y efectuó cotización simultánea por un mes a una AFP; que reclamó la pensión de vejez ante el I.S.S. pero le fue negada, con el argumento de que tan solo acreditaba 870 semanas cotizadas y persistía un conflicto con la AFP Horizonte.

Consideró el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en lo que atañe al tema que concita nuestra atención, y demostrando una vez más que la carga de la prueba en este tipo de asuntos radica en el fondo pensional, que:

No hay tampoco información concreta de que el actor estaba suficientemente informado de las consecuencias de su decisión de trasladarse, que en sus condiciones particulares se tornaba más gravosas, si se piensa en la pérdida del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (p.15).

RESULTADOS: Luego de efectuado el anterior barrido normativo y jurisprudencial se encuentran diversos resultados que es preciso mencionar:

En primer lugar, con la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, específicamente con ocasión de la promulgación de la Ley 100 de 1993, que contempló dos regímenes excluyentes (de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad) se consagró el derecho de traslado libre y voluntario entre regímenes pensionales. Con todo, al menos en los primeros 10 años del Sistema el real alcance de este derecho fue incipiente, sin mayores desarrollos normativos o jurisprudenciales, ni notoria aplicación práctica.

En efecto, tan sólo tenemos que la Ley 100 consagró sanciones a quienes afectaran la libertad y voluntariedad del traslado como multas y el hecho de que la afiliación quedaba sin efecto. Igualmente, el Decreto 692 de 1994 determinaba que en el primer traslado del RPMPD al RAICS debía incluirse en el formulario la anotación de que el mismo se había efectuado sin presiones.

Como se puede observar palmariamente, tales alusiones resultaban demasiado genéricas y se limitaban a relacionar el concepto de traslado libre y voluntario con algunos de los vicios del consentimiento, como la fuerza y el dolo; sin hacer todavía alusión alguna a deberes de información por parte de las administradoras pensionales.

Además, si se repara en el contenido del Decreto 692 de 1994, se encuentra que éste indica que el primer traslado del RPMPD al RAICS debe contar con la anotación, que por lo demás podía constar en un formato pre-impreso, de que la

decisión había sido tomada libremente, sin presiones. Se encuentra entonces que la norma se quedaba corta porque no efectuaba tales previsiones básicas para los próximos traslados que se presentaran, y tampoco para el primer traslado del RAICS al RPMPD.

Se halló entonces que tan sólo a partir del año 2009 empezaron a proferirse disposiciones normativas que dotaban de una mayor eficacia o aplicación en la práctica al derecho al traslado libre y voluntario entre regímenes.

Es así como encontramos que en esa anualidad se profirió la Ley 1328, la cual no estaba dirigida exclusivamente para regir las relaciones entre afiliados al Subsistema de Pensiones con sus administradoras, sino que en general pretendía regular la actuación de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

La misma consagró principios dentro de los que cabe destacar la debida diligencia, la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna; así como el manejo adecuado de los conflictos de interés. De igual modo, determinó que la información debía ser de tal entidad que facilitara la comparación entre los distintos agentes del mercado. Finalmente, consagró algunos factores de auto responsabilidad que debían estar en cabeza de los consumidores financieros.

Desde la expedición de esta norma comienza a evidenciarse una relación o nexo legal entre el traslado libre y espontáneo y el deber de suministro de información.

Ahora bien, esta norma fue llevada al plano de lo concreto con ocasión del Decreto 2555 de 2010, en el sentido de que dejó explícito que los principios de la Ley 1328 aplicaban expresamente a las administradoras pensionales, y además se destaca la consagración de un deber concreto para tales entidades, cual es del “buen consejo”, lo que implica para ellas el suministro de información completa no sólo respecto de los beneficios sino también respecto de los inconvenientes de pertenecer a un régimen pensional concreto.

Sólo hasta entonces se aprecia un esfuerzo evidente y decidido en que los afiliados específicamente al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones no fueran objeto de información incompleta, abusos o invocación de hechos ajenos a la realidad de parte del fondo pensional, que afectaran la trascendental decisión de escoger el régimen bajo el cual serán eventualmente pensionados.

Finalmente, con ocasión de la Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015 se instituyeron una serie de disposiciones (como el sistema de doble asesoría, con amplios requisitos de información, como la proyección del valor pensional en cada régimen) que refuerzan el conocimiento pleno por parte de los afiliados al Subsistema Pensional acerca de las consecuencias reales y concretas de un traslado entre regímenes, incrementando ostensiblemente su conocimiento, lo que le permite tener un consentimiento informado y por ende asumir una decisión verdaderamente libre y espontánea.

