



Universidad del
Rosario

Traslado de régimen pensional: Deber y derecho a la doble asesoría.

Autor

Adriana Camila Clavijo Tapia

Director

David Hernando Barbosa Ramirez

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Labora y de la Seguridad Social

Universidad del Rosario

Bogotá - Colombia

2023

Traslado de régimen pensional: Deber y derecho a la doble asesoría.

Adriana Camila Clavijo Tapia

Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia

adrianaca.clavijo@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0425-8776>

RESUMEN

En el presente artículo se pretende dar a conocer la situación actual de Colombia frente a las declaraciones de ineficacia de traslado de régimen pensional basándose en la falta de aplicación del deber y derecho de doble asesoría, situación que tiene origen con la expedición de la ley 100 de 1993, debido a que con la misma se crearon dos regímenes pensionales que coexisten pero son excluyentes entre sí, y no se logró regular oportunamente la figura objeto de estudio. Para lograr el objetivo planteado se analizarán los fundamentos jurídicos y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura de doble asesoría pensional en Colombia en los últimos treinta años, igualmente, se verificará la afectación que causa la inaplicación de dicho deber y derecho en los afiliados y potenciales afiliados al Sistema General de Pensiones, finalmente, se presentan conclusiones.

Palabras clave: Ineficacia de traslado de régimen pensional, regímenes pensionales, deber de doble asesoría, inaplicación de deber de doble asesoría, derecho a la información.

Transfer of pension regime: Duty and right to double advice.

ABSTRACT

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

Keywords: Inefficiency of transfer of pension scheme, pension schemes, duty of double advice, non-application of duty of double advice, duty of information.

INTRODUCCIÓN.

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

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

Por esta razón, “para reducir la irracionalidad de estos traslados se implementó la obligatoriedad de recibir asesoría pensional, con proyecciones especializadas, por parte de las administradoras del régimen de origen y destino como requisito para solicitar el traslado de régimen: la doble asesoría” (Cáceres Mojica, 2019, p. 4)

El presente artículo tiene como objetivo general analizar el derecho y deber de doble asesoría, su fundamento jurídico y su desarrollo legal y jurisprudencial, para lograr dicho objetivo se realiza un artículo de revisión descriptivo en el cual se “proporciona al lector una puesta al día sobre conceptos útiles en áreas en constante evolución” (Guirao-Goris et al., 2008, p. 6), donde se estudian y analizan leyes, decretos, circulares, posiciones de algunos autores frente al tema de estudio, y las posiciones que han tomado las altas cortes en los últimos treinta años en lo relacionado con el derecho y deber de doble asesoría. Para la localización de los documentos bibliográficos se acudió a la búsqueda en internet en el buscador “Google Scholar”, al igual que en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, y se utilizaron descriptores como: “ineficacia de traslado de régimen pensional”, “regímenes pensionales”, “deber de doble asesoría”, “falta de aplicación de deber de doble asesoría”, “deber de información”, cabe resaltar que para dicha búsqueda únicamente se tuvo en cuenta lo manifestado dentro de los últimos treinta años, debido a que en este tiempo se expidió la ley 100 de 1993 con la cual surgió el tema objeto de estudio.

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

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

Posteriormente, se da a conocer las posiciones que han tomado las altas cortes frente al tema objeto de estudio en los últimos treinta años, es decir, se realiza un estudio del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho y deber de doble

asesoría, su significado, las consecuencias que conlleva la falta de su aplicación y la forma como debe ser presentado el mismo.

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

1. SITUACIÓN ACTUAL DE COLOMBIA DEBIDO A LA FALTA DE APLICACIÓN DEL DERECHO Y DEBER DE DOBLE ASESORÍA.

Al existir dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, existe un deber de doble información por parte de las Entidades Administradoras de Fondos Pensionales en Colombia, dicho deber consiste en que las AFP otorguen a sus afiliados y potenciales afiliados información clara, transparente y completa sobre las ventajas y desventajas que conlleva la afiliación y traslado de uno de los dos regímenes, teniendo en cuenta la situación por la que atraviesa cada persona.

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

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

Pese a esto, en muchas ocasiones las AFP no cumplen con el deber de doble información o, en algunos casos, consideran que el consentimiento firmado por parte de los afiliados hace el papel de otorgar una información clara y completa sobre las ventajas y desventajas que tiene cada régimen, sin embargo, no son conscientes que con su actuar están llevando a “engaños y omisiones generando

falsas expectativas entre los afiliados de recibir una mesada pensional mayor a la que recibirían en el otro fondo y a su vez fundando desventajas entre los afiliados de los dos regímenes pensionales” (Rosero Goyes, 2017, p. 1).

