

**ANÁLISIS SOBRE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN
PENSIONAL, A LA LUZ DE ALGUNAS SENTENCIAS SOBRE EL DEBER DE
INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.**

SANTIAGO RESTREPO QUINTERO

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DERECHO
MEDELLÍN 2021**

**ANÁLISIS SOBRE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN
PENSIONAL, A LA LUZ DE ALGUNAS SENTENCIAS SOBRE EL DEBER DE
INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.**

POR:

SANTIAGO RESTREPO QUINTERO

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

ABOGADO

ASESOR:

SOL LEONOR MEJIA PULGARIN

MAGISTER

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MEDELLÍN 2021

Febrero de 2021

Yo Santiago Restrepo Quintero declaro que este trabajo de grados ha sido realizado por mí y no ha sido presentado con anterioridad para optar por el título de Abogado en la Universidad Pontificia Bolivariana, en su facultad de derecho y ciencias políticas.

Agradecimientos:

Gracias a nuestros maestros durante toda la carrera por forjarnos unos conocimientos suficientes para enfrentar la vida profesional y la misma vida entendida como el camino del ser humano. Gracias por las enseñanzas, los consejos y la experiencia que se puso a nuestra disposición.

A mi asesora, Sol Leonor Mejía Pulgarin, una gran abogada y persona, supremamente profesional, que constantemente nos indicó las formas y los contenidos más apropiados para el epílogo exitoso de este trabajo.

A la Universidad Pontificia Bolivariana, por ser mi hogar durante estos años de carrera universitaria, la cual siempre llevare presente con el más alto honor y agradecimiento por todo lo que dentro de sus espacios, pudimos aprender.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	9
ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS COMUNES DE AMBOS REGÍMENES PENSIONALES.....	9
CARACTERÍSTICAS COMUNES A AMBOS SISTEMAS.	10
CAPITULO II	11
FUNCIONAMIENTO BÁSICO DEL RPM Y RAIS POR PARTE DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.	11
CAPITULO III	13
INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, POR VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO POR GUARDAR SILENCIO Y OMITIR EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE TIENEN LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, EL CUAL SURGE COMO CONSECUENCIA DE LA CARGA PROBATORIA QUE EN ELLAS RADICA.....	13
CONCLUSIONES	23

REFERENCIAS.....	25
NORMATIVAS	25
JURISPRUDENCIALES	25

RESUMEN

EL presente trabajo es un análisis de la figura de la nulidad, frente al traslado de régimen pensional a la luz de pronunciamientos jurisprudenciales por la mala fe con la que actuaban los fondos de pensiones al generar en los afiliados falsas expectativas, con la finalidad de animarlos a trasladarse de fondo pensional, para que de esta forma los fondos pensionales pudieran capitalizar personas y obtener recursos, prometiendo a quienes se trasladaron una mesada pensional mayor a la que recibirían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que desencadenó una avalancha de demandas para obtener la nulidad de traslado basados en argumentos jurisprudenciales, por ello a la luz de algunas sentencias se analizarán las consecuencias que se derivan de la falta de información al momento de trasladarse de régimen, como esto vicia el consentimiento y como ello deriva en la ineficacia o nulidad del acto jurídico.

Palabras clave: fondos privados de pensiones, ley 100 de 1993, nulidad, régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), régimen de prima media con prestación definida (RPM).

ABSTRACT

Analysis of the figure of the nullity of the transfer of the pension scheme in light of jurisprudential pronouncements by the bad faith with which the pension funds acted when generating false expectations in the affiliates, in order to encourage them to move from the pension fund. so that in this way the pension funds could capitalize people and obtain resources, promising those who moved a pension allowance greater than the one they would receive in the Average Premium Scheme with Benefit. Defined., Which triggered the avalanche of lawsuits to obtain the nullity of the transfer based on jurisprudential arguments, therefore, in the light of some judgments, the consequences derived from the lack of information at the time of transferring the regime will be analyzed, such as this It vitiates the consent and how it results in the ineffectiveness or nullity of the legal act. This analysis will be supported in various judgments of the Supreme Court of Justice - Labor Cassation Chamber.