Así entonces, se observa que con el paso de los años las disposiciones legales en la materia han aumentado de forma progresiva, dotando de mayor eficacia el derecho a la libre y espontánea decisión de traslado, por ejemplo ligándolo no sólo a ausencia de vicios del consentimiento sino también a la imposición de deberes considerables de información a cargo de las administradoras, en procura de blindar las decisiones de trasladarse de un régimen pensional a otro de las argucias, artimañas y silencios que han llegado a emplear aquellas a efectos de obtener un número de afiliados cada vez mayor, en desmedro de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Otro resultado hallado consiste en que la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia) ha tenido un desarrollo más rápido, o si se quiere progresista, que el que se tenía con las disposiciones legales expresamente consagradas.

En efecto, en el año 2008, cuando en la que no existía regulación legal amplia en la materia bajo estudio, la Corte decidió una solicitud de nulidad de traslado (en la sentencia 31989 previamente referenciada), efectuando un estudio integral del ordenamiento jurídico, para lo cual tuvo en consideración que las administradoras pensionales tienen una responsabilidad profesional, lo que comportaba el deber de cumplir obligaciones legales expresas (como las consagradas en el Decreto 656 de 1994, ninguna de las cuales tenía relación directa con la decisión libre y voluntaria para trasladarse de régimen), sino también y principalmente obligaciones que tenía *“por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C.”*.

Es ahí cuando hizo referencia a los deberes de transparencia, vigilancia, e información, misma que debía ser completa y comprensible; además de que en ciertas circunstancias con consecuencias mayúsculas y vitales la administradora tiene el deber del buen consejo, del que la Ley vino a hablar explícitamente tan sólo en el año 2010.

También se aludió desde esta primigenia sentencia, y se reiteró con posterioridad, a temas tan trascendentales como el traslado de la carga de la prueba de la suficiente información al afiliado por parte de los fondos pensionales, o que independientemente de que se haya manifestado en un formulario que la decisión de traslado fue libre y sin presiones, que era lo exigía inicialmente la Ley, la administradora pensional tiene el deber de suministrar la información que sea trascendental respecto de su derecho pensional, pues ello es lo que realmente permite tener un consentimiento informado.

De otra parte, se tiene como resultado el hecho de que la ausencia de un traslado libre y voluntario entre regímenes pensionales por falta de información suficiente puede generar su nulidad no sólo en eventos en que el mismo comporte la pérdida del régimen de transición pensional.

Ciertamente, ninguna de las normas que regula el tema lo limita a ese evento, sino que contempla de forma genérica los deberes jurídicos de los fondos pensionales en punto de información completa, buen consejo y ausencia de engaño a los pretensos afiliados a uno de los régimen pensionales.

Además, sin desconocer que en un buen número de las providencias judiciales reseñadas se contaba con el ingrediente adicional de que el traslado al RAICS había derivado en la pérdida de la transición de que habla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que la jurisprudencia de seguridad social ha interpretado en forma general que la nulidad del traslado por falta de información se presenta cuando la administradora de pensiones no cumple con un deber que le es propio en tanto que la elección de régimen es un tema de repercusiones vitales para el afiliado –como que de ella depende el derecho mismo a acceder a una pensión de vejez- cual es el del buen consejo, que le obliga a exhibir de forma completa las distintas alternativas, con los respectivos aspectos positivos y negativos, los cuales en un caso concreto pueden no tener relación alguna con la existencia o pérdida del régimen de transición pensional.

Por citar un ejemplo, en el caso de un afiliado al RPMPD con 50 años de edad y 1.200 semanas cotizadas, no beneficiario de la transición, que siempre cotizó tan sólo con un salario base de 1 SMLMV y por sus empleos de baja categoría no cuenta con serias probabilidades de ascensos considerables en sus ingresos, se observa que debe cotizar un par de años más y esperar la edad respectiva para pensionarse en ese régimen con un IBL muy superior a 1 SMLMV. Sin embargo, se hace presente a una administradora del RAICS solicitando información acerca de las posibilidades pensionales que tendría en ese régimen, y el asesor NO le hace ver que su opción de obtener una pensión es reducida a la mínima expresión, en tanto que siempre ha cotizado con unos ingresos muy bajos, y a lo sumo podría llegar a acceder a una garantía de pensión mínima, mientras que en el RPMPD con unas cuantas cotizaciones más podría alcanzar una pensión con un monto muy superior al mínimo legal. El usuario acepta el traslado de régimen.