Con los engaños y omisiones a los que acuden las AFP se está generando una ineficacia en el traslado de régimen pensional, por lo que muchos de los afiliados que decidieron trasladarse de régimen están solicitando, a través de demandas, un traslado pensional exprés, esto de acuerdo con una publicación de la revista Portafolio – País donde se manifiesta que “más de 16.000 colombianos que, por ley, ya no pueden trasladarse de régimen pensional -porque les faltan menos de 10 años para jubilarse- han encontrado en los estrados judiciales la salida perfecta para lograrlo” (Londoño Vélez, 2019, párr. 1), esto demuestra que en la actualidad muchos afiliados están buscando la manera para lograr la ineficacia de su traslado de régimen, cabe resaltar que esa decisión involucra o afecta la sostenibilidad financiera de los dos regímenes ya que, “los faltantes fiscales del Régimen de Prima Media (RPM) se estarían elevando del 140 % del PIB al 228 % durante las próximas tres décadas, por la migración de unos 9 millones de afiliados hacia el RPM” (Mora, 2015, p. 39), situación que también se está presentando en el RAIS (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), puesto que las AFP están ocupándose de contingencias que están a cargo de aseguradoras, lo que genera una grave afectación a su sostenibilidad financiera.

Igualmente, de acuerdo con un estudio realizado por el Ministerio de Hacienda, para el año 2015 “de los afiliados a pensión que en los últimos años han decidido cambiarse de los fondos privados al régimen público, solamente el 4 por ciento acertó con la decisión” (Portafolio - Economía hoy, 2015, párr. 1).

2. FUNDAMENTO JURÍDICO Y NORMATIVO DEL DERECHO Y DEBER DE DOBLE ASESORÍA PARA LOS TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

En razón a la gran cantidad de colombianos que, actualmente, se encuentran insatisfechos con su decisión de traslado de régimen pensional y de afiliación, es

necesario mencionar ciertos fundamentos jurídicos básicos para la aplicación del deber de doble asesoría, el cual, debe ser otorgado tanto por el régimen privado como por el régimen público del Sistema General de Pensiones.

Inicialmente, se puede encontrar que las Administradoras de Fondos Pensionales tienen el compromiso de otorgar el “buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones” (Decreto 2555, 2010, Art. 2.6.10.2.3), sin embargo, esto solamente se establece para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dejando a un lado la asesoría que deben brindar los promotores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

Igualmente, en el año 2009 se habló sobre el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna que deben tener las entidades financieras y de seguros manifestando que, “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” (Ley 1328, 2009, Art. 3)

Cabe resaltar que, en concordancia con este principio y, para otorgarle una mayor claridad al deber de doble asesoría, se adicionó el segundo inciso al artículo 9 de la ley 1328 de 2009 donde se expresa que, “las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes” (Ley 1748, 2014, Art. 2 Parágrafo 1), esto fue retomado y apoyando por la Circular 062 proferida por la Superintendencia Financiera (2017, párr. 4).

Finalmente, es importante tener en cuenta que “una vez presentada la solicitud de asesoría, la administradora del SGP (Sistema General de Pensiones) debe requerir al solicitante toda la información necesaria que permita contactar al afiliado para la prestación de la asesoría” (Circular Externa 016, 2016), igualmente, dicha circular exhorta a los promotores de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones a brindar la información completa, necesaria y transparente a los afiliados para que estos, con dicha información, puedan decidir si aceptan o desisten de realizar el traslado de régimen pensional.

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

Pese a esto, es importante mencionar que los daños presentados en la actualidad no fueron provocados con la promulgación de la Ley 100, sino por “la inobservancia a ese deber de asesoría, información y buen consejo que afecta a todos aquellos

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

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO Y DEBER DE DOBLE ASESORÍA PARA LOS TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

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

Para iniciar a examinar las posiciones de las altas cortes frente al tema objeto de estudio, es esencial iniciar analizando lo expresado por la Corte Constitucional debido a que manifiesta que, en el régimen de ahorro individual se “constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, administrado por las entidades que se autoricen para tal efecto. A diferencia del régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, donde se constituye un fondo común de naturaleza pública” (Sentencia C-378, 1998), por tal razón, existe una clara diferencia en el manejo de los aportes que realizan los trabajadores y empleadores al Sistema General de Pensiones en Colombia, por lo que es necesario que los empleados tengan total claridad de las ventajas y desventajas que les puede presentar cada régimen.