Key words: private pension funds, law 100 of 1993, nullity, individual savings scheme with solidarity (RAIS), average premium scheme with defined benefit (RPM), transition scheme.

INTRODUCCIÓN

Con la ley 100 del 1993, Colombia esperaba lograr una estabilidad financiera en el sistema pensional, pues se buscaba que a través del Instituto del Seguro Social (ISS) y el nacimiento de los fondos privados se tuviera una mayor cobertura donde el principal objetivo era lograr el derecho a la igualdad pensional. Pretendiendo igualdad para los trabajadores, crean el régimen de ahorro individual con solidaridad, no solamente pensando en los nuevos afiliados, sino en quienes ya se encontraban afiliados y quisieran optar por el cambio de régimen para obtener mejores beneficios.

Es por lo anterior, que este artículo se centra en investigar y explicar los antecedentes del sistema pensional, Ley 100 de 1993, traslados entre los regímenes pensionales, con el fin de realizar un análisis para saber si es posible declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad cuando ese traslado tuvo algún vicio del consentimiento.

Debido a la complejidad de elementos que encierran las pensiones en Colombia, es de suma importancia entender este tema y es por ello que se busca generar claridad a través del análisis de diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral, sobre la posibilidad de devolver a un afiliado al régimen de prima media con prestación definida (COLPENSIONES) o por el contrario, que no sea posible devolver de régimen a el afiliado puesto que tiene la edad o está en sus últimos diez años de cotización, situación que el deberá proteger el fondo privado garantizando la pensión “sanción”, la indemnización de perjuicios y la totalidad de lo que hubiera percibido en COLPENSIONES.

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS COMUNES DE AMBOS REGÍMENES PENSIONALES.

La crisis del esquema pensional que existía en Colombia desde 1967, en la que el ISS era el único encargado de administrar el sistema de seguridad social para trabajadores y pensionados del sector privado, trajo que estos, no pudieran darle un adecuado funcionamiento al mismo, creando una crisis pensional, en la que era notorio la ineficiencia en el funcionamiento del sistema pensional y su bajo nivel de cubrimiento para la población Colombiana, lo que obligó al legislador de la época a pensar una forma de garantizar una seguridad social integral y equitativa, buscando que las personas realmente tuvieran garantizado el acceso al derecho de pensión en conexidad con el derecho fundamental al trabajo.

Es por esto, que luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 nace la Ley 100 de 1993, ley que dispone un modelo dual para el sistema pensional colombiano, coexistiendo de esta forma dos regímenes pensionales diferentes:

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por el Instituto de los Seguros Sociales actualmente conocido como COLPENSIONES y El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por fondos privados de pensiones.

Además la entrada en vigencia de esta ley también finalizo las llamadas pensiones “especiales” por ejemplo, las Cajas de Previsión de Ecopetrol, las Fuerzas Armadas y la Presidencia de la República. Por último la ley 100 de 1993, ha sido modificada en aspectos importantes por la ley 797 de 2003 y la ley 860 de 2003.

CARACTERÍSTICAS COMUNES A AMBOS SISTEMAS.

A. Ambos sistemas RAIS y el RPM, son incompatibles entre si, por lo cual una persona no puede estar simultáneamente en ambos sistemas. Pero ello no quiere decir que estando en el RAIS o RPM, no pueda hacer aportes voluntarios en un fondo de pensiones

B. Afiliados al régimen de pensiones tanto RAIS y RPM. El artículo 13 de la ley 100 de 1993, que se modificó por la ley 797 de 2003, menciona a los afiliados y en ambos hay tanto afiliados obligatorios como voluntarios:

Obligatorios:

- a. Trabajadores dependientes vinculados por medio de un contrato de trabajo o relación de trabajo, tanto del sector público y sector privado
- b. Trabajadores independientes
- c. Los nuevos trabajadores de Ecopetrol
- d. Los maestros a partir del acto legislativo No. 1 de 2005

Voluntarios: Aquellos que voluntariamente se acogen.