Este caso se ajusta de forma evidente a los preceptos jurisprudenciales reseñados para dar lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen, como quiera que al afiliado lego en la materia no se le efectuó una asesoría suficiente por parte de la administradora pensional del RAICS, la cual, por el contrario, actuó de forma contraria al deber de buen consejo, callando circunstancias ajenas a la pérdida del régimen transicional, que tienen que ver más bien con la lejana posibilidad de acceder al derecho a la pensión, o a lo sumo con un mesada mínima, notoriamente inferior a la que obtendría en el otro régimen, que de haber sido informadas a la persona con seguridad la habrían disuadido de trasladarse del RPMPD.

DISCUSIONES:

Como futura discusión que desborda el objeto de análisis del presente escrito se tiene el análisis cuantitativo o de campo, de tipo comparativo, acerca de cuál ha sido la eficacia o el impacto práctico de la expedición de las normas que sobre los requisitos de información a los afiliados pensionales se han proferido en los años 2014 y 2015, ampliando el número de condicionamientos o exigencias, como la inclusión de la doble asesoría previa al traslado, con el objeto de determinar si se ha reducido o si por el contrario se ha aumentado en el país el número de nulidades decretadas, y en consecuencia si en la actualidad los afiliados al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones están tomando la decisión de trasladarse de régimen con un verdadero consentimiento informado.

RECOMENDACIONES:

A partir de lo esbozado en este documento se considera pertinente realizar una recomendación a las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAICS como a la Administradora del RPMPD (COLPENSIONES) en el sentido de acatar cada una de las disposiciones legales y jurisprudenciales que actualmente les imponen estrictos deberes respecto del trato que deben tener con las personas que pretendan realizar un traslado de régimen pensional, a efectos de que eviten la

declaratoria de nulidades por vía judicial, que traerían en su contra notables sanciones de tipo económico.

CONCLUSIONES:

Como colofón de lo discurrido se tiene que el libre y voluntario traslado entre regímenes pensionales fue consagrado de forma general en la Ley 100 de 1993, el cual ha venido teniendo desarrollos adicionales por parte del legislador pero también del ejecutivo en el nivel central (a través de Decretos), que lo han dotado de una mayor eficacia.

Por su parte, la jurisprudencia proveniente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral también ha efectuado desarrollos en la materia, los cuales inclusive han sido más innovadores que los explícitamente consagrados en las normas, dotando al derecho al traslado libre y voluntario de una mayor eficacia, puesto que la Alta Corporación ha efectuado análisis sistemáticos del ordenamiento jurídico colombiano con el fin de extractar los deberes profesionales que tienen las entidades administradoras de fondos pensionales en nuestro país.

Los mencionados avances normativos y jurisprudenciales han permitido que el derecho que se estudia haya pasado de ser letra muerta a contar con verdadera practicidad, lo que se refleja en múltiples sentencias judiciales que han decretado la nulidad del traslado de régimen por vicios del consentimiento, pero sobre todo por falta de información completa a los afiliados al sistema.

De igual manera, se halló que el conjunto del ordenamiento legal colombiano permite el decreto de nulidad de traslados de régimen, en los cuales no esté de por medio la pérdida del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

BIBLIOGRAFÍA:

- Colombia, Congreso de La República, Ley 100 de 1993
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 692 de 1994
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2555 de 2010
- 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.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2071 de 2015
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 31989 de 2008, Magistrado ponente Eduardo López Villegas.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 31314 de 2008, Magistrada ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 42692 de 2014, Magistrada ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 55050 de 2015, Magistrado ponente Rigoberto Echeverri Bueno
- Arenas Monsalve, Gerardo, 2007, *El derecho colombiano de la seguridad social*, Legis, 2da. Ed., Colombia
- Castillo Cadena, Fernando, 2011, *La Pensión de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual*, Editorial Ibañez y Universidad Javeriana, Colombia.
- Cortés Hernández, Óscar Iván, 2011, *Derecho de la Seguridad Social*, Librería Ediciones del Profesional LTDA., 4ta. Ed, Colombia
- López Villegas, Eduardo, 2011, *Seguridad Social Teoría Crítica.*, Universidad de Medellín. Colombia
- Ponce Bravo, Germán Ernesto, 2017, *Tratado del Régimen de Prima Media.* Universidad de La Sabana, Colombia
- Puyana Silva, Alfredo, 2015, *El Sistema Integral de Seguridad Social*, Universidad Externado de Colombia, 2da. Ed., Colombia.