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

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

lego, en materias de alta complejidad. (Sentencia 31989, 2008; Sentencia 31314, 2008)

Con esto se puede evidenciar que para la Corte Suprema de Justicia las AFP tienen la obligación de brindar un buen consejo, “proporcionando al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras” (Sentencia 33083, 2011), dando a conocer la información necesaria de manera clara y en un lenguaje que los afiliados puedan entender, teniendo en cuenta que, muchos de ellos, no poseen conocimientos del tema pensional; en la sentencia en mención la honorable Corte también expresa que se debe dar a conocer los beneficios e inconvenientes que conlleva un traslado de régimen pensional hasta llegar al punto de desanimar sobre dicha decisión cuando se afectan los derechos del afiliado.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que la decisión de trasladarse de régimen pensional “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” (Sentencia SL12136, 2014), con esto se puede manifestar que no es suficiente la firma del afiliado en un documento que establezca que se le dio al mismo una información completa, sino, por el contrario, se necesita que realmente se otorgue una información detallada y transparente, al igual que el buen consejo que se le debe brindar, es decir, la información que deben brindar las AFP “no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre” (Sentencia SL4964, 2018).

Esta posición está basada en lo manifestado en el año 2014 donde se expresa que:

No existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus

derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (Sentencia SL12136, 2014)

Por lo anterior, es necesario tener en cuenta que, la decisión de traslado de régimen pensional debe provenir de un consentimiento informado y libre, es decir que el mismo no debe estar revestido de presiones ni amenazas, tal como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia:

En el ámbito del sistema integral de seguridad social, la afiliación y la selección de un régimen de pensiones son actos rodeados de ciertas formalidades, con vocación de permanencia y que deben provenir de la elección libre, voluntaria y sin presiones del afiliado. (Sentencia SL9519, 2015)

Con esta posición de la Honorable Corte se logró determinar que todas las decisiones de traslado de régimen pensional deben ser reales y efectivas, por ende, las mismas no deben ser aparentes o ficticias, debido a que, de ser contrario podría presentarse la situación estudiada en el año 2018, donde “el traslado de régimen del actor fue aparente y no real, por lo que había lugar al reconocimiento de la pensión, en condición de beneficiario del régimen de transición” (Sentencia SL482, 2018).

En este punto es de vital importancia mencionar que, actualmente, existe la figura de la doble asesoría, la cual consiste en el derecho que tienen los afiliados y potenciales afiliados al Sistema General de Pensiones a recibir información de asesores y promotores de los dos regímenes vigentes en Colombia sobre las ventajas y desventajas que tendría al afiliarse o trasladarse a un régimen pensional, esta figura le otorga la posibilidad al usuario de crear un juicio imparcial y, sobre todo, objetivo de las características, fortalezas y debilidades con las que cuenta

cada régimen pensional, lo que conllevaría a conocer claramente los efectos jurídicos del traslado.

Esto es apoyado en una decisión de la Corte Suprema de Justicia donde manifiesta que:

El acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. (Sentencia SL1452, 2019, Sentencia SL1689, 2019)

Cabe mencionar que, cuando un afiliado es beneficiario del régimen de transición se necesita, con mayor urgencia, que al mismo se le otorgue una información detallada sobre los efectos que puede generar el traslado de régimen pensional en cuanto a la transición de la cual es beneficiario, por tal razón, dicha información debe contener lo siguiente:

i) que la información comprenda todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de la pensión; ii) el deber de información a las personas en forma clara, completa, comprensible y suficiente y, iii) 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 para definir de forma libre y voluntaria a cuál régimen desea pertenecer. (Sentencia SL037, 2019)

Por lo tanto, resulta evidente que en el momento en que un afiliado decide trasladarse de régimen pensional, las Administradoras de Fondos Pensionales tienen la obligación de suministrarles información suficiente, clara y calificada para que el mismo tenga la capacidad de tomar la decisión más favorable de acuerdo con su caso en particular y, de esta manera, dar aplicación a lo que la Corte Suprema de Justicia llama deber de información.