C. Cobertura del sistema, Las prestaciones que reconocen los regímenes de pensiones son similares, pues ambos sistemas reconocen, pensión de vejez, pensión de invalidez, pensión de sobrevivencia, auxilio funerario. Con la diferencia que el RPM reconoce indemnización sustitutiva y el RAIS reconoce devolución de saldos.

D. Aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social: Los aportes serán iguales en ambos sistemas pensionales.

CAPITULO II

FUNCIONAMIENTO BÁSICO DEL RPM Y RAIS POR PARTE DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.

RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM)

Este régimen es administrado por COLPENSIONES, que maneja y paga las prestaciones económicas, que son: Pensión de vez, Pensión de invalidez, Pensión de sobrevivencia, Auxilio funerario, Indemnización sustitutiva

Es un sistema de “reparto simple” o “caja común” en donde se aporta a una caja o fondo, que es quien paga estas prestaciones. La prima media con prestación definida quiere decir que el afiliado de antemano conoce cuál es la cuantía y el monto de estas prestaciones. Así como que conoce, que cumpliendo con unos requisitos, tendrá derecho a determinadas prestaciones. Aquí hay una garantía estatal, cosa que en el RAIS no ocurre, debido a que no se tiene esa claridad

RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS)

Es un sistema de pensiones que dependía del ahorro que hacía el afiliado. Aquí hay unas entidades conocidas como fondos de pensiones que reconocen las prestaciones económicas. Estos fondos de pensiones están vigilados por la súper intendencia financiera. En el año 2009 se dicta la ley 1328 que se conoce como “ley de los multifondos” en donde los fondos de pensiones de acuerdo con el afiliado, acuerdan un perfil de riesgo para sus inversiones. Los fondos de pensiones debían ilustrar claramente a los afiliados sobre los riesgos en los que se pueden incurrir al elegir cada perfil, los perfiles de riesgo son: **a)** Perfil conservador **b)** Perfil moderado **c)** Perfil de riesgo.

Los afiliados a este sistema (RAIS) pueden cambiar de fondo de pensiones cada 6 meses a su gusto. Además también eligen el multifondo dentro del fondo de pensión. El funcionamiento de estos fondos es simple los afiliados tienen una cuenta individual a su nombre, en la cual van los aportes obligatorios que hacen los actores del sistema. En este sistema, se pueden hacer aportes voluntarios con la finalidad de mejorar la pensión de vejez, se puede ahorrar voluntariamente hasta un 30% de su ingreso con la condición de que el ahorro permanezca en el fondo durante 10 años.

CAPITULO III

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, POR VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO POR GUARDAR SILENCIO Y OMITIR EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE TIENEN LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, EL CUAL SURGE COMO CONSECUENCIA DE LA CARGA PROBATORIA QUE EN ELLAS RADICA.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993 no se logró el objetivo de tener una mayor cobertura e igualdad entre cada uno de los afiliados, por diversos problemas que se fueron notando con la entrada en vigencia de la ley.

Un claro ejemplo de lo que ocurría en esta época era que al momento de trasladarse de fondo, las entidades encargadas de administrar los fondos de pensiones, no contaban con personal idóneo y capaz, de brindar una correcta asesoría a los afiliados con la intención de que estos pudieran conocer detalladamente los beneficios y problemas, que podría acarrear cambiarse de régimen. Por lo que estos promotores de los fondos privados en últimas lo que hicieron fue captar gente y recursos para los fondos privados por cualquier medio sin importar que se terminara vulnerando el derecho a la pensión. (Central Unitaria de Trabajadores CUT, 2013, p. 1)

Cuando entro en vigencia la ley 100, las personas empezaron a trasladarse a los fondos privados de pensiones, atraídos por argumentos prometedores, que en últimas solo se vieron reflejados en la afectación de las cuotas pensionales de muchos de los que se trasladaron y pensionaron en el nuevo régimen. (Sentencia 31989 de 2008 M.P Eduardo López Villegas)

Al presentarse infinidad de problemas por el traslado de regímenes, por situaciones engañosas el Congreso expidió La Ley 797 de 2003 en el cual modifico algunos artículos de la Ley 100 de 1993, dando la posibilidad de declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tema central de nuestro analisis. Dichas modificaciones al sistema general de pensiones tuvieron el objetivo principal de recapitalizar el fondo común del ISS y racionalizar los recursos, con el fin de cumplir en un futuro con la entrega de las mensualidades a los beneficiarios de éste régimen.