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

Cabe mencionar que, al igual que no existe un límite ni un momento específico para dar cumplimiento al derecho de doble asesoría, tampoco existe un momento determinado para la procedencia de la ineficacia, tal como se manifiesta a continuación:

Se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. (Sentencia SL1689, 2019)

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

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

Esto también es apoyado por la Honorable Corte en el año 2020 donde manifiesta que:

La información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este, en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber de dar información e ilustración suficiente sobre las diferentes alternativas, lo que en todo caso va más allá del simple diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado. (Sentencia SL2611, 2020)

Igualmente, esta postura fue tomada por el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga al manifestar que “la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este, en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas” (Sentencia SL4806, 2020).

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

Cabe resaltar que “las AFP tienen esa responsabilidad, dada, su doble calidad, de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, entonces el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que pudiese exigirse a otro ente financiero” (Sentencia SL4373, 2020), esto debido a que se protegen intereses sociales tales como la vejez, invalidez y muerte, lo que le da mayor importancia a que se genere en los usuarios una decisión libre de cualquier precipitación.

4. INEFICACIA: SIGNIFICADO, CAUSALES Y EFECTOS DE ACUERDO CON LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Teniendo en cuenta la importancia de la aplicación y garantía del derecho y deber de doble asesoría por parte de los promotores de las AFP, se puede evidenciar que la consecuencia directa de la falta de aplicación de este es la declaratoria de ineficacia de traslado pensional, sin embargo, es necesario manifestar que:

La ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis. (Sentencia SL3464, 2019)

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

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

Por lo tanto, la Honorable Corte establece de manera clara y expresa las situaciones en las que existe ineficacia, donde una de ellas, es que no se otorgue una información clara sino, por el contrario, solo se respalde con la simple firma en un

documento o formulario, siendo esto contrario a la real aplicación del deber de doble asesoría.

Con lo anterior, se puede expresar que todo traslado de régimen pensional que se realice sin la debida aplicación del deber de doble asesoría estaría envuelto de la figura de la ineficacia y, por lo tanto, ese acto no generaría efectos jurídicos por lo que las cosas volverían a como se encontraban antes de realizar el mismo, en este caso el traslado de régimen pensional.

Por tal motivo, es de suma importancia darle una aplicación real al deber de doble asesoría por parte de las AFP, con el fin de evitar una futura declaración de ineficacia ya que su efecto "es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes" (Sentencia SL2877, 2020), es decir, la sentencia que declare la existencia de dicha figura tiene efectos retroactivos, teniendo como consecuencia directa, que el traslado de régimen que nació previamente no surja a la vida jurídica.

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

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

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

Pese a lo anterior, es necesario tener en cuenta que esto no significa que las personas que gozan de esta calidad no tengan derecho a que se les repare por el daño causado, por lo tanto, si un pensionado sufre un perjuicio por parte de las AFP, este tiene derecho a demandar la indemnización total de los perjuicios causados la cual estará a cargo de las AFP.

CONCLUSIONES.

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

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

Igualmente, al ser un problema que está afectando a la mayoría de colombianos afiliados al sistema, los procesos de ineficacia de traslado han llegado hasta las altas cortes, por lo que las mismas se han pronunciado frente al tema manifestando que es una obligación para los promotores, tanto del régimen privado como del

régimen público, garantizar la aplicación del deber de doble asesoría para que los usuarios tengan toda la información que necesiten para tomar una decisión libre de vicios y consciente.

Pese a que, en la actualidad la doble asesoría se encuentra plenamente regulada se sigue observando que el número de solicitudes de ineficacia de traslado está aumentando, esto se presenta debido a la inobservancia en la aplicación del derecho y deber de doble asesoría por partes de los promotores, tanto del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida como del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

REFERENCIAS.

Cáceres Mojica, J. M. (2019). Doble asesoría obligatoria para traslado de régimen pensional: Toma de decisiones bajo incertidumbre. Universidad Nacional de Colombia.

<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75998/1052382009.2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Circular Externa 016 de 2016. [Superintendencia Financiera]. Por medio de la cual imparte instrucciones en materia del deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes pensionales y se adiciona información a los extractos de los afiliados al régimen de prima media con prestación definida. Abril 28 de 2016.

Circular Externa 062 de 2017. [Superintendencia Financiera]. Por medio de la cual informa aspectos relacionados con el deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes pensionales. Julio 21 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia (1998, 27 de Julio). Sentencia C-378/1998 (Alfredo Beltrán Sierra MP).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-378-98.htm#:~:text=A%20diferencia%20del%20sistema%20de,de%20ahorro%20para%20cada%20afiliado.>

Corte Suprema de Justicia (2008, 9 de Septiembre). Sentencia 31314 (Elsy del Pilar Cuello Calderón MP).

Corte Suprema de Justicia (2008, 9 de Septiembre). Sentencia 31989 (Eduardo Adolfo López Villegas MP).

Corte Suprema de Justicia (2011, 22 de Noviembre). Sentencia 33083 (Elsy del Pilar Cuello Calderón MP).

Corte Suprema de Justicia (2014, 3 de Septiembre). Sentencia SL 12136 (Elsy del Pilar Cuello Calderón MP).

Corte Suprema de Justicia (2018, 14 de Noviembre). Sentencia SL 4989 (Gerardo Botero Zuluaga MP).

Corte Suprema de Justicia (2018, 28 de Febrero). Sentencia SL 482 (Omar de Jesús Restrepo Ochoa MP).

Corte Suprema de Justicia (2019, 23 de Enero). Sentencia SL 037 (Ernesto Forero Vargas MP).

Corte Suprema de Justicia (2018, 14 de Noviembre). Sentencia SL 4964 (Gerardo Botero Zuluaga MP).

Corte Suprema de Justicia (2015, 22 de Julio). Sentencia SL 9519 (Rigoberto Echeverri Bueno MP).

Corte Suprema de Justicia (2019, 10 de Abril). Sentencia SL 1421 (Gerardo Botero Zuluaga MP).

Corte Suprema de Justicia (2019, 8 de Mayo). Sentencia SL 1689 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo MP).

Corte Suprema de Justicia (2020, 28 de Octubre). Sentencia SL 4373 (Omar Ángel Mejía Amador MP).

Corte Suprema de Justicia (2020, 1 de Julio). Sentencia SL 2611 (Gerardo Botero Zuluaga MP).

Corte Suprema de Justicia (2019, 27 de Noviembre). Sentencia SL 5630 (Gerardo Botero Zuluaga MP).

Corte Suprema de Justicia (2019, 3 de Abril). Sentencia SL 1452 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo MP).

Corte Suprema de Justicia (2020, 14 de Octubre). Sentencia SL 4806 (Gerardo Botero Zuluaga MP).

Corte Suprema de Justicia (2019, 14 de Agosto). Sentencia SL 3464 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo MP).

Corte Suprema de Justicia (2020, 29 de Julio). Sentencia SL 2877 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo MP).

Corte Suprema de Justicia (2021, 10 de Febrero). Sentencia SL 373 (Cecilia Dueñas Quevedo MP).

Decreto 2071 de 2015. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo referente al régimen de protección al consumidor financiero del sistema general de pensiones. Octubre 23 de 2015.

Decreto 2555 de 2010. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010.

- Duque Gómez, N., & Duque Quintero, S. P. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: Un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia juris*, 12(1), 40.
<https://doi.org/10.15665/rj.v12i1.886>
- García Vásquez, H. E. (2020). Incumplimiento del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones: Consecuencias jurídicas y económicas para los afiliados y el estado. Universidad de Antioquia.
http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14920/2/GarciaHader_2020_PensionesAfpConsecuencias.pdf
- Guirao-Goris, J. A., Olmedo Salas, A., y Ferrer Ferrandis, E. (2008). El artículo de revisión. *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria*.
https://www.uv.es/joguigo/valencia/Recerca_files/el_articulo_de_revision.pdf
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. DO: 41148
- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Julio 15 de 2009. DO: 47411
- Ley 1748 de 2014. Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. Diciembre 26 de 2014. DO: 49376
- Londoño Vélez, S. (2019). Por vía judicial, 16.000 personas buscan traslado pensional exprés. *Portafolio - País*.
<https://www.portafolio.co/economia/por-via-judicial-16-000-personas-buscan-traslado-pensional-expres-530215>
- Mora, C. (2015). Pensiones: Ajustes urgentes en el régimen de ahorro individual con Solidaridad (RAIS). *Revista Fasecolda*, 161, 36-39.
- Portafolio - Economía hoy. (2015, abril). Solo el 4,9% de los que cambiaron de régimen pensional acertó en su decisión. *Portafolio - Economía hoy*.

<https://www.portafolio.co/economia/finanzas/95-quienes-cambiaron-regimen-pensional-equivoco-25572>

Rosero Goyes, P. A. (2017). Nulidad del traslado entre regímenes pensionales, determinado por los vicios del consentimiento. Universidad Católica de Colombia.

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14899/1/Nulida%20del%20traslado%20de%20los%20fondos%20privados.pdf>

Torres Escudero, S. J. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016. 7(2), 17