En este orden de ideas el legislador estableció: **A)**Un aumento en la tasa de cotización o aporte de los afiliados. **B)** Un incremento en el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez. **C)**Un modificación en las tasas de remplazo empleadas en la liquidación de las pensiones de vejez en el subsistema de prima media. **D)**Una reducción de la vigencia del período de transición establecido (se adelanta del 1ro de enero de 2014 al 1ro de agosto de 2010 excepto para trabajadores que hayan cotizado por lo menos 750 semanas a la aprobación de la reforma constitucional **E)**Un fortalecimiento en las contribuciones al fondo de solidaridad pensional y en la reducción de las comisiones de administración de las AFPs **F)**La obligatoriedad de afiliación de todos los trabajadores independientes.

Posteriormente, se expidió la Ley 860 de 2003 con el fin de subsanar algunos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 797 de 2003. Ya que aqui se hacia referencia a la población beneficiaria del régimen de transición y la distinción entre otorgamiento de beneficios por pensión de invalidez, por enfermedad y accidente.

Para resolver las demandas de traslado de regimen, la jurisprudencia trato de enmedar los errores que se habian cometido , en ellos; La Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia se pronuncia en repetidas ocasiones frente al tema en mención que sera objeto de analisis; comenzando con la Sentencia 31989 de 2009 , la cual diremos que es una sentencia matriz para la nulidad del traslado de regimen pensional, en la que La Corte casa a favor del demandante “buscando dar paso a un sistema pensional equitativo, pues se observaba la posibilidad de recuperar el régimen anterior, exigir a la administración de fondos de pensiones una debida información, y no generar proyecciones falsas sobre la pension precisamente porque ello puede llevar a la renuncia del derecho adquirido, por la persona que solo desea mejorar su pensión”. (Sentencia SL 31989 de 2008, M.P Eduardo López Villegas, Acta No. 56)

Con esta sentencia lo que se puede concluir es que la corte determinó que las administradoras de pensiones no solo deben promocionar su servicio y de esta manera cumplir metas de crecimiento financiero y comercial , sino administrar un derecho como lo es la pensión, deben buscar satisfacer el interés colectivo, por ello tienen el deber de proporcionar a los posibles interesados en la afiliación una información completa y comprensible.

Los fondos pensionales deben dar informacion muy clara a quienes se pretendan cambiar del RPM al RAIS, pues la falta de informacion constituye un vicio en el consentimiento inobjetable, que puede materializarse en el traslado de regimen para alguien que cuenta con la expectativa legitima de adquirir su estatus pensional y no pueda obtenerlo por tal vicio del consentimiento, al estar en un error de hecho por el engaño sufrido por parte de los promotores de los fondos pensionales privados. (Sentencia SL1421 de 2019, M.P Gerardo Botero Zuluaga, Radicacion 56174, Acta No. 13)

Es clara la corte al advertir en esta sentencia, que este acto jurídico requiere como cualquier otro reunir sus elementos entre ellos el consentimiento libre de vicios, es por ello que La Corte dispone que no por tomar una decisión libre y voluntaria al haber plasmado su firma en el formato de afiliación se entenderá que el consentimiento es válido, ya que este no es suficiente toda vez que la información suministrada por parte de las Administradoras de Fondos debe corresponder a las obligaciones que surgen del “deber de información”.

A sabiendas de esto y con el fin de evitarlo, en la sentencia SL19447 de 2017, La Corte ha sido consistente en señalar que el consentimiento libre de vicios, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen pensional. Sino que este traslado debe ajustarse a los parámetros de la libertad informada, es decir que la solicitud realizada por el afiliado para trasladarse de régimen pensional, este precedida de una asesoría clara y comprensible en donde se le rinda cuentas de todo al afiliado, pues deben darle cuenta de las consecuencias tanto favorables como desfavorables que puede acarrear su traslado y no simplemente actuar como un asesor comercial en donde su trabajo es la simple venta de un producto, debido a que nos encontramos frente a un derecho fundamental esto por conexidad al derecho fundamental del trabajo. (Sentencia SL19447 de 2017 M.P Gerardo Botero Zuluaga Radicación n.º 47125 Acta No. 35)

De lo anterior se puede evidenciar que la corte es clara, al establecer que al ser libre y voluntaria la elección a los regímenes pensionales la asesoría que se exige no es de cualquier tipo, sino una que permita tomar decisiones informadas, por eso decreta la nulidad al establecer que la información dada por el fondo pensional, no se puede entender como una simple cláusula genérica, sino que el afiliado tuvo que haber obtenido los elementos de juicio

suficientes para saber la trascendencia del traslado y no debe importar si la persona se encuentra en transición o no.

Reforzando mi idea anterior traigo a colación el siguiente argumento expuesto por La Corte Suprema de Justicia, y es que “el simple diligenciamiento, suscripción y entrega del formulario de afiliación es insuficiente para estimar la validez del traslado de régimen pensional, pues además de ello, las entidades administradoras de pensiones tienen el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado luego de haber recibido información clara, cierta y oportuna en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos 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. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado” (Sentencia SL 1452 del 2019 M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Por ello la corte es precisa al determinar en esta sentencia luego de estudiar el tema de la nulidad del traslado, desde tres aspectos que si es posible decretar tal ineficacia y/o nulidad debido a que son los fondos quienes tienen el deber de suministrar información, es sobre quiénes recae la carga de la prueba de que se brindó una asesoría integral y si la nulidad del traslado solo es procedente para aquellos afiliados beneficiarios de la transición o con un derecho pensional ya causado al momento del traslado, sobre este último punto La Corte ha venido indicando en la última jurisprudencia que la ineficacia y/o nulidad opera solo por la falta del deber de información en la que incurrió el fondo, sin importar las expectativas legítimas que pueda tener del afiliado.

El artículo 97 de la Ley 100 de 1993, hace alusión a las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual como un patrimonio autónomo el cual es propiedad de los afiliados, radicando en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación, esta es una información que se ha de proporcionar detalladamente, con la finalidad de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está para que vea el valor y el alcance de su derecho pensional.

Ademas cuando se trata de asuntos que gozan de mayor importancia, como la elección del régimen pensional debido a que sus consecuencias pueden ser vitales, se trasciende el simple deber de información, por lo que la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información. Actuando bajo el deber de la buena fe, para dar a conocer las diferentes opciones, con sus beneficios y perjuicios, incluso a tal punto que si fuere el caso, los promotores deberan desanimar al afiliado de tomar una opción que claramente iria en contra de sus intereses. (Sentencia SL 33083 de 2011 M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón).

Por lo anterior es importante cumplir estrictamente el requisito de la libertad informada, sobre el traslado de régimen pensional, pues este tiene incidencia sobre los derechos prestacionales que cubre el sistema general de pensiones, lo que obliga a los fondos privados a cumplir con la obligacion de documentar de forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen, ya que esto puede llegar a reflejarse en la ineficacia del acto jurídico de afiliación o en una nulidad de su traslado. Cabe resaltar que la libertad informada como requisito esencial para que surta efectos juridicos el traslado de regimen pensional es un

derecho que no esta condicionado al regimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicho hecho condiciona el cumplimiento de la obligacion de brindar a los afiliados elementos de juicio claro y objetivos que permitan escoger las mejores opciones para su pension.

Recordemos que según el (Artículo 1502 del Código Civil. Ley 57 de 1887) Para que una persona se obligue es necesario: 1) que sea legalmente capaz. 2) que de su consentimiento y no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga una causa lícita.

Es obvio que el objeto y causa son licitas, pues se trata del traslado del RPMPD al RAIS y que la persona es plenamente capaz o no estariamos en esta discusion. En donde realmente se ve la falencia por la omision en que incurrn las AFP, es en el consentimiento, debido a que este es uno de los requisitos de validez del acto juridico; puesto que hace valida la relación entre usuario y el fondo privado y si es viable que se cumpla con las condiciones que estipula el régimen de ahorro individual para acceder al reconocimiento del derecho pensional, ya que dicho derecho está condicionado no solamente a los aportes realizados, sino también a los rendimientos financieros que dichos aportes proporcionen, algo que no ocurre en el régimen de prima media para obtener el reconocimiento pensional ya que solo se necesita cumplir con los requisitos previamente establecidos por ley, edad y semanas de cotización para alcanzar el derecho a la pensión. (Sentencia T-325 de 2012 Accionante Fabiola Solange Rueda Villalba, Referencia: expedientes T-3287471, T-3288731)

Situaciones que se dan cuando al afiliado no se le brinda una información clara por la cual, pueda tomar una decision objetiva y razonable; ya que seguramente la decisión será consciente, libre y eficiente cuando este cotempla la totalidad de la informacion en conjunto, pero en el caso contrario, si la información no es completa, es confusa o es engañosa, la

desicion sera tomada de forma equivocada y el afiliado terminara perjudicando sus intereses sin darse cuenta.

Bajo este supuesto, es obvio suponer que el engaño realizado por el fondo de pensiones no solo se produce por lo que estos afirman, sino tambien por los silencios que se guardan en darle una informacion completa al afiliado, ante esto fondos privados siempre deben tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para tomar la desicion, por lo que se hace evidente que hay un traslado de la carga de la prueba hacia los fondos privados.

La sentencia SL 46292, dispone los puntos a tener en cuenta para valorar la eficacia del traslado, en esta providencia la corte dijo que los asesores de los fondos, no solo deben informar los beneficios del regimen al que pretendan trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (RPM o RAIS) sino que ademas deberan informar el monto de la pension que cada regimen proyectaria, la diferencia en el pago de los aportes que alli se realicen, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual desicion y obviamente la declaracion de aceptacion de esa situacion. Esta son reglas basicas que permiten ante una controversia saber si el traslado cumple o no los requisitos minimos de transparencia y libertad informada.

Es por ello que La Corte advierte que ningun juez puede pasar por alto falencias informativas, y menos considerar que eso no tiene relacion directa con el traslado de fondo pensional. Para finalizar esta idea, para que exista libre eleccion, debe existir tambien un proceso racional de eleccion en cuanto a las varias alternativas que se tienen, guiado este proceso por la suficiente informacion que los fondos deben brindar al afiliado o pensionado. Por esa razon no se puede tomar la libre eleccion a un fondo pensional, como un tema sobreentendido por los afiliados, excusandose el fondo en que el afiliado actuó por mera

voluntad. Ya que el acto fue hecho por medio de artificios y engaños, por lo que realmente la voluntad de la persona se vio afectada por un error de hecho que vicio su consentimiento.

La carga probatoria en cuanto al cumplimiento de los deberes de informacion, le corresponde a las AFP, es por ello que en el proceso estos son quienes deben acreditar, la diligencia y cuidado en el momento del traslado, demostrando que cumplieron el deber de la libertad informada, debido a que la mera manifestacion generica del afiliado de aceptar las condiciones de traslado no son suficientes para que la AFP quede librada de su carga probatoria. (Sentencia SL 4964 del 2018 M.P Gerardo Botero Zuluaga)

Por esto resulta claro que la deficiente informacion, para el traslado de regimen es un aspecto fundamental que ningun juez de instancia puede ignorar, dada la trascendencia que implica el derecho pensional que esta de por medio. Ademas no se puede desconocer el art 11 de la ley 100 de 1993 puesto que alli se establecen los derechos, garantias y prerrogativas adquiridos para quienes esten pensionados o hayan cumplido los requisitos para obtener la pension. (Sentencia SL 4964 del 2018 M.P Gerardo Botero Zuluaga)

En esta sentencia la corte reitera los pronunciamientos de sentencias anteriores, haciendo hincapié en que, de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la elección de cualquiera de los dos regímenes impartidos por la citada ley, debe ser libre y voluntaria, lo que no permite cualquier tipo de asesoría, sino aquella que pueda generar decisiones informadas bajo la óptica del que la brinda tiene el deber del buen consejo y sabe la importancia y el valor de la misma, al igual que conoce las consecuencias que puede acarrear el cambio de un régimen.

Ademas, se establecen las reglas que dan lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, determinando también quien es el encargo de proporcionar la información al implementar las siguientes pautas:

- A.** la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho.
- B.** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad.
- C.** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados.

CONCLUSIONES

1. Adoptada la Ley 100 de 1993 se consagró un modelo dual de pensiones, el cual está conformado por dos regímenes pensionales; El régimen de prima media con prestación definida el cual venía aplicándose mucho antes de la vigencia de la citada ley y el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad. Esto conlleva a que todas las personas que se vinculen al sistema pensional en el Estado Colombiano, tengan la información completa sobre este nuevo modelo pensional.
2. El deber de información clara, le corresponde a las AFP, estos son quienes deben acreditar, la diligencia y cuidado en el momento del traslado, demostrando que cumplieron el deber de la libertad informada, debido a que la mera manifestación genérica del afiliado de aceptar las condiciones de traslado no son suficientes para que la AFP quede librada de su carga probatoria. situación que se salió de las manos pues en la práctica no siempre resultaba de esta forma.
3. Resulta necesario recalcar que las administradoras tiene la obligación de proteger el derecho a la información que tienen todas las personas del sistema, buscando siempre obtener la mayor claridad en la información, respecto a las condiciones de dicho cambio y de suministrar el conocimiento no solamente de la parte favorable de ese régimen sino también de todo lo que puede serle lesivo en el suceso que la persona decida afiliarse o trasladarse.
4. Ante el incumplimiento de estas obligaciones por parte de los fondos privados, no basta con que se generen el traslado hacia COLPENSIONES, sino que también se debe condenar al fondo demandado al pago de los perjuicios causados, los cuales son evaluados según lo que correspondería en el régimen de prima media con prestación definida.

5. Por lo que dispone La Corte en muchos de sus pronunciamientos, está claro que las Administradoras de Fondos pensionales, tienen la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos principales y las condiciones bajo las cuales contratan con el régimen de ahorro individual con solidaridad o el regimen de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos.

REFERENCIAS.

NORMATIVAS

- 1) Ley 100 de 1993 (diciembre, 23). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
- 2) Ley 797 de 2003
- 3) Ley 860 de 2003
- 4) Ley 57 de 1887 - Código Civil.

JURISPRUDENCIALES

- 1) Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral Sentencia 31989 del 2008. Acta N° 56. M.P Eduardo López Villegas.
- 2) Sentencia SL 4964 del 2018 M.P Gerardo Botero Zuluaga
- 3) Sentencia SL 17595 de 2017 M.P Fernando Castillo Cadena, Radicación 46292
- 4) Sentencia T-325 de 2012 Accionante Fabiola Solange Rueda Villalba, Referencia: expedientes T-3287471, T-3288731, T-3289109 y T-3302519
- 5) Sentencia SL 33083 de 2011 M.P Elsy Del Pilar Cuello Calderón, acta No. 39
- 6) Sentencia SL 1452 del 2019 M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo
- 7) Sentencia SL19447 de 2017 M.P Gerardo Botero Zuluaga Radicación n.º 47125 Acta No. 35

- 8) Sentencia SL1421 de 2019, M.P Gerardo Botero Zuluaga, Radicacion 56174, Acta No. 13
- 9) Sentencia SL 31989 de 2008, M.P Eduardo López Villegas, Acta No. 56
- 10) Central Unitaria de Trabajadores CUT, 2013, p. 1
- 11) Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil