



MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**El deber de información en la elección de régimen pensional:
Un análisis desde el Derecho Fundamental a la Seguridad Social en Colombia**

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Modalidad: Investigación - Cohorte: XI



Autor: María Eugenia Flórez Genes
Director: Sandra Patricia Duque Quintero

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – 2022

<http://derecho.udea.edu.co> - maestriaderecho@udea.edu.co

El Deber de Información en la Elección de Régimen Pensional:
Un Análisis desde el Derecho Fundamental a la Seguridad Social

María Eugenia Flórez Genes

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:

Magíster en Derecho. Modalidad Investigación.

Directora de investigación:

Dra. Sandra Patricia Duque Quintero

Línea de Investigación:

Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social

Grupo de Investigación:

Grupo derecho y sociedad

XI Cohorte (2020-2021)

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Medellín, Colombia

2022

*A mi padre (QEPD), que aun en su ausencia sigue
nutriendo mis recuerdos con sus enseñanzas*

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y SUS PRESTACIONES ECONÓMICAS DESTINADAS A LA VEJEZ	7
CAPÍTULO II: EL DEBER DE INFORMACIÓN DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIANO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL	23
CAPÍTULO III: DEBER DE INFORMACIÓN E INEFICACIA DE LA ELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL: UN ANÁLISIS DEL PRECEDENTE DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL.....	39
CAPÍTULO IV: SITUACIONES REGRESIVAS EN LA ELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL Y LA AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL	57
A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DEBER DE INFORMACIÓN COMO POTENCIALIZADOR DEL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL..	73
REFERENCIAS.....	80
ANEXO.....	91
□ Archivo en Excel sobre el análisis del precedente de la sala laboral de la Corte Suprema Justicia sobre la ineficacia de la elección de régimen pensional.....	91

LISTA DE TABLAS

TABLA 1: EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN	45
--	----

LISTA DE FIGURAS

GRAFICO 1. NICHOS CITACIONALES	40
GRAFICO 2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE INEFICACIA EN LA ELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL	49
GRAFICO 3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE INEFICACIA EN LA ELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL	53

RESUMEN

A partir de la Constitución Política de 1991, Colombia se constituyó como un Estado Social de Derecho, en el que se consagra el Derecho a la Seguridad Social como aquel por medio del cual es posible materializar el principio de dignidad humana. De igual forma, a partir de la Ley 100 de 1993 se creó un nuevo Sistema General de Pensiones, dividido en dos regímenes pensionales, coexistentes pero excluyentes entre sí, cuya elección debe ser de manera libre y voluntaria. Para la administración de dicho sistema, se crearon las distintas administradoras de pensiones que, como entidades de carácter financiero, tienen el deber legal de informar a sus potenciales afiliados cuál sería la mejor opción del mercado, sin embargo, este deber de información no es plenamente aplicado y existe en la actualidad muchas personas que a través de procesos judiciales pretenden cambiar de régimen pensional por considerar que no les explicaron las consecuencias de su elección.

Por tanto, en esta investigación cualitativa, con enfoque hermenéutico, a través de la lectura de textos especializados, jurisprudencia y normatividad, se analizó en qué medida el deber de información en la elección de régimen pensional posibilita el derecho fundamental a la seguridad social en Colombia. Se concluye que la información, acorde con el criterio de conocimiento personal del afiliado, potencializa el derecho a la seguridad social en la medida que permite que las personas mayores accedan a la prestación pensional que más le favorece, siendo la información un derecho fundamental del consumidor financiero pensional cuya violación podría causar una situación regresiva, por lo que se propone pensar en una propuesta educativa de popularización del derecho pensional.

Palabras clave: sistema general de pensiones, deber de información, selección de régimen pensional, régimen solidario de prima media con prestación definida, régimen de ahorro individual con solidaridad.

ABSTRACT

Colombia was constituted as a Social Rule of Law based upon the Political Constitution of 1991, in which the Law to Social Security is enshrined as that through which it is possible to materialize the principle of human dignity. Likewise, as of Law 100 of 1993, a new General Pension System was created, divided into two pension regimes, coexisting but mutually exclusive, whose election must be free and voluntary. The different pension administrators were created for the administration of said system that, as financial entities, have the legal duty to inform their potential affiliates which would be the best option in the market. However, this duty of information is not fully applied and there are currently many people who, through legal processes, pretend to change pension regime because it was not explain to them the consequences of their choice.

Therefore, in this qualitative research, with a hermeneutic approach, through the reading of specialized texts, jurisprudence, and regulations, it was analyzed to what extent the duty of information in the choice of pension regime enables the fundamental right to social security in Colombia. It's concluded that the information, according to the criterion of personal knowledge of the affiliate, enhances the right to social security to the extent that it allows older people to access the pension benefit that most favors them, being information a fundamental right of the financial pension consumer whose violation could cause a regressive situation, which is why it's proposed to think of an educational proposal to popularize pension law.

Keywords: general pension system, duty of information, selection of pension regime, Average Premium with Defined Benefit Solidarity System, individual savings regime with solidarity.

INTRODUCCIÓN

Colombia se constituyó como un Estado Social de Derecho a través de la Constitución Política de 1991 (CP), donde se instauran derechos y principios que reivindican la lucha de trabajadores en busca del reconocimiento de condiciones justas para el desarrollo de una sociedad amparada en la solidaridad y el respeto a la dignidad humana, entre ellos el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (arts. 48 y 53). Este derecho, si bien pasó por la discusión sobre su carácter de fundamental, en sentencias como la T-468 del 2007 la Corte Constitucional le reconoce dicho carácter al considerar el derecho a la seguridad social como una consecuencia necesaria dentro de la consagración del Estado Social de Derecho, sin el cual no es posible el florecimiento de las condiciones necesarias que permitan materializar la dignidad humana. De igual forma, en sentencias como la T-658 del 2008, dicha corporación resalta el contenido que le da el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) a este derecho, el cual incluye obtener y mantener prestaciones sociales, que permitan una protección ante la falta de ingresos laborales debido a la vejez, invalidez o muerte.

Aunado a lo anterior, en 1993 a través de la Ley 100, en Colombia se creó un nuevo Sistema General de Pensiones (SGP) dividido en dos regímenes: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RSPMPD) y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), los cuales son coexistentes pero excluyentes entre sí (art. 12). Ambos regímenes pensionales cubren el riesgo de la vejez, sin embargo, mientras el RSPMPD es un régimen de reparto, en donde todos contribuyen a una cuenta común de naturaleza pública y cuyas prestaciones se encuentran claramente definidas en cuanto a montos a reconocer (arts. 31 y ss Ley 100 de 1993), el RAIS es un régimen donde cada afiliado tiene una cuenta de ahorro a su nombre con la cual financia la mesada pensional, pero en los casos de la pensión de vejez el monto de la prestación es variable y depende del capital acumulado, la edad y expectativa de vida del pensionado y sus beneficiarios, el nivel de rendimientos obtenidos a raíz de inversiones, entre otros aspectos (arts. 59 y ss de la Ley 100 de 1993).

Ante este nuevo panorama, se crearon las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) con la finalidad de que administraran el RAIS, siendo estas sociedades de carácter financiero y

por ende vigiladas por la Superintendencia Bancaria (SB) hoy Superintendencia Financiera de Colombia ([SFC] art. 90 de la Ley 100 de 1993, y artículo 1° del Decreto 4327 del 2005). Mientras tanto, el Instituto de Seguros Sociales (ISS) quedó a cargo de administrar el RSPMPD, junto con las cajas, fondos o entidades de seguridad social, ya sean públicas o privadas, existentes hasta la entrada en vigencia del SGP, estableciéndose en el artículo 52 de la ley 100 de 1993, que también estarían sometidas a la vigilancia y control de la SB; sin embargo, se ordenó la liquidación del ISS y la creación de la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) para que continuara la administración del RSPMPD y los Beneficios Económicos Periódicos (artículo 155 de la ley 1151 de 2007, reglamentado por el Decreto 2011 del 2012), convirtiéndose en una entidad de carácter financiero a partir del Decreto 309 del 2017.

Ahora bien, según lo dispuesto por los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, la selección entre uno y otro régimen pensional debe ser libre y voluntaria, y la interferencia en dicha elección deja sin efecto la afiliación. Así mismo, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 dispuso que las entidades vigiladas por la SB (hoy SFC), tienen un *deber de información* que los obliga a suministrar los datos necesarios para que los potenciales afiliados de manera clara y objetiva escojan la mejor opción del mercado, deber que se concretó en la facultad de «*poder tomar decisiones informadas*» (art. 21 de la Ley 795 del 2003); llegándose a imponer a través de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la SFC, el deber de doble asesoría, según el cual el afiliado, antes de proceder con el traslado entre regímenes, debe ser asesorado tanto por la AFP como por COLPENSIONES, sobre las implicaciones de dicho traslado.

Sin embargo, el deber de información no es plenamente aplicado, esto se refleja en la exposición de motivos del proyecto de Ley 50 del 2019 (que buscaba ofrecer un periodo de 6 meses para autorizar traslados entre regímenes de aquellas personas que les faltaran menos de 10 años para pensionarse, pero que fue archivado), donde se señalaba que a corte de 30 de abril del 2020, COLPENSIONES tenía 34.230 procesos judiciales de personas que pretendían regresar al RSPMPD por considerar que las AFP violaron su deber de información, pues no se les advirtió cuáles serían las consecuencias de su traslado; de estos 34.230 procesos COLFONDOS tenía 6.343; PORVENIR, 17.692; PROTECCIÓN, 8.795 y SKANDIA, 1.400, por lo que el proyecto

pretendía impactar la congestión judicial causada por las declaraciones de nulidad o ineficacia de los traslados de régimen pensional y favorecer a más de 400 mil colombianos (Rojas, 2020).

A partir de los procesos judiciales, en donde se discute si puede hablarse de un traslado libre y voluntario entre regímenes, cuando no se le explica al potencial afiliado cuáles serían las consecuencias de este y qué beneficios podía llegar a perder, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), mediante sentencias como las 31989 y 31314 del 2008, manifestó que las AFP son fiducias que deben cumplir con el servicio público de la seguridad social, lo cual acarrea una responsabilidad profesional sobre la información que le entregan a sus afiliados e implica el cumplimiento de sus deberes con suma diligencia, prudencia y pericia, de lo contrario el traslado al RAIS se tornaría nulo y en consecuencia se genera el regreso automático del afiliado al RSPMPD (CSJ, Radicado 31989 del 09 de septiembre del 2008); siendo pertinente señalar, que dicha sala en sentencias como SL 12136-2014, SL 1421-2019 y SL 1689-2019, hace un cambio jurisprudencial en la postura frente a la consecuencia jurídica de la falta de información, pues se pasó de declarar la nulidad del acto de traslado de régimen a establecer la ineficacia, con fundamento en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Este precedente, ha permitido a los Jueces Laborales y las Salas Laborales de los Tribunales Superiores, reivindicar el acceso a una pensión de vejez digna, pero ha permitido también que se presenten demandas solicitando declaraciones de ineficacia aun cuando no es conveniente regresar al RSPMPD, pues la consecuencia sería el reconocimiento solo de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez (artículo 37 del Ley 100 de 1993), situación regresiva que también puede ocasionarse, ya sea por la decisión de afiliarse a un régimen, de permanecer en él o de trasladarse, pues dicha elección puede implicar que bajo el desconocimiento, el afiliado no acceda a la prestación que le dé una mejor protección, y más aún cuando, según Llano et al (como se citó en Cáceres, 2019, p. 2), entre el 80% y el 95% de las personas que solicitaron trasladarse al RSPMPD durante el 2013 tomaron una decisión desacertada, tal como se desarrollará más adelante.

Ante este panorama, al indagarse sobre los posibles derechos de los afiliados que se pueden ver afectados ante una situación regresiva causada por la elección de un régimen

pensional, ya sea por la decisión de afiliarse, de permanecer en él, o de hacer un traslado de régimen o de solicitar la declaración de ineficacia, la pregunta que orientó la investigación fue ¿en qué medida el deber de información en la elección de un régimen pensional posibilita el derecho fundamental a la seguridad social en Colombia?. La investigación fue una investigación cualitativa, pues se abordó la realidad, en tanto proceso cultural, con una perspectiva netamente subjetiva donde se buscó comprender los múltiples sentidos de las acciones humanas en su generalidad, particularidad y singularidad, bajo una modalidad de análisis-síntesis que permitió descomponer conceptos como deber de información y elección de un régimen pensional, para luego integrarlos en el concepto de derecho fundamental a la seguridad social.

El enfoque que orientó la investigación fue el hermenéutico puesto que, en la búsqueda de la creación de un aporte al saber jurídico, se partió de la vivencia de la investigadora principal como abogada litigante y docente universitaria, para reflexionar sobre propuestas que, desde el derecho, contribuyeran a analizar el deber de información, las diferentes formas de elegir un régimen y sus implicaciones en la materialización del derecho fundamental a la seguridad social, a través del proceso y la estructura hermenéutica, en cuanto tal como lo dice González (2011):

las vivencias producen en el ser, el deseo de emprender la aventura de una investigación, a partir de entonces son intencionales, se traducen en estructuras de sentido, se registran, se abarcan como actos de conciencia. Allí donde nace una vivencia es posible abrirse en una experiencia hermenéutica (p. 126).

Así las cosas, la pregunta que orientó la investigación posibilitó, por medio del proceso hermenéutico, conversar con los textos -literatura especializada, jurisprudencia y normatividad hasta alcanzar la fusión de horizontes: el análisis del deber de información, su relevancia al momento de elegir un régimen pensional, ya sea por la decisión de afiliarse, trasladarse, permanecer o solicitar la ineficacia del traslado, y sus implicaciones en la materialización del derecho fundamental a la seguridad social, fusión de horizontes que se manifestó en el acuerdo, en lo nuevo de la investigación, es decir, en un análisis sobre el deber de información en la elección de régimen pensional y cómo este puede posibilitar el derecho fundamental a la seguridad social.

En tal sentido, para dar respuesta tanto al objetivo general, correspondiente a analizar en qué medida el deber de información en la elección de régimen pensional posibilita el derecho fundamental a la seguridad social en Colombia, como a los objetivos específicos enmarcados en: 1) Describir el Sistema General de Pensiones colombiano y los diferentes regímenes que lo componen a partir de las prestaciones destinadas al cubrimiento de la vejez. 2) Desarrollar los conceptos de deber de información y derecho fundamental a la seguridad social dentro del Sistema General de Pensiones Colombiano y su importancia en la elección de un régimen pensional. 3) Determinar el precedente de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional relacionado con el deber de información de las administradoras de los regímenes pensionales colombianas, y 4) Identificar las situaciones regresivas que se pueden llegar a causar en la elección de un régimen pensional y la afectación que podría generar al derecho fundamental a la seguridad social, la investigación se desarrolló a través de cuatro capítulos que permitieron llegar a unas conclusiones.

En el primer capítulo, a través de la descripción del Sistema General de Pensiones, se muestra el desarrollo histórico del sistema, las consecuencias de los distintos cambios legislativos y la importancia de dar aplicación al deber de información por parte de las administradoras del sistema. En el segundo capítulo, a través de la definición de consumidor financiero, se desarrolla el concepto de deber de información dentro del sistema general de pensiones y su carácter de fundamental, a la par del desarrollo del concepto de Derecho Fundamental a la Seguridad Social. En el tercer capítulo, se realizó un análisis del precedente de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre el deber de información bajo el problema jurídico: *¿es ineficaz la elección del régimen pensional cuando las administradoras del Sistema General de Pensiones no cumplen con su deber de información?* En el cuarto capítulo se construyó el concepto de *situaciones regresivas en la elección de régimen pensional* para identificar cómo puede afectar el derecho fundamental a la seguridad social.

Finalmente, en las conclusiones, se manifiesta que el sistema pensional actual es mucho más complejo y difícil de comprender, por lo que los consumidores financieros pensionales tienen una garantía constitucional y legal a la información, que como deber potencializa el

derecho irrenunciable a la Seguridad Social en la medida que permite que las personas mayores tomen decisiones más acertadas en la elección de régimen pensional, y por ende accedan a la prestación dentro del Sistema que más se adapte a sus características e intereses, por lo que se propone pensar en una propuesta educativa de popularización del derecho pensional.

CAPÍTULO I: EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y SUS PRESTACIONES ECONÓMICAS DESTINADAS A LA VEJEZ

La vejez entendida como aquella pérdida de vigor generada por el paso del tiempo, necesita los medios para una subsistencia digna, la cual se constituye como objeto de protección de la Seguridad Social mediante mecanismos como la pensión de jubilación, las asignaciones de retiro, el retiro forzoso, entre otras, concedidas a una edad establecida o bajo unas circunstancias determinadas, con la finalidad de que pueda garantizarse a las personas mayores un ingreso que les permita descansar del trabajo y tener una vejez digna (Cañón, 2017a, p. 180). Por ello, se han construido diferentes modelos de seguridad social para dar cubrimiento a dicha contingencia, como el alemán de los seguros sociales, propuesto por el canciller Otto Von Bismarck en la época de la industrialización, el cual pretendía a través de un seguro, proteger a la población asalariada de bajos ingresos de eventualidades como la vejez; el modelo asistencial inglés, basado en el informe presentado por la comisión liderada por Sir William Beveridge al gobierno británico de la posguerra, el cual buscaba complementar el modelo alemán, para dar protección a la vejez sin tener en cuenta la calidad de trabajador, mediante subsidios financiados a través de la solidaridad de los miembros de la comunidad (impuestos); y el modelo chileno de privatización de las pensiones basado en el informe presentado por la comisión liderada por Jorge Prat Echaurren al gobierno chileno en la década de los 60, cuyo objetivo era delegar en el individuo la responsabilidad de su vejez, a través del apoyo de las Administradoras de Fondo de Pensiones, y así disminuir la carga estatal (Cañón, 2017a, pp. 91-115).

Colombia no ha sido ajena a la necesidad de buscar mecanismos para la protección de la vejez, inició otorgando beneficios normativos de seguridad social al sector oficial y militares, y se fue extendiendo al sector privado; pero, no fue sino hasta la creación de la Ley 90 de 1946 que se cristalizó la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS) como una entidad diseñada para reemplazar a los empleadores en el reconocimiento y pago de prestaciones, con el apoyo conjunto del Estado, las empresas y los trabajadores (Arenas, 2018, pp. 58-69). Este nuevo modelo de seguridad social que se introdujo en Colombia estaba basado en el modelo alemán de los seguros sociales que se caracterizaba por amparar a los trabajadores dependientes, y tanto el valor de la cotización como el valor de las prestaciones que otorgaba, dependían del

salario del trabajador, pues se basaba en el principio de justicia conmutativa, el *do ut des*, es decir, si un trabajador aportó bajo una base salarial tenía derecho a recibir una compensación equivalente o proporcional al aporte (Cañón, 2017a, pp. 92-100).

Sin embargo, si bien el ICSS fue creado en 1946, a partir del Decreto 1824 de 1965 y el Decreto 3041 de 1966 se establecieron las bases para la implementación del seguro para la vejez, el cual traía como requisitos para obtener la pensión una edad mínima y un tiempo de cotizaciones al Seguro, prestación económica que estaría acorde con el salario del trabajador (Arenas, 2018, pp. 77-78). No obstante, el modelo de los seguros sociales no pudo ser implementado en su totalidad en Colombia y a finales de los años 80 entró en crisis, en parte por su déficit financiero por deudas estatales, por su baja cobertura y por ser extremadamente desigual entre la población trabajadora (Arenas, 2018, pp. 86-90). Aunado a lo anterior, a raíz de los múltiples problemas que atravesaba el país, a inicios de la década de los años 90, por iniciativa de un grupo de estudiantes, fue convocada una Asamblea Nacional Constituyente, la cual estuvo compuesta por diferentes actores como el Gobierno Nacional, los partidos políticos tradicionales -liberal y conservador- y grupos que antes no habían podido participar en la vida política del país, como los exguerrilleros, indígenas, católicos no romanos, futbolistas y profesores, los cuales después de múltiples debates y discusiones llegaron a un consenso que se tradujo en la Constitución Política de 1991 (Correa, 1990, pp. 23-38).

En este nuevo texto constitucional se supera el modelo asistencialista de protección social y se insta a la seguridad social como bien jurídico de doble connotación (art. 48): como un servicio público obligatorio, y como un derecho irrenunciable de todo habitante del territorio nacional; protección que se encuentra en consonancia con instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador, entre otros, mismos que propenden porque los Estados garanticen el derecho a la seguridad social de todas las personas, en reconocimiento de la dignidad humana y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (Corte Constitucional. Sentencia T-029-2017). En consecuencia, se insta en Colombia la garantía del derecho a la seguridad social que impone, en primera medida, la necesidad de implementar una infraestructura básica integrada por unas instituciones que presten

el servicio y unos procedimientos preestablecidos que aseguren su adecuada gestión, y en segunda medida, habrá de definirse e implementar un sistema que asegure los fondos necesarios para su financiamiento, siendo de vital importancia la participación estatal, pues con sus asignaciones presupuestarias dará alcance a la obligación que le impone la Constitución de asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social (Corte Constitucional. Sentencia SU 856-2013). Esta nueva garantía constitucional impone la necesidad de un sistema pensional que permita a todo habitante del territorio nacional acceder a las prestaciones del sistema, para que cumpla la finalidad última de permitir, en el caso de las personas mayores, el acceso a un ingreso que les garantice una vejez digna.

No obstante, el modelo de los Seguros Sociales aplicado en Colombia era altamente criticado por organizaciones económicas como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre otras, ya que alegaban que este modelo conduciría inevitablemente a la “crisis de la seguridad social” o una “crisis de la vejez” por su alto costo financiero, por lo que dichas entidades presionaron a varios países en desarrollo para que implementaran el modelo chileno de privatización de las pensiones (Ortíz et al., 2019, pp. 800-804), el cual se caracterizaba por delegar en el individuo el cubrimiento de su vejez, pues es este quien debía ahorrar para financiar su prestación, y si bien contaba con una base mínima a cargo del Estado, para poder aumentar el valor de la prestación era necesario realizar aportes adicionales obligatorios, y si quiere también voluntarios, cuya rentabilidad aumente el capital ahorrado (Cañón, 2017a, pp. 109-115).

Fue así como en Colombia en 1992 se presentó desde el Gobierno Nacional un proyecto de reforma pensional basado en el modelo chileno de capitalización individual, planteando el marchitamiento de las entidades de la seguridad social y la creación de un sistema obligatorio y único para trabajadores, y con propósitos principalmente económicos (como el fortalecimiento del sector financiero y el aumento del ahorro estatal) y solo de manera mediata debía cumplir con los propósitos sociales ordenados desde la Constitución Política de 1991. Este proyecto contó con el apoyo del sector financiero, como las administradoras de cesantías hoy Administradoras de Fondo de Pensiones, y con la oposición de otros sectores privados que, si bien no perdían de vista el aspecto económico, enfatizaban en la trascendencia social de la reforma, pues esta debía

estar acorde con la nueva garantía constitucional del derecho irrenunciable a la Seguridad Social (Arenas, 2018, pp. 97-98).

Después de debates e intervenciones de diferentes sectores, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 que trajo un nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, el cual es un sistema mixto, en el que convergen los modelos de seguridad social alemán, inglés y chileno, pues busca ampliar su cobertura no solo al sector trabajador, sino también a sus familias a través del aseguramiento obligatorio, y para el resto de la población por medio de subsidios, es decir, un sistema mixto de financiación a través de aportes y subsidios, que además propende por “crear una cultura del seguro, del ahorro, de la prevención, del cuidado propio, de la responsabilidad consigo mismo y con la comunidad que redunde en la mejor utilización de los recursos de la seguridad social” (Cañón, 2017a, pp. 118-119).

En tal sentido, se crea un Sistema de Seguridad Social que tiene como objetivo garantizar el derecho a la seguridad social bajo los principios de: i) universalidad, que se refiere a la cobertura en la protección de todas las etapas de la vida de aquellos que habitan el territorio nacional, sin discriminación alguna (ii) solidaridad, que exige la solidaridad entre los que participan en el sistema, independientemente del sector económico al que pertenezcan u orden generacional, (iii) eficiencia, cuya finalidad es lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles, y (iv) sostenibilidad financiera, el cual fue incorporado por el Acto Legislativo 01 del 2005, que propugna por la preservación del equilibrio financiero antes de introducir cualquier regulación dentro del sistema (Corte Constitucional, Sentencia C-078-07). No obstante, la sostenibilidad financiera no es un fin constitucional en sí mismo considerado, sino un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social de Derecho; en tal sentido, no puede ponderarse con los principios constitucionales fundamentales para limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado, es decir, su aplicación se encuentra limitada por las cláusulas de intangibilidad de los derechos fundamentales y del gasto público (Corte Constitucional, Sentencia C-110-19).

Dentro del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra el Sistema General de Pensiones (SGP) cuyo objetivo es amparar las contingencias, entre ellas la vejez, a través de

reconocimiento de pensiones e indemnizaciones (artículo 10 de la Ley 100 de 1993), las cuales a su vez tienen por objeto restablecer el desequilibrio económico que se origina de la situación del infortunio, por cuanto la seguridad social busca reponer, reemplazar o sustituir de forma total o parcial el salario o ingreso que dejó de percibir el afiliado en virtud de la contingencia (Cañón, 2017a, pp. 184-185). Para cumplir con dicho objetivo, este sistema se financia a través de cotizaciones que maneja a través de dos regímenes pensionales que coexisten, pero son excluyentes entre sí: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el primero que propone un financiamiento a la manera de un seguro y el segundo a la manera de ahorro (Arenas, 2018, pp. 225-239).

Si se realiza un análisis de las características de este nuevo sistema pensional, su implementación implicó un gran cambio en las reglas pensionales que hasta el momento se habían manejado en Colombia para las personas mayores, pues es un sistema que ofrece dos opciones de régimen pensional, cada uno de ellos lleno de reglas y subreglas, con requisitos pensionales cada vez más estrictos, que hacen a los dos regímenes pensionales extremadamente disímiles, cuyo análisis general y abstracto no permitiría concluir cuál es el mejor régimen para cualquier habitante del territorio, sino que las ventajas y desventajas de cada régimen dependerán de las características personales del afiliado y sus intereses, teniendo este que tomar la decisión más “acertada” en la elección de régimen pensional, hasta 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse (literal e del artículo 2 de la Ley 797 del 2003); es decir, es un sistema que delega en el individuo la responsabilidad pensional a través de decisiones de gran trascendencia, que de ser desacertadas, podrían llevar a que el afiliado no pueda acceder a un ingreso que le permita descansar y tener una vejez digna.

Por ejemplo, dentro de las características del SGP se tiene que la financiación de las pensiones a manera de seguro, también conocida como prima media escalonada o Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RSPMPD) es la modalidad clásica y su antecedente es el sistema de seguros sociales del modelo alemán, en el que la cotización es la prima del seguro, y este solo se hará exigible cuando el afiliado cumpla con los requisitos legales. “En la base de este seguro está la dispersión del riesgo propio de los seguros sociales, la

capacidad del sistema para establecer un adecuado balance entre cotizantes y pensionados” (Arenas, 2018, p. 225).

Es decir, es un régimen pensado para los trabajadores, que se financia a partir de los aportes que estos realizan al sistema, pero basado en el mencionado principio de justicia conmutativa, el *do ut des*, en el que la pensión será proporcional al aporte del trabajador. Sin embargo, el régimen de prima media hoy tiene requisitos más rígidos que el ICSS, pues exige para pensionarse por vejez, una edad que depende del género, pues a las mujeres les exige 57 años y a los hombres 62, y un número mínimo de 1.300 semanas cotizadas al SGP, además, el monto de la pensión oscila entre el 55% y el 80% del promedio del ingreso (salario u honorarios) que haya sido reportado por el afiliado en los últimos 10 años o de toda la historia laboral, si le es más favorable y cumple los requisitos para tal cálculo (artículo 9 y 10 de la Ley 797 del 2003 y 21 de la Ley 100 de 1993).

El RSPMPD inició a operar con un *régimen de transición* que permitía conservar el requisito de edad, semanas y monto de la pensión de vejez del régimen en el que se estuviera afiliado a la entrada en vigor del sistema (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), pero este fue eliminado por el Acto Legislativo 01 del 2005. Mientras estuvo vigente, el régimen de transición permitió que a sus beneficiarios se les aplicara los regímenes anteriores que eran claramente más favorable ante las nuevas regulaciones, como son el del art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 758 de 1990, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otros, que coinciden en exigir menos edad y semanas para pensionarse por vejez que el régimen actual, y por lo menos un monto de la pensión que inicia en el 75% del promedio salarial, pero para acceder a este beneficio las personas debían contar, a la entrada en vigencia del SGP, con 35 años de edad si eran mujeres o 40 años de edad si eran hombres, o quince años de servicios, cualquiera de las dos opciones (art. 2 y 4 del Decreto 813 de 1994).

Sin embargo, es necesario señalar, que el régimen de transición se perdía por traslado al Régimen de Ahorro individual (artículo 36 de Ley 100 de 1993), y para recuperarlo la Corte Constitucional en sentencias como la SU-062 del 2010 determinó que si se trataba de una persona que lo había adquirido por tiempo de servicios a la entrada en vigencia del SGP, solo

debía acreditar el regreso al RSPMPD, por considerar que estos tenía una expectativa legítima, pero aquellos que eran beneficiarios por la edad, debían además pagar la equivalencia del aporte, es decir, “el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”, en consecuencia a los beneficiarios del régimen de transición por edad se les impuso una carga económica para poder recuperar el régimen que en principio le era más favorable, carga que es difícil de asumir por los afiliados de bajos ingresos.

Ahora bien, en el evento que un afiliado no alcance las semanas para pensionarse, en el RSPMPD se estableció como una prestación subsidiaria, pero no por ello prescriptible (Corte Constitucional, Sentencia T-510-2017), la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual corresponde a un pago único y equivale a un promedio del salario base semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado se le debe aplicar el ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado (art. 3 del Decreto 1730 del 2001), de lo que se puede extraer, que en ningún momento esta prestación puede ser considerada como una devolución de lo cotizado, sino como su nombre lo indica, como una indemnización.

El RSPMPD se visualiza como un régimen simple y prometedor si se alcanza a cotizar el número mínimo de semanas que exige para pensionarse, por lo que es ventajoso para aquellos trabajadores con ingresos medianamente altos y empleos estables, pero también es un régimen inequitativo con los trabajadores de bajos ingresos por el principio de dispersión del riesgo, ya que al ser la población que cotiza un menor número de semanas, es la que tiene menos posibilidades de pensionarse, por lo que en la mayoría de los eventos las personas de bajos ingresos terminan recibiendo en vez de una pensión de vejez una indemnización correspondiente al valor actualizado por inflación de sus aportes (indemnización sustitutiva de pensión de vejez), pero nunca su rendimiento real, es decir, en realidad sus aportes más que beneficiarlos directamente, sirven para financiar las pensiones de aquellos que tienen altos ingresos y mayores posibilidades de pensionarse (Azüero, 2020, pp. 25 y 43).

El RSPMPD ofrece un subsidio al aporte a través del Fondo de Solidaridad Pensional con el que se busca ayudar a la consecución del número mínimo de semanas para pensionarse

(artículos 25 y ss de la Ley 100 de 1993), sin embargo, dicho fondo solo financia un número máximo de semanas, que dependiendo de cada caso no supera las 800 semanas (Fondo de Solidaridad Pensional, s. f.) y eventualmente, si el afiliado llega a la edad de 65 años y no acumula el número mínimo de semanas para pensionarse, la administradora deberá devolver el monto de los aportes subsidiados junto con sus rendimientos al Fondo de Solidaridad Pensional (artículo 29 de la Ley 100 de 1993), por lo que el aporte subsidiado no se toma como base para calcular la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Adicionalmente, para el cálculo de la pensión de vejez o de la indemnización sustitutiva en el RSPMPD, no se tiene en cuenta lo concerniente a los bonos pensionales tipo B (generado por empleados públicos con regímenes anteriores al SGP), tipo C (generado por los afiliados al Fondo de Previsión del Congreso posterior al 31-03-1994) , Tipo T (generado por los afiliados con régimen de transición) y Tipo E (generado por vinculados a ECOPETROL antes del 2003), ya que son títulos de deuda pública destinados únicamente a COLPENSIONES y sus montos van a la cuenta común de los afiliados al RSPMPD, por lo que no son de uso particular del afiliado que los causó (Díaz & Bedoya, 2011)

En tal sentido, en el RSPMPD para los afiliados de bajos ingresos no es una opción favorable la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, sino que deben procurar acumular el número mínimo de semanas para poder pensionarse. Bajo la concepción de un régimen en crisis, que no será capaz de financiar las pensiones de sus afiliados ni de ser autosostenible, ya que actualmente depende en buena medida del presupuesto público¹, después de la Ley 100 de 1993 se han promulgado una serie de modificaciones que endurecen las reglas para acceder a las pensiones de vejez y hace más gravosa la situación para sus afiliados con bajos ingresos y empleos inestables, *verbi gratia*, la Ley 797 del 2003 y el Acto Legislativo 01 del 2005, el primero que aumentó el número de edad y semanas para pensionarse y el segundo que eliminó el régimen de transición, pese a que con el tiempo se ha acreditado que dichas reformas no

¹ Conforme al Decreto 1793 del 2021, por medio del cual se liquidó el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal del año 2022, a la Administradora Colombia de Pensiones -COLPENSIONES- le fue entregando \$17,478,159,585,000 para el pago de las pensiones a su cargo dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida ya que no cuenta con el dinero suficiente para financiarlas.

contribuyeron de manera significativa a la solución del déficit financiero que presenta el régimen de reparto (N. Duque & Duque, 2016, p. 50)

Por su parte, la financiación de las pensiones a través del ahorro o Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) es relativamente nueva, y es un régimen de capitalización de las cotizaciones, las cuales van a una cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos que generan, con la finalidad de que dicho capital financie la pensión. “Esta modalidad se basa, de una parte, en la propia capacidad de capitalización del afiliado, y de otro lado, en la capacidad de manejo de la entidad financiera que lo administra y en el grado de rentabilidad que pueda garantizar a los afiliados” (Arenas, 2018, pp. 225-226). Es decir, es un régimen basado en el modelo chileno, que se financia con el ahorro del afiliado y la rentabilidad, pero cuyas prestaciones se calculan acorde con el capital acumulado, más no con el ingreso salarial o nivel de aporte.

Para administrar el RAIS se crearon las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP), las cuales son entidades de carácter financiero que se encargan de gestionar los aportes de sus afiliados, los cuales son depositados en cuentas de ahorro individual (CAI), e invertidos acorde con el multifondo o nivel de riesgo de inversión del afiliado, debiendo la AFP garantizar una rentabilidad mínima y responder por culpa leve ante los perjuicios que puedan ocasionar; no obstante, no toda la cotización del afiliado va a su CAI, sino que se le realiza un descuento que deberá ser destinado al pago de una prima de seguro que cubra los riesgos de invalidez y muerte, y al pago de la cuota por gastos de administración (artículo 60 y SS de la Ley 100 de 1993). Pero esta deducción por gastos de administración termina afectando considerablemente el ahorro, puesto que, en promedio, por cada punto porcentual deducido por concepto de comisiones, las pensiones futuras se reducen en un 19.6% (Ortíz et al., 2019, p. 817).

Como lo que se requiere para pensionarse en el RAIS es solo capital, en teoría sus afiliados se podrían pensionar por vejez cuando así lo quisieran, sin embargo, para ello deberán acreditar tener el capital necesario para financiar una pensión de vejez superior al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, debidamente indexado conforme al IPC, financiación que deberá ser suficiente para pagar no solo la pensión por vejez del afiliado

sino también la de sus posibles beneficiarios acorde con sus expectativas de vida (artículo 64 Ley 100 de 1993). Para aumentar el capital o el valor de la posible mesada se les permite a los afiliados al RAIS realizar aportes adicionales voluntarios (artículo 62 Ley 100 de 1993), no obstante, ello implica que el afiliado deberá cotizar en mayor proporción a los vinculados al RSPMPD, por lo que deberá contar con la capacidad económica que le permita realizar este ahorro adicional.

Aunado a lo anterior, los afiliados del RSPMPD que se trasladen al RAIS podrían tener derecho a un Bono Pensional tipo A, ya sea Modalidad 1 o Modalidad 2, el primero que se genera a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida para bono se inició después del 30 de junio de 1992 y el segundo, a favor de aquellos que iniciaron antes del 01 de julio de 1992 (Díaz & Bedoya, 2011, p. 22). Para tener derecho a este Bono el afiliado al RAIS deberá acreditar haber cotizado al RSPMPD por lo menos 150 semanas y que no haya recibido o reclamado la indemnización sustitutiva de pensión de vejez (art. 2 del Decreto 1299 de 1994); lastimosamente el RAIS al momento de la redención del Bono Pensional se torna inequitativo, pues las mujeres pese a que la edad mínima para pensionarse es a los 57 años, estas no pueden redimir el bono sino hasta la edad de 60 años, por lo que pierde sentido la diferencia de edad entre hombres y mujeres a la hora de pensionarse, quedando como alternativa para las mujeres la negociación anticipada del bono pensional, que implica perder parte de su valor adquisitivo (artículos 03, 11 y 12 del Decreto 1299 de 1994).

En caso de que el afiliado al RAIS al momento de cumplir 57 años -mujeres- y 62 años -hombres-, no cuente con el capital necesario para financiar su pensión de vejez y la de sus posibles beneficiarios, pero haya cotizado por lo menos 1.150 semanas, tendrá derecho a que el Estado le complete el capital que le haga falta para financiar una pensión de un salario mínimo mensual (art. 65 de la Ley 100 de 1993). Sin embargo, no podrá recibir dicho beneficio, cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado superan el salario mínimo mensual (art. 84), por lo que para acceder deberá realizar una declaración juramentada en la que certifique que los ingresos que percibe mensualmente no superen el límite para acceder a la garantía de pensión mínima (art. 3 del Decreto 832 de 1996). Es decir, esta opción no es una solución posible para aquellas personas que, pese a tener el número de semanas y edad mínimas

para acceder al beneficio, deseen seguir trabajando o que cuenten con otra pensión o que tengan ingresos adicionales por rentas, inversiones, mercados de capital, etc, pero sí es una opción viable para los trabajadores de bajos ingresos que no cuenten con la expectativa de alcanzar las 1.300 semanas que podría exigirle el RSPMPD para pensionarse por vejez.

A diferencia del RSPMPD, en el RAIS un pensionado cuenta con una serie de *modalidades pensionales*, originalmente los artículos 80 y siguientes de la Ley 100 de 1993 trajeron las modalidades *de renta vitalicia*, en la que la entidad pagadora de la pensión es una aseguradora con un valor fijo de mesada, la de *retiro programado*, cuya entidad pagadora de la pensión es la AFP pero cuyo monto de mesada es variable, pudiendo pasar a la masa sucesoral el capital que quede después de fallecido el causante y no haya beneficiarios pensionales, y *retiro programado con renta vitalicia*, que es una mezcla de las dos anteriores. Después, mediante la Circular Externa 13 del 2012, la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) trajo cuatro modalidades adicionales que son la de retiro programado sin negociación del bono pensional a cargo de la AFP, que podría ser una opción para las mujeres que deseen pensionarse a la edad de 57 años sin negociación anticipada del bono pensional, renta temporal variable con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata y renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto a cargo de la aseguradora.

Ahora bien, en caso de que el afiliado al RAIS no reúna los requisitos para acceder a una pensión de vejez, ni siquiera por garantía de pensión mínima, se le otorga como prestación subsidiaria la devolución de saldos (artículo 66 de la Ley 100 de 1993), la cual a diferencia de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez del RSPMPD, no se calcula acorde con una fórmula sobre la base de lo cotizado, sino que simplemente se hace la devolución de todo el saldo contenido en la CAI, que incluye aportes, rendimientos financieros y el valor del bono pensional (si hubo lugar a ello), por lo que es una prestación monetariamente mayor a la indemnización sustitutiva, y por ello es una opción más favorable para aquellas personas que de antemano saben que no van a alcanzar el número mínimo de semanas o capital que se le exigiría para pensionarse.

En consecuencia, este régimen es más favorable para los trabajadores de bajos ingresos, pues a esta población les pide menos semanas para pensionarse por vejez e incluso les ofrece una alternativa mejor en caso de no alcanzar dicho mínimo. No obstante, no podría decirse lo mismo de los trabajadores de ingresos medianamente altos y con expectativas pensionales, pues este régimen implicó que sus afiliados se convirtieran en consumidores obligados del sector financiero, asumiendo individualmente los riesgos del mercado y sin contar con la información suficiente para tomar decisiones, ya que en este régimen por lo general las pensiones no alcanzan con el mínimo del 40 o 45% del salario base después de 30 años de cotización, y en el caso de las mujeres se hace más gravoso, ya que aumenta la desigualdad de género, por tener mayor expectativa de vida y una alta tasa de desempleo, lo cual hace que le sea muy difícil reunir el capital suficiente para pensionarse y obtener una pensión vejez digna; (Ortíz et al., 2019, pp. 811-814). Sobre la desigualdad de género en el régimen de capitalización señalan Ortiz et al:

En particular, se exacerbó la desigualdad de género. Las mujeres suelen tener historiales de cotización más cortos, debido a que generalmente tiene carreras labores interrumpidas por la maternidad, a menudo se emplean a tiempo parcial y devengan salarios inferiores a los de los hombres [...] Además, el uso de las tablas de mortalidad diferenciales por sexo para calcular las anualidades, ya sea en la forma de rentas vitalicias o de rentas temporales, basadas en el ahorro acumulado en las cuentas individuales, también es discriminatorio, pues las mujeres viven más tiempo que los hombres. Con la introducción de las cuentas individuales, el elemento de la solidaridad entre hombres y mujeres y los elementos redistributivos que acompañan a los sistemas públicos se pierde por completo, causando impactos muy perjudiciales para las mujeres (Ortíz et al., 2019, pp. 813-814)

Por estas y otras razones, de los 30 países que a nivel mundial optaron por la privatización de sus sistemas pensionales, el 60% de estos en el año 2018 tuvieron que optar por revertir la privatización de las pensiones en virtud de sus impactos sociales y económicos negativos², pues según Ortiz et al (2019, pp. 800-801) no fue del todo cierto que el sistema

² Concretamente han revertido la privatización de las pensiones: la República Bolivariana de Venezuela (2000), Ecuador (2002), Nicaragua (2005), Bulgaria (2007), Argentina (2000), Eslovaquia (2008), Estonia, Letonia y Lituania (2009), Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Hungría (2010), Croacia y Macedonia (2011), Polonia (2011), Federación de Rusia (2012), Kazajistán (2013), República Checa (2016) y Rumania (2017) (Ortíz et al., 2019, pp. 800-801)

chileno sea menos costoso que el modelo de los seguros sociales, pues su implementación en varios países significó altos costos fiscales y administrativos, además, tuvo poca cobertura y prestaciones muy bajas.

En consecuencia, se puede concluir que en Colombia, después de haberse implementado el modelo de los seguros sociales por casi 50 años, en el que los trabajadores se encontraban adaptados a un régimen en el cual sus prestaciones eran acorde con sus ingresos y su esfuerzo laboral, y cuyos requisitos mínimos de edad y semanas no eran tan altos como los actuales, se implanta un nuevo SGP mixto en el que convergen dos regímenes pensionales completamente distintos y que se encuentran en constante disputa: un régimen de reparto que poco a poco ha ido endureciendo sus reglas para alcanzar la pensión de vejez bajo una idea de crisis económica, y un régimen de ahorro individual, completamente nuevo en el país, en el que el afiliado debe propender por ahorrar para poder pensionarse por vejez, en el que no importa el número de años laborados sino el capital que llegue a acumular en su cuenta individual a través del ahorro y rentabilidad, régimen que poco a poco ha sido recogido por varios países por los impactos negativos que ha tenido a nivel económico y social.

Es decir, los trabajadores pasaron de preguntarse si habían reunido el número mínimo de semanas o tiempo de servicios para saber si se pensionaban o no, a preguntarse ¿en cuál régimen se encuentra afiliado? ¿Cuántas semanas considera que pueda cotizar? ¿Cuál es el ingreso base que considera que puede mantener en dicha afiliación? ¿Tiene derecho o no al régimen de transición? ¿Perdió el régimen de transición? ¿Lo puede recuperar? ¿Tiene o no derecho a bono pensional?, y si se afilió al RAIS, la persona deberá preguntarse, además, si es hombre o mujer, si tiene la capacidad económica para realizar aportes adicionales, si tiene beneficiarios pensionales, ¿cuál es su AFP y multifondo? ¿Cuál es el nivel de rentabilidad que reporta su CAI? ¿Cuál es la tasa de mortalidad aplicable en Colombia? ¿Puede o no pensionarse de manera anticipada? ¿Tiene el capital suficiente? ¿Cuál modalidad pensional le es más favorable?, entre otras múltiples preguntas, que permiten concluir que el sistema de pensiones actual es aún más complejo que el anterior y pone al afiliado en un estado de indefensión con relación a las administradoras del RAIS o del RSPMPD que sí poseen información del sistema, al ser entidades que están en el mercado desde antes de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, ante este estado de indefensión, se hace necesario traer a colación que, a diferencia del modelo anterior de seguridad social existente en Colombia, que estaba basado en el modelo asistencialista de protección social, el SGP que trajo la Ley 100 de 1993 es un sistema que debe estar acorde con los principios y bases de la Constitución Política de 1991, la cual instauró a la seguridad social como un bien jurídico de especial protección y gestión por parte del Estado, teniendo este que garantizar que las entidades que administran el Sistema cuenten con la infraestructura administrativa y financiera que lleve a que las personas mayores tengan la posibilidad de acceder a un ingreso que les permita descansar y tener una vejez digna, de ahí la relevancia de que los afiliados tomen una decisión acertada sobre la elección de régimen pensional, o que por lo menos se les permita saber cuál es el régimen que más le favorece acorde con sus características e intereses.

Tomar una decisión desacertada en la elección de régimen pensional puede generar la pérdida de la prestación más favorable para el afiliado dentro del SGP, e incluso puede causar situaciones regresivas, como por ejemplo, tener una pensión con un monto inferior al régimen en el que se encontraba, o perder el derecho a una pensión de vejez a cambio de una devolución de saldos, o perder la garantía de pensión mínima del RAIS y a cambio recibir una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, situaciones regresivas que pueden significar que no se llegue a materializar uno de los fines de la seguridad social que es tener una vejez digna. En este punto cabe citar unas palabras de la Sala Sexta de Decisión Laboral, Tribunal Superior de Medellín, en la que se advierte:

(...) el derecho pensional, dado su calificativo de irrenunciable no procura exclusivamente por el **reconocimiento formal** de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, **busca su satisfacción total**, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables; dictaminando que el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; pues **una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó y cotizó**

cuando tenía su capacidad laboral inalterada. (*negrillas dentro del texto*). (Sala Sexta de Decisión Laboral, Tribunal Superior de Medellín, el Radicado 012-2013-01050-02)

Por lo anterior, la implementación del SGP que trajo la Ley 100 de 1993 implica la constante difusión de sus características, para que los potenciales afiliados tomen decisiones informadas, por ello el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 dispuso que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (hoy SFC), tienen un deber de información que las obliga a suministrar los datos necesarios para que los potenciales afiliados de manera clara y objetiva escojan la mejor opción del mercado, deber que se concretó en la facultad de «poder tomar decisiones informadas» (art. 21 de la Ley 795 del 2003); llegándose a imponer dentro del SGP, a través del Decreto 2555 del 2010, Decreto 2071 del 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la SFC, el deber de doble asesoría, según el cual el afiliado, antes de proceder con el traslado entre regímenes, debe ser asesorado tanto por la AFP como por COLPENSIONES, sobre las implicaciones de dicho traslado.

Desafortunadamente este deber de información no es plenamente aplicado dentro del SGP, esto se refleja en la exposición de motivos del proyecto de Ley 50 del 2019 (que buscaba ofrecer un periodo de 6 meses para autorizar traslados entre regímenes de aquellas personas que les faltaran menos de 10 años para pensionarse, pero que fue archivado), donde se señalaba que a corte de 30 de abril del 2020, COLPENSIONES tenía 34.230 procesos judiciales de personas que pretendían regresar al RSPMPD por considerar que las AFP violaron su deber de información, pues no se les advirtió cuáles serían las consecuencias de su traslado (Rojas, 2020). Del mismo modo, también se han presentado situaciones en la que los afiliados al RAIS han solicitado su regreso al RSPMPD, pese a que no es conveniente su traslado; según Llano et al (como se citó en Cáceres, 2019, p. 2) entre el 80% y el 95% de las personas que solicitaron trasladarse al RSPMPD durante el 2013 tomaron una decisión desacertada; situación que puede deberse a los sesgos psicológicos, favorecidos por la baja complejidad en el cálculo de la posible pensión y la falta de credibilidad y confianza en el sistema privado, lo que termina sobreestimando la probabilidad de obtener un mejor resultado en el régimen público, principalmente en aquellos afiliados con bajas probabilidades de lograr pensionarse. (Cáceres, 2019, pp. 63-69)

Existiendo una obligación de las entidades del sector financiero de informar a sus consumidores sobre el producto y/o servicio que adquieren, y ante el incumplimiento de dicha obligación dentro del SGP, en el siguiente capítulo se desarrollará el concepto de deber de información dentro de la relación de consumo del servicio público pensional, teniendo en cuenta dentro de dicho análisis la garantía constitucional del derecho irrenunciable a la seguridad social y la importancia de la información a la hora de tomar decisiones pensionales, puesto que de esta depende que se pueda materializar el principio de dignidad humana, y por ende, que las personas mayores puedan acceder a una prestación dentro del SGP que se encuentre acorde con sus características e intereses.

CAPÍTULO II: EL DEBER DE INFORMACIÓN DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIANO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

En un mundo posmoderno en el que la gama de bienes y servicios para el consumo es cada vez más amplia, el consumidor como sujeto jurídico solo hizo su aparición cuando los países occidentales tuvieron grandes avances en el proyecto llamado capitalismo, hasta entonces el destinatario de los productos o servicios solo servía como “metro” de valoración del comportamiento del *homo oeconomicus*, es decir, un simple espectador externo con una participación únicamente al final. Este interés por el cambio en el concepto de consumidor nace en el siglo pasado en la sociedad estadounidense, como una forma salvaguardar los intereses de los consumidores de diferentes mercados como el de alimentos, farmacéutico, automotriz, entre otros, todo a la par de la consolidación de Estados Unidos como una potencia mundial, pero que se llegó a extender en la década de los sesenta en el contexto de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, y luego en el resto del mundo (Villalba, 2009, p. 4-5)

Dentro de la categoría de consumidores se encuentran los consumidores financieros, los cuales suelen estar más desamparados que el consumidor promedio en términos de acceso y uso adecuado de la información relevante en la toma de decisiones, al ser víctimas del paradigma del “principio de autorresponsabilidad” propia de la libertad contractual, pero que poco a poco, a nivel mundial, han ido alcanzado protección bajo la idea de que existe una desigualdad entre las partes, la cual sirve de base para justificar los deberes de información de las entidades financieras como oferentes de productos y servicios, puesto que la información permite a los agentes económicos evaluar la incertidumbre, el riesgo y el costo-beneficio de cada alternativa, estando el consumidor financiero sujeto a restricciones que traban una decisión razonada de forma óptima debido a la información encriptada de los productos financieros. (Rostián, 2014, pp. 426-430)

Ahora bien, el consumidor no necesariamente está en una posición débil ni puede ser considerado inferior sino que, por el contrario, la tendencia mundial es que se tome como una persona medianamente informada y perspicaz, pero ello no puede implicar negar la existencia de

una marcada asimetría en las relaciones de consumo, pues es el productor y/o distribuidor quien tiene la información y los medios para divulgarla, lo cual le da un poder frente al consumidor, que queda sujeto a la información que se le brinda, “esta asimetría puede conducir a la parálisis de los cambios o a la actuación de cambios en circunstancias no óptimas para uno o más contratantes”. (Villalba, 2009, p. 83). Tampoco podría negarse que acorde con la teoría económica relacionada con los consumidores, las decisiones sobre la compra de bienes y servicios depende del ingreso disponible que determina la preferencia, y del conocimiento que tenga la persona sobre los riesgos en el consumo de bienes o servicios (Blanco, 2012, pp. 138-139), por lo que la información podría implicar la superación de tales barreras.

Por tanto, el deber de información es entonces aquella obligación que emana del principio de buena fe contractual que protege a ambas partes e impide que el obligado se comporte según su saber o entender en sacrificio del interés ajeno, obligando tanto en lo pactado de forma expresa, como también en aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio (Chinchilla, 2011, pp. 327-350). En palabras de Chinchilla, el deber de información es:

(...) dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe. (Chinchilla, 2011, pp. 329-330)

Sin embargo, para Rostión (2014, p. 430) el simple acceso a la información no implica que se tome una decisión de consumo más libre y racional si quien la recibe es una persona legítima, que tampoco pueda dedicar mucho esfuerzo a descifrarla, por lo que antes de dar la información es necesario explorar el terreno de los consumidores y determinar el “*criterio de conocimiento personal*”, ya que este criterio en un actor social está condicionado, entre otros factores, a su posición en la estructura económica y social. Expone este autor:

En este sentido, la Comunidad Europea habla de un “consumidor medio” como aquel que “está normalmente informado y es razonablemente perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y el lingüísticos”, mientras que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) habla de “consumidores desfavorables o vulnerables” como aquellos que “debido a las características o circunstancias personales (por ejemplo, la edad, capacidad física o mental, educación, ingreso, idioma o ubicación remota) pueden tener dificultades particulares en el acceso a la resolución de disputas y el resarcimiento. (Rostión, 2014, p. 430)

Esta entrega de información personalizada, acorde con el perfil del consumidor financiero, permite que se mejore la confianza comercial entre productores y consumidores, ya que “si en Roma el deber de informar tiene como fin colmar la ignorancia justa, probable, tolerable (Ner. D. 41.10.5.1), en el mercado financiero la información es necesaria para la confianza entre los negociantes”, pues la información en la actualidad es un bien tanto o máspreciado que ciertos productos tangibles que le da a quien la posee y entiende una posición ventajosa (Rostión, 2014, p. 426 y 428 - 429).

En Colombia, la Constitución Política de 1991 (CP) protege la información desde dos vías, no solo desde la información que puede dar el consumidor y su administración por parte de distintas entidades, sino también la que recibe en virtud de los bienes y/o servicios que adquiere, protección que tiene amparo en los artículos 15, que trae el derecho fundamental al habeas data, el 20 que garantiza el derecho fundamental a recibir información veraz e imparcial, y el 78, que determina la necesidad de establecer los mecanismos legales de protección del consumidor, no solo en la calidad de bienes y servicios sino también en la información que se le suministra al público en su comercialización. Disposiciones constitucionales que le dan contenido a los derechos del consumidor desde diferentes ámbitos, que no se agotan en la mera adquisición del producto o servicio, sino que van más allá; al respecto señala la Corte constitucional en sentencia C-1141 del 2000, con MP Eduardo Cifuentes Muñoz:

Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos

requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).

Siendo entonces la información un derecho de rango constitucional para los consumidores de bienes y servicios, tratándose de los consumidores financieros este derecho además ha tenido desarrollo legal, al respecto se puede encontrar el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que estipulaba en su versión original que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (SB), hoy Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), tenían el deber de suministrar a sus usuarios la “información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”, norma que fue modificada por el artículo 23 de la Ley 795 del 2003 que añadió una línea que marcaría el inicio de grandes cambios pues no solo se enfoca en escoger la mejor opción del mercado, sino que apunta a que la decisión que se tome sea una decisión informada.

La Ley 1328 del 2009 trajo consigo varios principios orientadores de la relación entre consumidores financieros y entidades vigiladas por la SFC (artículo 3), entre estos principios se encuentra el de la *debida diligencia* y el de *transparencia e información cierta, suficiente y oportuna*, el primero que propende para que los consumidores financieros reciban información y/o la atención debida y respetuosa, dando primacía a la satisfacción de sus necesidades; y el segundo para que conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos. Así mismo, esta Ley en su artículo 5 enumera los derechos del consumidor financiero, entre los cuales está tener información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable sobre las características del producto y/o servicio ofrecido y/o suministrado; pero también fija unas obligaciones a cargo del consumidor (artículo 6) como es la de informarse de manera suficiente sobre los productos y

servicios que piensa adquirir o emplear, llegando a establecer como contenido mínimo de la información al consumidor el siguiente:

(...) las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado. (artículo 9)

Es decir, la Ley 1328 del 2009 de forma implícita entiende que con base en información de calidad es posible tomar decisiones responsables, dándole mayor preponderancia a la educación, la cual debe ser adecuada para que el consumidor financiero conozca sus derechos y pueda ejercerlos, ya que debe ser capaz de asumir, procesar y utilizar la información de la mejor forma; pero al mismo tiempo, esta ley fija indicadores de buenas prácticas de protección en favor propio del consumidor financiero, entre las cuales está informarse adecuadamente (Blanco, 2012, pp. 146-147), pero advierte el artículo 6 en su párrafo 1º, que el no ejercicio de esta práctica de protección por parte del consumidor financiero no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas.

La CP de 1991 no solo dio preponderancia al acceso a la información, sino que además dio nacimiento al Estado Social de Derecho, donde se instauran derechos y principios que reivindican la lucha de trabajadores en busca del reconocimiento de condiciones justas para el desarrollo de una sociedad amparada en la solidaridad. Con este cambio, se establecieron las bases filosóficas y políticas que servirían de sustento al Estado: el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general sobre el particular; elementos que compondrían las principales características que debe tener el Estado Social de Derecho colombiano (Cañón, 2017b, p. 5) y que servirían como base interpretativa de lo que significa el derecho fundamental a la Seguridad Social.

De acuerdo con la CP colombiana la Seguridad Social como bien jurídico, objeto de protección, tiene doble configuración: 1) es un derecho de carácter irrenunciable de todo habitante del territorio nacional, que adquiere especial importancia y deriva en obligaciones puntuales para el Estado con las madres gestantes, los niños, las personas de la tercera edad, los trabajadores y las personas con discapacidad y, 2) es un servicio público de carácter obligatorio que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado (S. Duque et al., 2017, p. 198).

La seguridad social como derecho es una prerrogativa exigible de un sujeto, que se activa cuando la situación de hecho de una persona se encuadra dentro de las normas del Sistema de Seguridad Social, que no solo comprende las normas legales, sino también la Constitución, y tratados internacionales sobre derechos humanos (Arenas, 2018, p. 136), por ello, en Colombia el derecho a la seguridad social no solo se encuentra consagrado en el artículo 48 de la CP, que fue modificado por el Acto Legislativo 01 del 2005, sino también en instrumentos internacionales como el preámbulo de la carta constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1919 cuyo texto reza:

Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a (...) [la] protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, (...)

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. (Constitución de la OIT, 1989)

De igual forma, también se puede observar este derecho en los artículos 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948; los artículos 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA adoptada en 1948; los artículos XVI y XXXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptada en El Salvador en el año de 1988; instrumentos internacionales que hacen parte de la regulación interna en virtud del bloque de constitucionalidad contenido en el art. 93 de la CP. (Corte Constitucional. Sentencia C-078-2017)

No obstante, esta conceptualización de derecho a la Seguridad Social como derecho subjetivo debe entenderse bajo lo expresado por Rodolfo Arango (1998, pp. 63-72) quien explica que los derechos subjetivos tienen tres elementos constitutivos: *i) una norma jurídica válida, ii) un deber jurídico y iii) una posición jurídica* que implica construir razones jurídicas válidas y suficientes que permitan concluir que su no reconocimiento le ocasionaría al titular del derecho un daño injustificado. Sin embargo, aclara el autor, que si bien los dos primeros elementos son necesarios no son suficientes para la existencia de un derecho subjetivo, por lo que debe haber siempre una posición jurídica. Ahora bien, para Arango (1998, pp. 63-72) el alcance de este derecho subjetivo depende de la interpretación que se le haga a sus elementos, por lo que en los ordenamientos jurídicos modernos se les debe dar una interpretación extensiva, en la que se incluyan a las normas constitucionales como fuente de derechos subjetivos, se acepte la existencia de deberes jurídicos implícitos como explícitos, y se le dé cabida a una posición jurídica que no solo se fundamente en una norma jurídica sino también en normas adscritas, que admita una interpretación teleológica y sistemática del derecho. En consecuencia, los derechos sociales fundamentales son derechos positivos generales que “presupone[n] solamente que su titular se encuentre en una posición jurídica que pueda justificar correctamente, esto es desde el ordenamiento jurídico en su integridad” (Arango, 1998, p. 69).

Esta definición sobre los derechos fundamentales contribuyó en el debate que por años se llevó en Colombia relacionado con la discusión de si el derecho a la Seguridad Social,

considerado de segunda generación por ser un derecho dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiera dársele la calidad de fundamental. Sobre el mencionado debate se puede encontrar que inicialmente la Corte Constitucional mediante sentencias como la C-408 de 1994 negó la calidad de fundamental al derecho a la Seguridad Social señalando que, por estar ubicado en la categoría de derechos sociales, económico y culturales dentro de la CP, era un derecho de segunda generación que por su naturaleza asistencial o prestacional no permitía su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que requería una reglamentación y agencia pública o privada que suministrara los bienes y servicios que lo hicieran realidad. Después, la Corte Constitucional varió su postura sobre la fundamentabilidad de los derechos sociales, al considerar que sí podían tener la categoría de fundamental, siempre que tuvieran conexidad con derechos considerados como de primera generación; por ejemplo, tratándose de personas mayores, señaló que el derecho a la Seguridad Social adquiriría la categoría de fundamental cuando las circunstancias del caso permitieran inferir que de no ampararse se podría afectar otros derechos y principios fundamentales como son la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, entre otros (Corte Constitucional, SU-1354-2000).

Sin embargo, en sentencias como la T-468 del 2007 la Corte Constitucional reconoce el papel que juega la seguridad social dentro de la materialización de las garantías constitucionales, pues su máxima realización permite el goce real del resto de libertades y derechos políticos, por lo que es necesaria para conseguir los fines de un Estado Social de Derecho que pretenda materializar el principio de la dignidad humana y dar primacía a los derechos fundamentales. Bajo estas consideraciones en sentencias como la T-658 del 2008 y T-279 del 2019 la Corte reconoce la autonomía del derecho a la seguridad social como derecho fundamental, por permitir garantizar a todas las personas su dignidad humana. Para ello trae a colación los elementos que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto-, le dan alcance a este derecho: 1) *disponibilidad*, por la cual el Estado debe asegurar la existencia y el adecuado funcionamiento del sistema; 2) *Riesgos e imprevistos sociales*, por los cuales el sistema se encuentra llamado a garantizar situaciones como la vejez, la atención en salud, la enfermedad, entre otras, pero todas bajo los principios de idoneidad, calidad y prontitud en su provisión; 3) *Nivel Suficiente*, por el cual las prestaciones ideadas para las contingencias deben resultar *suficientes* de cara a la satisfacción del derecho

(cualitativa y cuantitativamente), por lo que las prestaciones habrán de ceñirse de manera cuidadosa al tipo de necesidad; y 4) *Accesibilidad*, por el cual se dé cumplimiento al principio de universalidad.

Ahora bien, la Seguridad Social como un servicio público, si bien está a cargo del Estado, puede ser prestado por entidades públicas o privadas (art. 48 de la CP); en el caso de la contingencia de la vejez, este servicio es prestado por las Administradoras del Sistema General de Pensiones (SGP). Acorde con el inciso final del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 para el caso del RSPMPD, y el 91 de la misma Ley para el caso del RAIS, el artículo 2 Decreto 1284 de 1994, que modificó el artículo 325 del Estatuto Orgánico Financiero (Decreto 663 de 1993), y el artículo 72 de la Ley 795 de 2003; las entidades que administran ambos regímenes pensionales se encuentran bajo la vigilancia y control de la SB, hoy SFC, incluso, se consideran entidades de carácter financiero y por ende, sus afiliados se consideran consumidores financieros, con las mismas garantías constitucionales y legales, pero con la diferencia que el servicio que consumen es un servicio público esencial y directamente atado al derecho irrenunciable a la seguridad social.

En tal sentido, tratándose entonces del derecho a la información, los afiliados al SGP, como consumidores financieros, encuentran protección no solo desde los artículos 15, 20 y 78 de la CP, sino también en las referidas disposiciones legales propias del sector financiero como son el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 del 2003 y la Ley 1328 del 2009, e incluso, en disposiciones propias del SGP, como el Decreto 656 de 1994 que le impone a las AFP, entre otras obligaciones, la de tener un reglamento que contenga los derechos y deberes de los afiliados y las administradoras, el cual debe ser entregado a cada afiliado al momento de su vinculación, y redactado de forma tal que sean de fácil comprensión; el Decreto 720 de 1994³ que regula la responsabilidad solidaria de las administradoras del SGP en los perjuicio que causen sus promotores; e incluso la Circular Externa 01 del 28 de enero del 2004 en donde la SFC (antes SB) advierte:

³ Compilado en el Decreto 1068 de 2015

(...) es pertinente recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados, en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del Sistema General de Pensiones en desarrollo de su gestión, compromete la responsabilidad de la entidad administradora respecto de la cual se adelanta tal labor, por lo que se solicita extremar las medidas para que los promotores suministren a los afiliados toda la información necesaria para adoptar la decisión que más les convenga.

Finalmente, se pone de presente que el mencionado deber de información se predica frente a todos los afiliados al Sistema General de Pensiones y no solo a los que ha hecho referencia, por lo que, teniendo en cuenta los recientes cambios legislativos, las administradoras deben adoptar los mecanismos necesarios para mantener debidamente informados a sus afiliados. (Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 01-2004)

Aunado a lo anterior, el título 10 del Decreto 2555 del 2010, que compiló disposiciones del Decreto 2241 del 2010, reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, en donde impone los principios de la debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, manejo adecuado de los conflictos de interés, y el de educación para el consumidor financiero (artículo 2.6.10.1.2), principios que se encontraban contenidos en el artículo 3 de la Ley 1328 del 2009. Así mismo, este Decreto hace un listado de los derechos del consumidor financiero del SGP (artículo 2.6.10.1.3), entre los cuales está ser informado de manera cierta, suficiente, clara y oportuna no solo de las condiciones del SGP, sino también del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de la no toma de decisiones, también el derecho a acceder a las herramientas que permitan conocer los cálculos preliminares sobre el posible monto de la pensión, recibir una adecuada educación sobre los productos y servicios ofrecidos, costos, derechos, obligaciones y mecanismos de protección, y exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras. De igual forma, el Decreto 2555 del 2010 en su artículo 2.6.10.2.3 trae el *deber del buen consejo*, por el cual las administradoras del SGP están obligadas a dar información completa respecto de los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones, además les impone el deber de una doble asesoría, según el cual antes de que un afiliado

proceda con el traslado de un régimen a otro, deberá recibir asesoría de representantes de ambos regímenes, disposición que fue modificada en lo atinente el contenido de la información por el artículo 3 del Decreto 2071 del 2015 y el artículo 14 del Decreto 1745 del 2020, y reglamentado por la Circular Externa 016 de 2016 de la SFC.

Sin embargo, a diferencia de la Ley 1328 del 2009, que habla de *prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros*, cuyo incumplimiento no genera la pérdida de derechos (artículo 6), el título 10 del Decreto 2555 del 2010 habla de *deberes* (artículo 2.6.10.1.4) como el de informarse adecuadamente, leer, revisar y comprender los términos y condiciones de los servicios que adquiere, llegando a sancionar la falta de la diligencia con la aceptación expresa o tácita de las decisiones que se toman, es decir, castiga al consumidor financiero pensional con el “principio de autorresponsabilidad” propia de la libertad contractual, y lo toma como un *consumidor medio*, mediamente informado y perspicaz, desconociendo la asimetría en la información que hay entre el productor y/o distribuidor del servicio frente a los consumidores; que existen afiliados obligatorios al SGP que adquieren los servicios no por la voluntad o libertad de afiliarse sino por la obligación legal de hacerlo⁴, y que dentro de los afiliados al SGP se pueden encontrar también *consumidores desfavorables o vulnerables*, de ello se puede dar cuenta, por ejemplo, en una investigación adelantada por Duque et al (2016, p. 38) en la que se encuestó a 145 habitantes rurales del Municipio de Abriaquí-Antioquia y en la que se encontró que el 60% de las personas encuestadas no se encontraban afiliadas al SGP, el 6% estaban afiliados a COLPENSIONES, el 4% a fondos privados, y el 30% de los encuestados restantes no contestaron la pregunta por desconocer qué es un fondo pensional.

En cambio, contrario a la posición de Decreto 2555 del 2010, para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del SGP existe una asimetría en el acceso a la información entre el administrador experto y el afiliado lego en materias de alta complejidad como es el tema pensional, en tal sentido, las administradoras tienen un deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, bajo un deber de buen consejo, que la compromete en la ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e

⁴ Se debe recordar que acorde el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 del 2003, salvo algunas excepciones, son afiliados obligatorios al SGP todos los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo, tanto en el sector público y como privado, los trabajadores independientes y rentista de capital.

inconvenientes, llegando a desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente lo perjudica (Sentencia 31989-2008, MP Eduardo López Villegas). Afirma esta corporación que:

“la información que se ha de proporcionar al afiliado, 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 del buen consejo, de ilustración suficiente dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado" (Sentencia SL4964-2018, MP. Gerardo Botero Zuluaga)

Es decir, para esta corporación la simple suscripción de un formulario o formatos preestablecidos no implica la renuncia a derechos que son de orden constitucional, sino que se debe comparar con la realidad el verdadero entendimiento de la información, pues a su criterio, la escogencia de un régimen pensional significará, en últimas, la satisfacción de un derecho pensional, que tiene dimensión en la seguridad social y que amerita un análisis riguroso sobre las condiciones de cada afiliado (Sentencia SL19447-2017, MP Gerardo Botero Zuluaga), interpretación que estaría acorde con lo expuesto por Rosti3n (2014, p. 430) que apunta a que antes de proporcionar la informaci3n, el productor y/o proveedor del servicio debe explorar el *criterio de conocimiento personal* del consumidor, para determinar cu3l es la informaci3n que necesita y la forma como debe ser explicada. En consecuencia, no basta con que el consumidor financiero del SGP acceda a la informaci3n, o que llene simples formatos preestablecidos indicadores de aceptaci3n de asesorías, sino que, adem3s, debe constar en la realidad que entendi3 la informaci3n de tal forma que las decisiones que tome sean decisiones acertadas, pues de ello depende que pueda satisfacer su derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Sin embargo, el deber de informaci3n de las Administradoras del SGP no es plenamente aplicado, pues existe un gran n3mero de personas que por falta de informaci3n no pudieron acceder a la prestaci3n que les es m3s favorable dentro del SGP. Para C3ceres (2019) la decisi3n desafortunada de trasladarse de un r3gimen pensional a otro se da bajo la regla sencilla de decisi3n de optar por la alternativa donde se cree obtener un mayor monto de pensi3n, m3s el sesgo

optimista de pensionarse sin evaluar la historia previa de sus aportes o la posibilidad de cumplir los requisitos, tomando sus decisiones bajo verdadera incertidumbre al sobreestimar sus probabilidades de pensionarse en el RSPMPD, no comprender la asesoría que recibieron y/o no confiar en la fuente de información.

Explica este autor (Cáceres, 2019) que el 90% de las personas encuestadas por el Ministerio de Hacienda en el año 2014 manifestaron que se trasladaron a COLPENSIONES porque percibían el régimen público como más seguro, mientras que el RAIS lo percibían como un régimen altamente riesgoso en el que podían perder sus aportes o recibir una prestación mucho menor, incluso, el 37% de las personas encuestadas manifestaron que lo hicieron por asesoría por parte un familiar o amigo. Aunado a ello, si bien la obligación de la doble asesoría antes del traslado consiguió cambios en la toma de decisiones en algunos consumidores financieros del SGP, dicha norma no causó un efecto significativo en las decisiones de aquellos afiliados con menores ingresos, los cuales de llegarse a trasladar al RSPMPD, no solo tienen menor probabilidad de pensionarse dada su inestabilidad laboral, sino que terminarían financiando las pensiones de personas de altos ingresos de dicho régimen. (Cáceres, 2019, p. 5)

Es decir, la falta de entrega de información personalizada sobre las características de uno y otro régimen, acorde con el perfil del consumidor financiero y su *criterio de conocimiento personal*, ha causado que se pierda la confianza entre productores, que en este caso serían las Administradoras del SGP, y los consumidores, que en este caso serían los consumidores financieros del SGP (Rosti3n, 2014, p. 426 y 428 - 429), lo cual aumenta la probabilidad de que se tomen decisiones desafortunadas en la elecci3n de r3gimen pensional y se termine afectado la materializaci3n del derecho fundamental a la seguridad social; y es en este punto, que cobran relevancia los art3culos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 que disponen que la selecci3n entre uno y otro r3gimen pensional debe ser libre y voluntaria, y la interferencia en dicha elecci3n deja sin efecto la afiliaci3n, es decir, que el acto de elecci3n de r3gimen pensional es un acto jur3dico, que como tal contiene unos elementos esenciales sin los cuales no puede producir sus efectos, es decir, que el acto se torna ineficaz.

Ahora bien, el concepto de ineficacia no es propio de la seguridad social, sino del derecho civil, pese a ello, para Ospina & Ospina (2018, pp. 415-433) aún en dicha área la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos es una teoría controvertida, pues en el campo del derecho civil aún no se ha llegado a un consenso sobre su contenido y alcance, sin embargo, podría señalarse que para estos autores en todo acto jurídico se debe distinguir entre los elementos esenciales (*essentialia negotii*), sin los cuales el acto no podría existir como tal acto (ineficacia), y los elementos no esenciales cuya falta no afecta su existencia pero sí su validez o los efectos que está llamado a producir (nulidad), “Así, no sería dable confundir la inexistencia de un acto jurídico que no se ha podido formar como tal por la carencia de un órgano vital, con la nulidad del acto producida como vicio que lo condena a perecer una vez formado” (Ospina & Ospina, 2018, p. 415) En tal sentido, son elementos esenciales de todo acto o negocio jurídico la manifestación de la voluntad, el objeto jurídico y la formalidad cuando esta es requerida *ad solemnitatem*, sin los cuales el acto se refuta inexistente o ineficaz, pero cada acto o negocio jurídico particular tiene otros elementos esenciales respecto de él, sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto distinto (Ospina & Ospina, 2018, p. 223)

Para Ospina & Ospina (2018, pp. 430-433) son características de la ineficacia por inexistencia de un acto jurídico: 1) que la falta de los elementos esenciales no permite que el hecho, si es que existe, se repunte como un acto de categoría jurídica-ontológica, ni que se le pueda atribuir la eficacia que establece la ley; 2) que una causal de ineficacia ostensible se produce de manera automática, sin requerir declaración judicial y lo mismo sucede cuando el acto sí reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, pero le falta un elemento esencial que le es específico; 3) que a los casos considerados por ley como actos putativamente existentes puede atribuírseles una eficacia transitoria, en cuyo evento le corresponde al juez dirimir la controversia sobre su existencia; 4) que la inexistencia de los actos jurídicos no es saneable por ratificación de las partes, pero sí a raíz de ese acto inexistente se celebran nuevos actos como, por ejemplo, se realiza un pago, este nuevo acto ya no sería inexistente, sino que es un acto real, pero nulo, por faltarle una condición para su *valor*; y finalmente, 5) la inexistencia tampoco es saneable por el paso del tiempo, sin embargo, la imprescriptibilidad no tiene un alcance absoluto, pues tratándose de los actos aparentes con eficacia provisoria, si cabe la preclusión o extinción de las acciones impugnatorias de la apariencia del acto.

No obstante, cuando se traslada el término de la ineficacia al plano de la seguridad social para declarar que nunca existió el acto de elección de un régimen pensional, es necesario que previamente se analice si el acto cumplió con su requisito esencial de ser libre y voluntario conforme lo establece los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, ante lo cual entra en juego el análisis sobre el deber de información de las administradoras del SGP como aquel deber sin el cual no puede predicarse una elección libre y espontánea de régimen pensional. Punto que marca una diferencia con el derecho civil, pues mientras en este los vicios en el consentimiento producen la nulidad del acto, la cual puede sanearse por el paso del tiempo o con actos posteriores (Ospina & Ospina, 2018, pp. 430-433), tratándose de la elección de un régimen pensional la voluntad informada es un requisito de la esencia y sin esta el acto no puede existir y, por tanto, nunca podrá corregirse ni por el paso del tiempo ni por ratificación de las partes.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la Seguridad Social es un bien jurídico de doble connotación, tratándose de la contingencia de la vejez, como servicio público implica que sus consumidores tengan los mismos derechos y prerrogativas de los consumidores financieros, entre ellos el derecho al acceso a la información veraz y suficiente, y como derecho irrenunciable implica que las decisiones de los consumidores financieros del SGP cuenten con una protección de orden constitucional, de carácter fundamental, que no solo lleve a la materialización del principio de dignidad humana, sino que obliga a las Administradoras del SGP a pensar en los intereses de los afiliados, y propender porque estos accedan a las prestaciones económicas que sean suficientes para satisfacer el derecho a la seguridad social de forma cualitativa y cuantitativamente, ya que cada prestación deberá estar acorde con el tipo de necesidad.

En tal sentido, el acceso a la información dentro del SGP constituye una parte esencial en la materialización del derecho a la seguridad social, pues la falta de información puede traer la parálisis de cambio o actuaciones de cambios en circunstancias no óptimas, es decir, pueden llevar a que el consumidor financiero del SGP no opte por la mejor opción del mercado que le permita acceder a la mejor prestación que puede ofrecer el sistema, ya sea por la decisión de afiliarse a uno u otro régimen, de permanecer en él, trasladarse de uno al otro o solicitar la ineficacia de afiliación, por tanto, el acceso a la información se torna un derecho de orden

fundamental para los consumidores financieros del SGP, pues a través de este se accede a las prestaciones económicas del SGP, y por ende se puede materializar el principio de dignidad humana propio del Estado Social de Derecho.

De igual forma, el derecho a la información implica el deber de las Administradoras del SGP de entregar información veraz, oportuna y suficiente sobre las características de uno y otro régimen, deber que no se agota en la simple entrega de la información a través del diligenciamiento de formatos preimpresos sobre manifestaciones de asesorías, sino que las Administradora antes de entregar la información deberían evaluar si quien va a recibirla es un *consumidor medio* o un *consumidor desfavorable o vulnerable* y cuál es su *criterio personal* a la hora de tomar decisiones, para así determinar el nivel de información que necesita para que sus decisiones sean decisiones informadas, conscientes y acorde con su realidad pensional, de lo contrario se seguirá generando desconfianza entre las administradoras del SGP y sus consumidores, que lleve a estos últimos a tomar decisiones desacertadas sobre su situación pensional.

Finalmente, también se puede concluir que la falta al deber de información al momento de elegir un régimen pensional atenta contra la libertad en la elección de régimen pensional que traen los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, cuya consecuencia legal se enmarca en la ineficacia de la afiliación, misma que debe ser interpretada desde el derecho fundamental a la seguridad social, por tanto, en el próximo capítulo se abordará el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional a fin de determinar cuál es la línea que han trazado dichas cortes sobre la consecuencia jurídica de la falta de información y sus implicaciones en la materialización del derecho irrenunciable a la seguridad social.

CAPÍTULO III: DEBER DE INFORMACIÓN E INEFICACIA DE LA ELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL: UN ANÁLISIS DEL PRECEDENTE DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL

Ante un Sistema General de Pensiones (SGP) en constante cambio, cuyos afiliados toman decisiones bajo incertidumbre, por no contar con la información suficiente y adecuada que les permitan evaluar las mejores opciones del mercado, corresponde a la administración de justicia, a través de sus jueces, reivindicar el derecho a una vejez digna, y por ende, el derecho a la seguridad social de las personas mayores que ven en el acceso a la justicia una forma de conseguir la prestación del SGP que se encuentre más acorde con sus necesidades. Sin embargo, tal concepción ha llevado a la congestión judicial⁵, y de ahí la importancia de analizar el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, que determinan el destino de aquellos que pretenden que se corrija una decisión desacertada; para lo cual es necesario preguntarse cuál es la posición jurídica de estas cortes frente al deber de información de las Administradoras de Pensiones y su relación con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 que disponen que la selección entre uno y otro régimen pensional debe ser libre y voluntaria, y la interferencia en dicha elección deja sin efecto la afiliación.

Para responder el anterior interrogante, se realizó una línea jurisprudencial tomando como base el método de análisis dinámico de precedentes propuesto por Diego López Medina (2021), quien define a la línea jurisprudencial así:

Una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a “ver” la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, *bipolar*. (López, 2021, p. 141)

⁵

Ministerio de Hacienda. Audiencia Pública: Discusión sobre el traslado de un fondo privado de pensión a Colpensiones. 28-10-2021

En tal sentido, para realizar el análisis se planteó como problema jurídico el siguiente: *¿es ineficaz la elección del régimen pensional cuando las administradoras del Sistema General de Pensiones no cumplen con su deber de información?*, y cuyas respuestas bipolares fueron *<<el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras del SGP sí genera la ineficacia de la elección de régimen pensional>>* y *<<el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras del SGP no genera la ineficacia de la elección de régimen pensional>>*, aclarando que la respuesta que se consideró como media, es decir, central dentro del esquema de la línea, fue la *nulidad*, toda vez que si bien esta figura contempla la existencia de un vicio que afecta la validez de la elección, no por ello el acto de elección de régimen de pensional deja de existir dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para el análisis dinámico del precedente de la **Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia** se tomó como *sentencia arquimédica* la SL3871 del 25 de agosto del 2021 con MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia que era la más reciente sobre el tema en discusión al momento de hacer el rastreo y de donde se pudo extraer el siguiente nicho citacional:

NICHOS CITACIONALES							
NICHOS CITACIONALES							
		ARQUIMÉDICA		SL3871-2021			
1° NIVEL							
SL1688-2019	SL1689-2019	SL373-2021	SL1452-2019	SL4426-2019	SL4360-2019	SL4806-2020	SL2611-2020
SL12136-2014	SL1421-2019	SL1452-2019	SL12136-2014	SL12136-2014	SL1688-2019	SL2611-2020	SL1421-2019
R31989-2008	SL1452-2019	SL1688-2019	R31989-2008	SL17595-2017	SL1689-2019	SL19447-2017	SL19447-2017
SL19447-2017	SL19447-2017	SL1689-2019	SL19447-2017	SL19447-2017	SL3464-2019	R46292-2014	SL4964-2018
SL31314-2008		SL3434-2019	R31314-2008	SL1452-2019	R31989-2008	SL4964-2018	SL12136-2014
SL33083-2011	R33083-2011	R31989-2008	R33083-2011	SL-1688-2019	SL4964-2018	SL4426-2019	R31989-2008
SL4964-2018	R31989-2008		SL4964-2018	SL-1689-2019	SL4989-2018	SL1688-2019	SL17595-2017
SL4989-2018	R31314-2008	SL4964-2018	SL4489-2018	SL3464-2019	SL1421-2019	SL3464-2019	
SL1452-2019		R31989-2008		SL4360-2019			SL1949-2021
	SL19447-2017	SL19447-2017	SL12136-2014	R31989-2008	SL1421-2019	SL3469-2019	SL1688-2019
R31314-2008	R31389-2008	SL12136-2014	NO TIENE	R31314-2008	SL46292-2014	SL1688-2019	SL1421-2019
R31989-2008	SL12136-2014	SL17595-2017		SL33083-2011	SL4964-2018	R31989-2008	SL4426-2019
			SL2877-2020	SL4964-2018	SL17595-2017	SL4964-2018	SL373-2021
			R31989-2008	SL4989-2018	SL4989-2018	SL4989-2018	SL12136-2019
				SL3463-2019	R31989-2008	SL1421-2019	SL17595-2017
2° NIVEL							
R31989-2008	SL4989-2018	SL17595-2017	SL4811-2020				SL19447-2017
NO TIENE	SL17595-2017	R31989-2008	SL5630-2019				SL1689-2019
	R31989-2008		SL17595-2017				SL3464-2019
			R31989-2008				SL2611-2020
			SL1421-2019				SL4806-2020
							SL1452-2019
							R31314-2008
							R33083-2011
							SL4964-2018
							SL2877-2020
							SL4360-2019
							SL4989-2018
							SL4811-2020
3° NIVEL							
SL5630-2019							
SL19447-2017							
SL1421-2019							
SL4964-2018							
SL4426-2019							
SL1688-2019							
SL3464-2019							

Esquema 1. Fuente de elaboración propia

Como puede observarse, las sentencias de primer nivel, o directamente citadas en la sentencia la SL3871-2021 son las sentencias SL1688-2019, SL1689-2019, SL373-2021, SL1452-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL4806-2020, SL2611-2020, Radicado 33083-2011, Radicado 31314-2008, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL12136-2014, SL2877-2020, SL1421-2019, SL3469-2019 y SL1949-2021. Ahora bien, al hacer el proceso de ingeniería de reversa, buscando más sentencias citadas, se encontró como sentencias de segundo nivel las sentencias con Radicado 31989-2008, SL4989-2018, SL17595-2017 y SL4811-2020, y de tercer nivel la sentencia SL5630-2019, llegando al punto de cierre, pues las sentencias citadas en esta última ya habían sido citadas en los otros niveles.

Posteriormente, al entrar en el análisis de las sentencias objeto de estudio, se definen tres momentos en la estructuración del precedente sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional: un primer momento denominado de *fundación*, en el que la Corte realiza un esbozo sobre el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones, pero no tenía claro cuál sería la consecuencia al incumplimiento de este deber, un segundo momento denominado *reestructuración* en el que define cuál es el alcance del deber de información pero le atribuye como consecuencia jurídica a su incumplimiento la ineficacia de la elección de régimen, y un tercer momento de *delimitación* en que establece límites a la declaración de ineficacia de la elección de régimen pensional, pese a que se haya verificado que las administradoras de fondos de pensiones no cumplieron con el deber de informar cuáles serían las consecuencia de la elección entre uno u otro régimen.

Dentro del primer momento de *fundación*, se encuentra la *Sentencia fundadora* de la línea radicado 31989 del 09 de septiembre del 2008, Magistrado Ponente (MP) Eduardo López Villegas, en la que un hombre alegaba que una AFP, pese a que había cumplido los requisitos para pensionarse en el RSMPMD, lo engañó e indujo a un error para trasladarse al RAIS, manifestándole que su pensión en la AFP sería de \$1'938.562, mientras que en el Instituto de Seguros Sociales (ISS) sería de \$1'618.615, incluso se le aseguró que en el RAIS se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad; sin embargo, después de haberse traslado al RAIS, presentó la solicitud de pensión de vejez y ésta le fue reconocida en la

suma de \$970.962, esto es, 50% de lo que le había sido prometido por la AFP demandada. Por ello, solicitaba que se declarara la nulidad del traslado al RAIS y se ordenara el traslado de los fondos al ISS y que como consecuencia ello, se condenara a la AFP demandada al pago de los perjuicios causados o que el ISS le realizara el pago de su mesada pensional acorde con las reglas de dicho régimen.

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al analizar el caso y tras advertir que existieron falencias en la información brindada al demandante, inicia su precedente señalando que las administradoras son un elemento estructural del SGP a través de las cuales se provee un servicio público (art. 48 CP), pese a que sean entidades que hacen parte del elenco de entidades financieras, lo que ha de traducirse en que son entidades con la solvencia en el manejo financiero, pero formadas en la ética del servicio público. Por tanto, como administradoras de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, la gestión de las AFP debe estar enfocada en los intereses de quienes se vinculen a ellas, estando ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional y obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna el servicio público de la seguridad social con una mayor responsabilidad frente a las obligaciones entre particulares (art. 48 y 335 CP). Por ello, la información que deben brindar las AFP debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, teniendo 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, bajo un deber de buen consejo, que la compromete en la ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, llegando a desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudica.

No obstante, en esta sentencia fundadora de la línea, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que la violación al deber de información trae como consecuencia la nulidad de la afiliación al RAIS, lo que a su juicio implica el regreso automático al RSPMPD, pues la afiliación al RAIS no podía producir efecto alguno hacia el futuro, es decir, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la notificación de la sentencia. "De esta

manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que venía disfrutando, y así por tanto la AFP queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales." Aclara esta Sala que no puede atribuirse a la nulidad las consecuencias establecidas en los negocios privados, sino que, en el ámbito de la seguridad social, al ser afiliado aquel que recibió de buena fe, no tiene la obligación de restituir las mesadas pensionales recibidas, pero tampoco volver a recibirlas, sino que se le debe pagar la diferencia que se presentare entre lo reconocido por la AFP y que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora del RSPMPD. Sin embargo, conforme a los artículos 963 y 1746 del CC, la administradora deberá devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, rendimientos, respondiendo con su patrimonio los detrimentos que hubiese tenido la CAI, ora por gastos de administración, ora por el pago de mesadas pensionales.

La mencionada postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se mantiene en las sentencias bajo radicado 31314 del 09 de septiembre del 2008 y 33083 del 22 de noviembre del 2011 con MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y SL17595 del 18 de noviembre del 2017 con MP. Fernando Castillo Cadena, lo cual las convierte en sentencias meramente confirmadoras de la línea inicial. Pero, en la sentencia SL12136 del 03 de septiembre del 2014 con MP Elsy del Pilar Cuello Calderón, se modifica la línea y se empieza a discutir sobre la libertad informada al momento de elegir un régimen pensional, tomando la Sala como base el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que dispuso la obligatoriedad de que tal elección fuera libre y voluntaria, implantando sanciones como dejar sin efecto la afiliación, y el artículo 272 que previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando con ellas se pretenda menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtiendo sobre la preponderancia de los principios mínimo contenidos en el precepto 53 Constitucional; empero, esta sentencia no es clara en cuanto a la consecuencia jurídica de la falta al deber de información, ya que le atribuye a la libertad informada el carácter de requisito de validez, pero que en su ausencia vuelve ineficaz la elección de régimen pensional.

En consonancia con la sentencia SL12136-2014, se encuentra la sentencia SL19447 del 27 de septiembre del 2017 con MP. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se advierte que la

asimetría en la información no solo estaba contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero, en que se imponía a las entidades vigiladas la obligación de obrar no solo conforme a la ley, sino también soportadas en los principios de buena fe y de "servicio a los intereses sociales", y en los que se sancionaba que no se diera información relevante y necesaria para escoger la mejor opción del mercado; incluso, señala la Sala que el artículo 98 del mismo Estatuto indica que, al ser las AFP entidades que desarrollan interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, absteniéndose de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

Por lo tanto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia establece como requisitos para declarar la ineficacia de la elección de régimen pensional los siguientes: i) que la información insuficiente genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho, ii) que la información del formulario no esté acorde con la realidad, y iii) que la AFP no aporte pruebas de haber explicado al potencial afiliado los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, requisito que aplica encontrándose o no la persona en transición. Aun así, la sentencia SL19447-2017 termina declarando la nulidad y no la ineficacia de la afiliación, y lo mismo sucede con la sentencia SL4964 del 14 de noviembre del 2018 con MP Gerardo Botero Zuluaga, de lo que se depende que hasta este punto para esta Corte aún no era clara la consecuencia jurídica de la falta al deber de información.

El segundo momento de la línea de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia denominado de *reestructuración*, se puede evidenciar desde la sentencia SL4989 del 14 de noviembre del 2018 con MP. Gerardo Botero Zuluaga cuando se declara por primera vez en la línea la ineficacia de la selección de régimen pensional, pero no fue sino hasta la sentencia de SL1452 del 03 de abril del 2019, con MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que la línea sufre una reconceptualización que permitió identificar las etapas y alcance del deber de información por parte de las AFP y la consecuencia jurídica de faltar a dicho deber, al plantearse como problemas jurídicos los siguientes: (1) ¿desde cuándo existe el deber de información y asesoría a cargo de las AFP? (2) ¿es suficiente diligenciar el formato de afiliación para dar por cumplido ese deber?

(3) ¿quién tiene la carga de la prueba? y (4) ¿la jurisprudencia elaborada por esta Corte en torno a la nulidad de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene cumplidos los requisitos pensionales?

Para resolver el primer interrogante, la Corte en la sentencia SL1452-2019 realiza un rastreo normativo sobre la obligatoriedad del deber de información y su alcance (**ver Tabla 1**), mismo que le permite concluir que desde la creación de las AFP, estas tenían el deber de brindar información a sus afiliados para que pudieran tomar decisiones conscientes y realmente libres sobre su futuro pensional, aunque con el tiempo el grado de intensidad de dicha exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de asesoría y buen consejo, a una doble asesoría, por lo que invita a los jueces a evaluar el cumplimiento de dicho deber de acuerdo con el momento histórico que debía cumplirse, sin perder de vista que ha existido desde el inicio del SGP. Con relación a los interrogantes 2, 3 y 4, la Sala Laboral en la sentencia SL1452-2019, deja establecido que no será suficiente la suscripción de un formato preimpreso, sino que la AFP debe probar que dio la asesoría necesaria y suficiente, de lo contrario el traslado se torna ineficaz, ello “sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, [...] dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

Tabla 1: Evolución normativa sobre el deber de información*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría

		perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

* Fuente: elaborada por la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia en sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019, con MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Esta nueva postura de la Corte se mantiene en las sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL5630-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL4806-2020 y SL4811-2020; sin embargo, en las sentencias SL1688 del 08 de mayo del 2019, SL1689 del 08 de mayo del 2019, SL3464 del 14 de agosto del 2019 y SL4360 del 09 de octubre del 2019, todas con MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Corte va más allá y explica el concepto de ineficacia y sus implicaciones. Por ejemplo, en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019 aclara que la ineficacia es imprescriptible e insaneable por el paso del tiempo, ya que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por lo que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información no puede abordarse desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al statu quo ante, art. 1746 CC), por lo que resulta equivocado exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) para declarar la ineficacia de la elección de régimen pensional.

Por su parte en la sentencia SL3464-2019 la Corte manifiesta que si bien la consecuencia práctica de la ineficacia es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc (desde siempre), tal como se establece en el régimen de las nulidades del artículo 1746 del CC, en el campo de la ineficacia, volver en justicia al "statu quo ante" no resiste reglas absolutas o interpretaciones lineales, desprovistas de un análisis particular y concreto, por tanto, para esta Sala si bien la jurisprudencia ha definido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, tales como las pensiones, más no para la devolución de los saldos o indemnización sustitutiva, pues en estos eventos sí procede su compensación o restitución, ya que dichos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional que se vendría a reconocer; advierte que admitir lo contrario, implicaría que el afiliado, en contravía de los fines

solidarios de la seguridad social, podría percibir dos prestaciones por cuenta del mismo riesgo: la vejez, o dicho de otro modo, contabilizaría dos veces las mismas cotizaciones para obtener un doble beneficio del sistema.

En cuanto a la sentencia SL4360-2019, se encuentra que en ella se conceptualiza la ineficacia de la selección de régimen pensional, para ello la Corte explica que según la doctrina existe la ineficacia en sentido lato y en sentido estricto. La ineficacia en sentido lato hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlo y comprende diversas reacciones tales como la inexistencia, la nulidad absoluta o relativa, y la ineficacia en sentido estricto; en tal sentido, señala esta Sala que un acto jurídico será inexistente cuando se ha celebrado sin la solemnidad sustancial que exige la ley para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales, por tanto, no nace a la vida jurídica y no produce ningún efecto; será nulo cuando el acto tiene una sanción que impide que produzca efectos desde su formación por faltarle alguno de los elementos de validez, en tal sentido el acto existe pero se encuentra viciado; y será ineficaz en sentido estricto cuando el acto existe y es válido, pero no produce sus efectos finales por disposición del legislador. En tal sentido, interpreta la Corte que acorde con los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 13 del CST y 53 de la Constitución Política, la consecuencia de la transgresión del deber de información debe abordarse desde la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora bien, en el tercer momento denominado *delimitación*, se puede encontrar la sentencia SL373 del 10 de febrero del 2021, con MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que la Corte realiza un cambio jurisprudencial en la declaración de la ineficacia del traslado al ponerle un límite a su declaración cuando la persona ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, postura que va en contravía con la aceptada en la sentencia fundadora de la línea con Radicado 31989-2008, pues pese a que acepta que en algún momento la sala laboral había declarado que la ineficacia implicaba volver al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el traslado, advierte que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer porque ello implicaría disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por

tanto obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Para justificar su postura trae a colación ejemplos en los cuales podría salir afectada la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda en caso de haber reconocido un bono pensional o la garantía de pensión mínima de un afiliado al RAIS, la aseguradora en los casos de haberse contratado una renta vitalicia, entidades del mercado de valores en caso de haberse negociado un bono pensional y hasta el mismo COLPENSIONES por el detrimento de la cuenta de ahorro individual que no le permitiría asumir la carga prestacional afectando gravemente sus finanzas, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

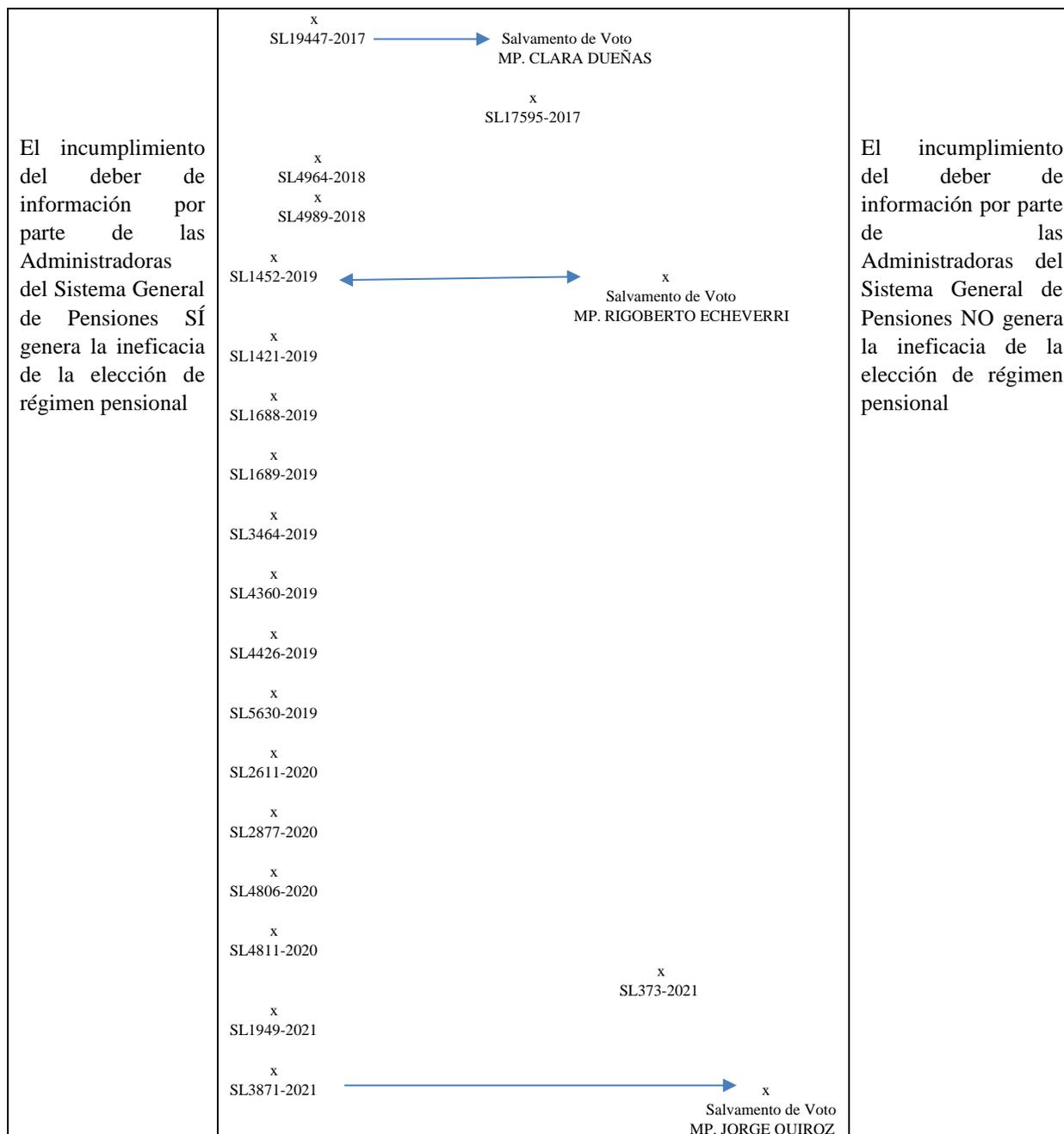
Como una salida para ese pensionado al RAIS que ha visto afectado su derecho pensional, esta Sala advierte que si bien no se puede declarar la ineficacia de la selección de régimen pensional de una persona que ostenta la calidad de pensionado al RAIS, ello no significa que el pensionado que se considere lesionado no pueda obtener su reparación, pues quien comete un daño por culpa está obligado a repararlo (art. 2341 CC), por lo que el pensionado tiene derecho a demandar la indemnización total de los perjuicios a cargo de la administradora, bajo el principio de reparación integral en la valoración de los daños (art. 16 de la Ley 446 de 1998), que conmina al juez valorar la totalidad de los daños y adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados, pero dicha reparación no es imprescriptible, sino que su término de prescripción empieza a contar desde el momento que obtiene la calidad de pensionado. Esta última postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de no permitir la declaración de ineficacia de la elección de régimen pensional cuando se trate de pensionados del RAIS ha sido mantenida en las sentencias SL1949 del 12 de mayo del 2021 y SL3871 del 25 de agosto del 2021, ambas con MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, bajo la claridad que tratándose de aquellos que aún conserven la calidad de afiliados no existe ningún tipo de restricción.

Sin embargo, la necesidad de delimitar el alcance de la declaración de la ineficacia en la elección de régimen pensional ya había sido expuesta por algunos magistrados a través de salvamentos de votos, iniciando con el Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, que presentó un salvamento del voto a la sentencia *confirmadora* con radicado 31314-2008 por considerar que no podría declararse la nulidad cuando la parte demandante no había alegado una falta al deber

de información; luego el salvamento de voto que hace la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo a la sentencia *consolidadora* SL19447-2017 en la que señala que el deber de información de las AFP no releva a sus afiliados de la obligación de actuar de buena fe, con lealtad y sinceridad; posteriormente el salvamento de voto del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno a la sentencia *Reconceptualizadora Dominante* SL1452-2019, en el que expresó que la ineficacia del traslado no debería predicarse de forma automática frente a todos los casos, ya que ello perjudica la estabilidad del sistema pensional y desconocen principios como la voluntad y libertad de escogencia de régimen, sino que su declaración debería depender de la acreditación de un perjuicio derivado de la falta al deber de información; y finalmente, el salvamento de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a la *sentencia arquimédica* SL3871-2021 en el que se aparta de la decisión de la sala por considerar que se le exige a la AFP un nivel de información que solo surge a partir de la Ley 1328 del 2009, además, considera que para el momento del traslado de la demandante era imposible prever el devenir económico de los portafolios pensionales y las condiciones particulares del afiliado, y en tal sentido, era imposible anticipar el valor de la pensión, por lo que cualquier cálculo o aproximación constituiría simple especulación, sin contar que la demandante no tenía ninguna garantía o expectativa legítima, y no optó por la posibilidad del retracto, por lo que a su juicio debía asumir las consecuencias previstas en la Ley sobre su elección.

El anterior análisis dinámico del precedente permite graficar la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la ineficacia del régimen pensional cuando las Administradoras del SGP violan su deber de información de la siguiente forma:

¿Es ineficaz la elección del régimen pensional cuando las administradoras del Sistema General de Pensiones no cumplen con su deber de información?		
	<p style="text-align: center;">x Rd. 31989-2008</p> <p style="text-align: center;">x Rd. 31314-2008</p> <p style="text-align: center;">↓ Salvamento de Voto MP. GUSTAVO GNECCO</p> <p style="text-align: center;">x Rd. 33083-2011</p>	
	<p style="text-align: center;">x SL12136-2014</p>	



Esquema 2. Fuente de elaboración propia.

Por su parte, para realizar el análisis dinámico del precedente de la Corte Constitucional sobre la declaración de la ineficacia de la selección de régimen pensional, partiendo del mismo problema jurídico de si *¿Es ineficaz la elección del régimen pensional cuando las administradoras del Sistema General de Pensiones no cumplen con su deber de información?* se procedió con la búsqueda en su relatoría de la sentencia más reciente sobre el asunto, la cual fue

la sentencia T-191 del 23 de junio del 2020 con MP Alberto Rojas Ríos, pero como no traía nicho citacional de la Corte Constitucional relacionado con dicho tema se continuó con la búsqueda de otras sentencias, misma que llevó a encontrar las sentencias T-359 del 08 de agosto del 2019 con MP. Antonio José Lizarazo Ocampo y T-376 del 17 de septiembre del 2018 con MP. José Fernando Reyes Cuartas, sin embargo, en ambas sentencias tampoco se encontró nicho citacional de la Corte Constitucional sobre la declaración de ineficacia en la elección de régimen pensional que permitiera realizar el proceso de ingeniería de reversa, y estas tres sentencias no se citan entre sí.

No obstante, para efectos de realizar el análisis se procedió con la lectura de las tres referidas sentencias y se encontró que en las sentencias T-376-2018 y T-191-2020 se discutía un conflicto de multifiliación y la eficacia de la elección de régimen pensional, mientras que en la T-359-2018, se pretendía que se declarara la nulidad del traslado al RAIS a fin de acceder al régimen de transición; sin embargo, la Corte Constitucional se abstuvo de decidir frente a este último caso por considerar que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, y en las sentencias T-376-2018 y T-191-2020 resolvió teniendo en cuenta la obligación de las administradoras de respetar el derecho de habeas data, y de dar información clara y suficiente a sus afiliados, so pena de declararse ineficaz la selección, apoyándose en sentencias como la SL12136-2014, SL 1688-2019, SL 1688-2019, SL 19447-2019, entre otras, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; en consecuencia, en la tutela T-376-2018 ordena darle aplicación transitoria a la sentencia de primera instancia de un proceso ordinario laboral que declaraba al actor válidamente afiliado al RSPMPD, hasta tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunciara sobre el recurso de casación, y en la T-191-2020, anula la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho y le ordena volver a emitir su sentencia.

Del análisis anterior, se puede extraer que, hasta el momento de la búsqueda, la Corte Constitucional está de acuerdo con la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuando se debate al ineficacia de la elección de afiliados que con el traslado al RAIS se les causó un perjuicio, puesto que se fundamenta en sus sentencias para efectos de emitir los fallos de tutela, pero se desconoce su postura frente a otro tipo de planteamiento, como la de afiliados que

no tengan multifiliación, o que no sean beneficiarios del régimen de transición o que cuenten con la calidad de pensionado del RAIS, que permita ahondar en el análisis del precedente de la Corte Constitucional sobre el tema en cuestión. Tal carencia de fallos sobre el asunto puede deberse al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela tratándose de temas pensionales, por ejemplo, en la sentencia T-359-2019 en la que la tutelante solicitaba su regreso al RSPMPD por considerar que había sido engañada por la AFP, pues no le dieron la información suficiente para su traslado, la Corte declaró la tutela improcedente porque la tutelante tenía otro medio eficaz para hacer valer sus derechos como el proceso ordinario laboral y no acreditó ser un sujeto de especial protección constitucional o que se encontrara en condición de vulnerabilidad, mientras que en los casos planteados en las sentencias T-376-2018 y T-191-2020 los accionantes ya habían agotado la vía ordinaria pero esta resultó insuficiente. Sobre el requisito de subsidiariedad para la declaración de ineficacia en la elección de régimen pensional expone la Corte Constitucional:

Es importante destacar que la subsidiariedad se debe analizar en cada caso concreto y, cuando el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en condición de vulnerabilidad, en algunos casos, esta Corporación ha determinado que los mecanismos ordinarios, si bien pueden ser idóneos, no son eficaces, en la medida en que la respuesta de la administración de justicia podría no ser oportuna, como puede suceder, por ejemplo, cuando el demandante tiene problemas de salud, es de escasos recursos económicos o es un adulto mayor en condición de vulnerabilidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-359-2019 con MP. Antonio José Lizarazo Ocampo)

Sin embargo, tal carencia de decisiones puede cambiar, pues mediante los Autos 583 del 2021 y 766 del 2021, la Corte Constitucional realizó una invitación a una audiencia pública para discutir sobre el traslado de un fondo privado de pensión a Colpensiones, la cual se celebró el pasado 28 de octubre del 2021, y en el que se expuso que en la actualidad la Corte Constitucional tiene 19 tutelas, una instaurada por COLPENSIONES y las otras 18 instauradas por personas que consideran que fueron engañados por las AFP al incumplir su deber de información, por tanto solicitan que se declare la nulidad o ineficacia del traslado y les autorice su regreso al RSPMPD. A esta audiencia pública asistieron representantes de la Asociación Colombiana de

Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (ASOFONDOS), FEDESARROLLO, COLPENSIONES, Ministerio de Hacienda, Ministerio del Trabajo, Congresistas que presentaron proyectos de ley que autorizaran el traslado de forma automática, la Confederación de Pensionados de Colombia, entre otros, lo cual permitió que se crearan dos bandos, los que alegaban que la declaración de nulidad o ineficacia llevaría a la quiebra del SGP, sin contar el costo judicial, pues se explica que a corte de agosto del 2021 existen 43.277 demandas en trámite; y los que alegaban que no se puede condenar a los afiliados al SGP a pagar las consecuencias de la falta al deber de información de las AFP, quedando la Corte Constitucional como aquella capaz de resolver el asunto (Corte Constitucional, 2021).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sentencia más reciente encontrada en la búsqueda fue la T-191-2020, la cual no cita precedentes de la Corte Constitucional sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, se procede a realizar el gráfico de la línea jurisprudencia que esta Corte lleva hasta el momento de este informe, con esta única sentencia, de la siguiente forma:

¿Es ineficaz la elección del régimen pensional cuando las administradoras del Sistema General de Pensiones no cumplen con su deber de información?		
El incumplimiento del deber de información por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones SÍ genera la ineficacia de la elección de régimen pensional	x T-191-2020	El incumplimiento del deber de información por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones NO genera la ineficacia de la elección de régimen pensional

Esquema 3. Fuente de elaboración propia.

Este análisis dinámico del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional permite establecer un panorama de la situación de los afiliados al régimen de ahorro individual que pretenden su regreso al RSPMPD, y es que, a través del desarrollo jurisprudencial, principalmente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se les ha reivindicado su derecho al acceso a una vejez digna y se les ha permitido su regreso al

RSPMPD para obtener la mejor prestación posible dentro del SGP, bajo el análisis de que no puede haber un traslado libre y voluntario si no se explican cuáles serán las consecuencias de la elección del régimen pensional. En tal sentido, el análisis del deber de información de las AFP implica darle suma importancia al derecho fundamental a la seguridad social y lo que su materialización implica y es que para satisfacer el derecho (cualitativa y cuantitativamente), la prestación económica debe estar acorde con el tipo de necesidad.

De igual forma, permite concluir que para estas Cortes la consecuencia jurídica de la falta al deber de información es la ineficacia de la elección de régimen pensional, entendida en sentido estricto, es decir, como un acto jurídico que nace y es válido, pero que no produce efectos por disposición legal; postura que es parcialmente acorde con lo planteado en el capítulo II sobre la interpretación del concepto de ineficacia por los autores Ospina & Ospina (2018), puesto que para estos el acto ineficaz no produce efectos por ser inexistente, no obstante, dicha diferencia se explica en la salvedad manifestada por estos autores en que aun en el campo civil el concepto de ineficacia sigue siendo debatido. Sin embargo, señala la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el concepto de la ineficacia dentro de la seguridad social no puede aplicarse de manera inflexible, sino que se debe tener a consideración los derechos que están en juego y los principios constitucionales.

Tal advertencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lleva a que tratándose de afiliados no existan restricciones para declararse la ineficacia de la elección de régimen pensional más allá del alegato de la falta al deber de información, pero tratándose de pensionados del RAIS sí exista un límite, el cual se sustenta en dos aspectos, el primero en la distinción entre el acto de afiliación y acto de reconocimiento de la pensión de vejez, siendo este último un acto jurídico distinto y que consolida una nueva situación jurídica; y el segundo, en la posición de no acceder a la petición de regreso por darle prioridad a la sostenibilidad financiera del sistema SGP, en consonancia con el Acto Legislativo 01 del 2005 y el 03 del 2011, pese a que se compruebe que ese pensionado no haya recibido la información suficiente para comprender cuáles serían las consecuencias de su elección, postura que puede llegar a ser contradictoria, pues presupone que de un acto ineficaz, que no produce efecto alguno, nació un acto jurídico

completamente válido, cuando según la posición de Ospina & Ospina (2018) de un acto ineficaz puede nacer un acto nulo, por carecer de un requisito de su validez.

Aunado a lo anterior, con relación al límite que tiene el principio de sostenibilidad, este no puede ponderarse con los principios constitucionales fundamentales para limitar el alcance o negar la protección de un derecho. No obstante, entendiendo que el SGP es un sistema de todos y para todos, en donde debe primar el principio del interés general y que efectivamente conceder este tipo de pretensiones podría llevar a afectar el derecho de todos los colombianos, principalmente el de los afiliados al RSPMPD, la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el pago de la indemnización de los perjuicios causados por la falta de deber de información, si bien es incongruente con la teoría de la ineficacia, podría significar la reivindicación del derecho fundamental a la seguridad social de ese pensionado que no tiene que por qué soportar un daño injustificado.

Por otro lado, si bien podría pensarse que el anterior análisis dinámico del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional nada expone sobre el deber de información de la administradora del RSPMPD, ya que los casos debatidos está relacionados con incumplimientos por parte de las AFP, es pertinente señalar que ambas cortes hacen referencia al deber de información de las Administradoras del SGP como entidades vigiladas por la Super Bancaria hoy Superfinanciera de Colombia, por lo que si bien hasta el momento dentro de la línea no existe casos relacionados con la falta de las Administradoras del RSPMPD, las dos líneas jurisprudenciales realizadas podría aplicarse en la resolución de dicho debate en caso de presentarse, además, el acceso a la información verás, suficiente y comprensible, es un derecho de rango constitucional.

Sin embargo, aún bajo los lineamientos de estas altas Cortes, se siguen presentando casos en los cuales se puede causar una *situación regresiva* en la elección pensional, ya sea por la decisión de afiliarse, trasladarse, permanecer en un régimen o solicitar la declaración judicial de la ineficacia de la elección, que no permita que la persona mayor en la que se convertirá ese afiliado acceda a la prestación más favorable dentro del SGP, por ello, en el siguiente capítulo se

abordaran las *situaciones regresivas* que se pueden presentar en la elección de régimen pensional y su afectación al Derecho Fundamental a la Seguridad Social.

CAPÍTULO IV: SITUACIONES REGRESIVAS EN LA ELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL Y LA AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

En Colombia el acceso a una prestación económica en la vejez depende de las decisiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones (SGP), y principalmente, de la decisión que se tome al momento de elegir el régimen pensional con el cual se pretende llegar a la meta planteada, sin importar que dicha decisión se tome 40 años antes de cumplir la edad para pensionarse por vejez, cuando el *criterio personal* se encuentra atado a circunstancias como la búsqueda de un primer empleo y cumplir con un mero deber legal, o incluso, 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse por vejez, cuando el afiliado se está proyectando en el empleo deseado o está en la cúspide o declive de su carrera profesional; independientemente de ello, lo cierto es que de la elección de régimen pensional dependerá el destino de la persona mayor en la que se convertirá ese afiliado, y si tendrá o no acceso a una vejez digna, es por ello que las decisiones pensionales son de tal trascendencia, que el afiliado no debería tomarlas solo, sino que por disposición legal, tiene derecho a ser acompañado a través de la información que se le brinda por parte de las distintas Administradoras del SGP.

La correlación existente entre la elección de régimen pensional y el acceso a una vejez digna recae sobre las características del SGP colombiano, en el que compiten dos regímenes pensionales, completamente disímiles, uno enfocado en la solidaridad de sus afiliados, con requisitos pensionales estables pero difíciles de reunir y otro enfocado en la individualidad, en el que sus afiliados ponen en terceros sus destinos pensionales, bajo reglas tan fluctuantes que no tienen permitido saber con certeza si podrán llegar o no a la meta pensional. Estas diferencias, hacen que la decisión en la elección de un régimen pensional no pueda generalizarse, sino que dependerá de cada afiliado y sus características, por ello, la elección entre uno y otro régimen no debería depender de experiencias de terceros, o de consejos sin conocimiento financiero o pensional, sino que debería depender de los intereses del afiliado, de la información que se le brinde sobre el SGP y el buen consejo de las Administradoras del sistema.

Tomada la decisión sobre el régimen al cual quiere pertenecer el afiliado, puede que este haya optado por la decisión más acertada y con ello haya podido, por ejemplo, pensionarse con una mesada acorde con su nivel salarial, pero también puede suceder que la decisión no esté ajustada a su situación pensional, y se le cause una *situación regresiva*. Acorde con la Real Academia Española (RAE) una *situación* es “un conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento” y algo es *regresivo* cuando “retrocede gradualmente”, por lo que podría señalarse que habrá una *situación regresiva* cuando alguien se vea afectado por el retroceso gradual de sus circunstancias. Sin embargo, en la reglamentación sobre el *deber de información* en la elección de régimen pensional, no se encuentra regulación sobre cuándo podría decirse que en virtud del incumplimiento de dicho deber se causó una *situación regresiva*, por lo que se propone abordar el concepto de *prohibición de regresividad* de los Derechos Sociales, al cual pertenece el Derecho a la Seguridad Social, para que a partir del concepto de *regresividad* se pueda dar un contenido y alcance al concepto de *situación regresiva* en la elección de régimen pensional, sin que por ello, pueda entenderse que se trata de conceptos iguales o con el mismo campo de aplicación.

A nivel internacional los Derechos Sociales, también conocidos como Derechos económicos, sociales y culturales, cuentan con una protección que obliga a su *no regresividad*, obligación que desde un punto de vista conceptual constituye una limitación que los tratados de derechos humanos, y eventualmente las Constituciones de cada país, imponen sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de su reglamentación, por lo que dicha protección va encaminada hacia dos vías, por un lado veda al poder Legislativo y Ejecutivo de la posibilidad de reducir el nivel de protección de los Derechos Sociales, y por el otro, le otorga a su titular la garantía de mantener el derecho y su nivel de goce, desde su otorgamiento hasta las mejoras que haya experimentado desde entonces. El fundamento de esta protección se encuentra atado, en primer lugar, a la noción de *previsibilidad*, que recoge las nociones de *seguridad jurídica* y *protección*, conceptos que nacieron en el Estado de Derecho Liberal como una forma de proteger el derecho de propiedad y de los intereses patrimoniales, pero que fueron acogidos por el Estado Social de Derecho como una forma de otorgar derechos con vocación de estabilidad en vez de simples beneficios revocables; y en segundo lugar, por el contenido material del principio del Estado Social, que busca la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades básicas, a la

luz de la noción de dignidad humana, es decir, es la que “da sentido al reconocimiento de derechos sociales en tanto derechos, y no sólo como concesiones graciosas o caritativas”(Courtis, 2006, pp. 17-19). Al respecto complementa Courtis:

La prohibición de regresividad puede ser entendida, en este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país. (Courtis, 2006, p. 20)

La noción de *regresividad* en el contexto de los Derechos Sociales tiene dos campos de aplicación: i) a los *resultados de una política pública (regresividad de resultado)*, para determinar si los resultados de una política pública adoptada por un Estado empeoró en relación con el punto de partida temporalmente escogido como parámetro, y ii) a *la extensión de los resultados de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa)*, para evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior. Sin embargo, mientras el primero requiere de indicadores o referentes empíricos con lo que se evaluaría el desarrollo progresivo del grado de satisfacción de un derecho, el segundo, no requiere más que comparar la extensión de la concesión de un derecho de una norma anterior con una norma posterior, no siendo entonces necesario crear algún tipo de “indicador de progreso”, por lo que para poder determinar que una norma es regresiva, es necesario que el impugnante de la norma proponga un juicio comparativo que evidencie de modo concreto y categórico que la norma impugnada es *menos favorable* para el titular del derecho, juicio al que sería acertado aplicar las reglas y parámetros determinados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo del principio de aplicación de la *norma más favorable* para el trabajador (Courtis, 2006, pp. 3, 4, 16 y 42). Por tanto, propone Cortis:

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una ley o de un reglamento regresivo? La regresividad ¿constituye *per se* una razón de

inconstitucionalidad o de invalidez a la luz de tratados internacionales de derechos humanos? De acuerdo con el esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. (Courtis, 2006, p. 29)

Acorde con la Asamblea General de Organización de Estados Americanos, la noción de *regresividad* se desprende de la noción de *progresividad*, órgano que definió al *principio de progresividad* como aquel criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones para garantizar el ejercicio de un derecho social, y a las *medidas regresivas* como toda aquella medida cuya aplicación implique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido, concepto de regresividad que involucra los dos campos de aplicación referidos: a) disposiciones normativas que implique un retroceso en la extensión de un derecho, y b) políticas que impliquen un retroceso en los resultados, que pueden ser medidos a través de indicadores o referentes empíricos (Courtis, 2006, pp. 4-6).

En Colombia, el *principio de progresividad* y la *prohibición de regresividad* también van de la mano, y con ellos se busca atender la justicia, razonabilidad y proporcionalidad de las normas, para que las autoridades estén en la obligación de atender las desigualdades sociales, lo cual implica, como primera medida, el deber de cualquier autoridad de adopción de medidas positivas que amplíen la cobertura de un derecho social, y en segunda medida, la abstención de adelantar, promover o ejecutar cualquier política, programa, o medida regresiva en materia de derechos sociales, de lo contrario se agravaría aún más las situaciones de injusticia, exclusión o marginación que se pretende corregir. En tal sentido, el *principio de no regresividad* se convierte en un pilar de la Seguridad Social y se traduce en que una vez alcanzado un nivel de protección y de otorgamiento de prestaciones, no es posible retroceder y volver a la situación anterior, de tal manera que la potestad legislativa se ve reducida; existe entonces un perfil negativo y uno positivo frente al desarrollo de las políticas en seguridad social, en donde las medidas regresivas se presumen en un principio inconstitucionales, por lo que están sometidas a un control constitucional estricto en el que se debe analizar si el beneficio que reporta es mayor que el costo

que produce; “de esta manera para poder desvirtuar la inconstitucionalidad de cambios regresivos es necesario analizar si la medida es justificada y proporcional, no desconoce derechos adquiridos, y se tienen en cuenta regímenes de transición o expectativas legítimas” (Muñoz, 2010, pp. 103-105).

Aterrizando lo anterior en el campo de la Seguridad Social, se puede señalar que existe un perfil positivo y uno negativo tratándose de la elección de régimen pensional y la correlación entre el deber de información y el nivel de goce efectivo del Derecho Fundamental a la Seguridad Social, por un lado está el deber de dar información por parte de las administradoras del SGP de forma clara y comprensible sobre la mejor opción del mercado, sin que pueda considerarse como un deber estático, sino que se adapta a los cambios normativos y a las características e intereses de ese afiliado, para que de manera progresiva vaya accediendo a la prestación que más se adapte a sus circunstancias, para ello se hace necesario que no solo se dé una adecuada asesoría al momento de la elección inicial de régimen pensional, sino que por lo menos se le dé otra asesoría antes de los 10 años para pensionarse, que es el tiempo límite que tiene el afiliado para trasladarse entre regímenes pensionales, asesoría que debe ser acorde con el *criterio personal* de cada afiliado, y a través de una comunicación dialógica que lleve a un grado alto de confianza entre los actores del SGP. Por otro lado, está la prohibición de negar, ocultar, distorsionar u obstaculizar el derecho a la información sobre las características del SGP, cuya infracción ocasione una reducción en el nivel de protección del Derecho irrenunciable a la Seguridad Social de ese afiliado, que través de la prestación económica que le ofrece el sistema, pretendía financiar una vejez digna, es decir, se le ocasione una *situación regresiva*.

Para poder determinar si se causó una *situación regresiva* a un afiliado por el incumplimiento al deber de información por parte de las Administradoras del SGP, acorde con lo expuesto, se podría partir de las nociones de *regresividad de resultado* y *regresividad normativa* (Curtis, 2006, pp. 3, 4, 16 y 42), sin embargo, la *regresividad de resultado*, a través de la cual se evalúan políticas públicas, es de difícil adaptación al concepto de *situaciones regresivas en la elección de régimen pensional*, en la medida que requiere de un “*indicador de progreso*” que debe ser aplicado de forma general a todos los casos para poder determinar si el resultado de la decisión de afiliarse, permanecer en el régimen pensional, trasladarse o solicitar la

declaración de la ineficacia de su elección de régimen, fue progresiva o regresiva en atención a su situación pensional, y como se ha venido analizando, las características de cada afiliado son tan disímiles frente a los demás, que no podría establecerse una medida que pueda ser aplicada como punto de partida para evaluar los resultados de todos los eventos en los que se estudia la viabilidad del reconocimiento de una prestación económica dentro del SGP después de acaecido la elección de régimen pensional. A diferencia de lo anterior, la *regresividad normativa* sí tiene posibilidades de adaptación al concepto de *situaciones regresivas en la elección de régimen pensional*, ya que al no requerir de un “indicador de progreso”, es posible determinar si a partir de la decisión tomada en la elección de régimen pensional se aumentó o si por el contrario se retrocedió en el nivel de goce del Derecho a la Seguridad Social, para lo cual será necesario conocer la cobertura prestacional que ofrece cada régimen pensional para el cubrimiento de la vejez, sin que sea posible clasificar cuál prestación dentro del SGP es la mejor, ya que ello dependerá de las características personales, familiares y económicas del afiliado y sus intereses.

De igual forma, en atención a las fluctuaciones frente a las características e intereses de un afiliado, se propone que para poder determinar si existió o no una *situación regresiva* en la elección de régimen pensional, por un lado, se evalúe la asesoría inicial que se le brindó al potencial afiliado al momento de elegir un régimen pensional, ya sea por la decisión de afiliarse o trasladarse, como también todas aquellas asesorías posteriores que hayan debido dársele, para determinar si se cumplió o no con el deber de información por parte de las Administradoras del SGP, y por el otro lado, conocer con un grado medianamente alto de certeza, cuál sería la prestación económica a cargo del SGP que se le reconocería a ese afiliado al momento de cumplir la edad para pensionarse, para ello, se propone que el análisis sobre la existencia de una *situación regresiva* en la elección de régimen pensional, solo se realice cuando la persona haya superado la edad límite para realizar traslados entre regímenes, pues ya no sería posible realizar ninguna corrección o cambio, sin contar, que se tendría mayor claridad sobre su historia laboral y las consecuencias de su elección de régimen pensional al estar más cerca de cumplir la edad para pensionarse. Determinada la existencia de una *situación regresiva* en la elección de régimen pensional por la falta al deber de información, le corresponderá entonces a las distintas Administradoras del SGP probar que su omisión se hizo por motivos razonables, y que el

beneficio es mayor que el costo o sacrificio de ese afiliado, bajo un juicio de control constitucional estricto.

Para ejemplificar lo anterior, se procede a analizar 5 casos en los que se evidenció una afectación al nivel de goce efectivo del Derecho irrenunciable a la Seguridad Social y por ende la existencia de una *situación regresiva* en la elección de régimen pensional. El primer caso corresponde al proceso con radicado único nacional 05001310501220190051100 en el que el demandante alegaba que, estando afiliado al Instituto de los Seguros Sociales (ISS), el 10 de noviembre del 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a través de la suscripción del formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR SA. Afirma que el traslado se dio porque en una charla individual el asesor de COLPATRIA le hizo una presentación rápida de dicha Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), le manifestó que el ISS se iba a acabar por lo que para asegurar su futuro pensional debía trasladarse, y le ofreció posibilidades de una mejor mesada, sin embargo no fue informado de las consecuencias de su traslado, nunca se le hizo un comparativo de los dos regímenes pensionales ni mucho menos se le advirtió de la posibilidad de regresar al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RSPMPD) y la consecuencia de no hacerlo.

Cuenta además el demandante que estando próximo a cumplir la edad para pensionarse, en virtud de un derecho de petición, PORVENIR le informó que si seguía cotizando con el mismo salario a la edad de 62 años su mesada en PORVENIR podría alcanzar el monto de \$2.395.400, es decir, con una tasa de reemplazo del 33.93% de su promedio salarial, mientras que en RSPMPD, administrado por COLPENSIONES, su mesada sería a la misma edad de 62 años de \$4.994.600, es decir, con una tasa de reemplazo del 70.22% de su promedio salarial, motivo por el cual solicitó su regreso al RSPMPD, pero le fue negado por haber superado el tiempo límite para hacerlo.

Pues bien, la diferencia existente en el monto de las mesadas pensionales ofrecidas por cada régimen pensional representa una *situación regresiva* en la elección de régimen pensional del demandante, toda vez que al no ser informado sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, ni del tiempo límite que tenía para regresar al RSPMPD, pasó de contar con una mesada

acorde con su ingreso salarial, con la que tendría mayor posibilidad de mantener su nivel de vida, a una mesada que no satisface de manera plena y suficiente el derecho pensional, ya que al ser de un monto del 33.93% del promedio salarial del afiliado, no cumple con la finalidad de garantizar una renta vitalicia digna. Este caso fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, entidad que mantuvo la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia de la elección de régimen pensional y autorizar el regreso al RSPMPD.

El segundo caso corresponde al proceso bajo el radicado 46292 del 03 de septiembre del 2014 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el que el demandante alegaba que nació el 01 de agosto de 1947, por lo que era beneficiario del régimen de transición por edad ya que para el 1 de abril de 1994 contaba con 40 años y 496 semanas de cotización al ISS, que fue abordado por un asesor de CITICOLFONDOS, hoy COLFONDOS SA para que se trasladara de régimen, pero sin explicarle las consecuencias de dicha decisión, por lo que se trasladó al RAIS desde el 14 de marzo del 2000 hasta al 01 de enero del 2001, sin embargo, al no contar con el dinero suficiente para seguir cotizando, se afilió al CONSORCIO PROSPERAR con el cual pudo financiar parte de sus aportes al ISS entre el 01 de julio del 2001 y el 30 de agosto del 2007, por lo que el 27 de octubre del 2007, al cumplir la edad de 60 años, acudió al ISS para que le reconociera la pensión con régimen de transición bajo las reglas del Decreto 758 de 1990, que exigía para pensionarse 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (art. 12), pero dicha entidad le señaló que no tenía derecho a la pensión de vejez sino a una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por considerar que había perdido el régimen de transición en el mismo instante que se trasladó al RAIS, por lo que debía acreditar 1.100 semanas cotizadas y como solo contaba 1006 semanas, no cumplía con los requisitos mínimos para pensionarse por vejez en el RSPMPD, sin que pudiera recuperar el régimen de transición ya que no era beneficiario por tiempo de servicio sino por edad.

A diferencia del anterior caso, en este la *situación regresiva* no se presenta por diferencias en el monto de mesadas pensionales entre uno y otro régimen, sino por cambiar una pensión de vejez con régimen de transición, que le podría garantizar un ingreso fijo y seguro no solo al demandante sino también a sus posibles beneficiarios pensionales, por una indemnización

sustitutiva de pensión de vejez, que es un pago único sobre un porcentaje de lo cotizado, circunstancia que implica una afectación al goce efectivo de su derecho irrenunciable a la seguridad social, ya que en virtud de la deficiente asesoría por parte de la AFP, no se le podía garantizar al demandante una prestación económica con el nivel suficiente de protección que le permitiera acceder a una vejez digna. Este caso fue resuelto mediante la sentencia SL17595-2017 en la que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la ineficaz de la afiliación al RAIS y ordenó a COLPENSIONES a realizar el reconocimiento de la pensión de vejez.

El tercer caso corresponde al proceso bajo el radicado 76284 del 14 de agosto del 2019 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde el demandante alegaba que era beneficiario del régimen de transición por edad, que estando afiliado al ISS el 04 de febrero de 1997 se trasladó a HORIZONTE SA, hoy PORVENIR SA, por lo que al cumplir la edad de 60 años, acudió a PORVENIR y a COLPENSIONES a reclamar su pensión, pero ambas entidades le negaron el derecho, ya que por un lado no tenía el capital suficiente para pensionarse, y por el otro, no podía regresar al RSPMPD a través de la recuperación del régimen de transición ya que no era beneficiario por tiempo de servicios sino por edad, por lo que optó por la devolución de sus saldos. En tal sentido, alegaba que no fue debidamente informado sobre las consecuencias de su traslado, pues pese a contar con el requisito de las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse que exige el Decreto 758 de 1990, no pudo pensionarse por haber realizado traslado al RAIS.

En este caso se presentó una *situación regresiva* en la medida que por desinformación el demandante cambió la posibilidad de garantizarse un ingreso fijo mensual para él y sus posibles beneficiarios pensionales, a través de una pensión que le permitiera tener una vejez digna, por una devolución de saldos, que es pago único mediante el cual se devuelve el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual, que si bien puede ser mayor a una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, no garantiza un ingreso constante, dicho de otro modo, en virtud de una decisión desacertada, el nivel de goce del derecho a la seguridad social se vio disminuido. Esta situación fue resuelta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmando la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia que declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez, pudiendo

COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional el monto reconocido por PORVENIR por concepto de devolución de saldos.

El cuarto caso corresponde al proceso con radicado único nacional 05001310501320190045400 en el que la demandante narra que nació el 16 de enero de 1965, que estando afiliada al ISS, el 20 de febrero del 2004, por intermedio de un asesor, se afilió a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, trasladándose así de régimen pensional. Afirma que el asesor de la AFP SANTANDER le manifestó que ISS se iba a acabar, que debía garantizar su pensión y que con el fondo privado podían pensionarse antes y con una mesada alta, sin embargo, no se le explicó las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, ni mucho menos se le advirtió del límite que tenía para regresar al RSPMPD. En virtud de un derecho de petición, PROTECCIÓN le informó que en el RAIS a la edad de 57 años su pensión sería de \$828.116 por Garantía de Pensión Mínima, mientras que en el RSPMPD a la edad de 57 años sería de \$1.117.927, sin embargo, la proyección de PROTECCIÓN omitió tener en cuenta la situación económica de la demandante, pues esta alegaba que al tener un jardín infantil de donde percibe ingresos adicionales, no podía acreditar la condición de pobreza que exige el art. 3 del Decreto 832 de 1996 para otorgar la garantía de pensión mínima, por lo que en realidad en el RAIS solo podía acceder a la devolución de saldos, mientras que en el RSPMPD podía pensionarse con una mesada aproximada de \$1.117.927.

Afirma la demandante que en virtud de lo anterior solicitó su regreso al RSPMPD, pero su solicitud le fue negada ya que había superado el límite de edad para hacerlo, además, no era beneficiaria del régimen de transición por tiempo de servicio. Pues bien, la *situación regresiva* en este caso se presentó cuando la demandante, en virtud de su elección de régimen pensional, sin contar con la información suficiente, intercambia el acceso a la pensión de vejez de forma vitalicia, por una devolución de saldos, que corresponde a un pago único, prestación económica que no le garantiza un ingreso permanente que le permita tener una vejez digna. Este caso también fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, quien mantuvo la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia de la elección de régimen pensional y autorizar el regreso al RSPMPD.

Por último, el quinto caso corresponde al proceso con radicado único nacional 05001310500920180052000 en donde la demandante alega que estando afiliada al RSPMPD, el 30 de junio de 1995 se trasladó a COLFONDOS, manifestando su voluntad y consentimiento de pertenecer al RAIS, sin embargo, con posterioridad fue trasladada a COLPENSIONES sin darle una asesoría o buen consejo, incluso, afirma, que ni siquiera se le advirtió que dicho traslado implicaba perder el acceso al bono pensional al cual tenía derecho por haber prestado sus servicios en el Municipio del Peñol. Advierte la demandante, que el 22 de octubre del 2017 cumplió los 57 años, pero como no tiene las semanas suficientes para acceder a la pensión de vejez en el RSPMPD, la prestación que se le reconocería sería la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, mientras que en el RAIS podría acceder a una prestación más rentable que es la devolución de saldos, que incluye el valor del bono pensional debidamente capitalizado.

De quedarse como ciertas las manifestaciones de la demandante, en este caso la *situación regresiva* se presenta por la omisión de la Administradora del RSPMPD de darle no solo una asesoría inicial al momento de la elección, sino también una nueva asesoría antes de cumplir el límite de edad para solicitar el regreso al RAIS, lo cual causó que la demandante intercambiara la posibilidad de acceder a la devolución de saldos, que incluye el valor del bono pensional debidamente capitalizado, por una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, que solo es un porcentaje de lo cotizado, es decir, el gozo del derecho a la seguridad social se vio afectado en la disminución del monto de la prestación económica que se le vendía a reconocer. Este proceso tiene culminada la etapa probatoria y actualmente se encuentra pendiente de fallo de primera instancia.

Como puede observarse, en los anteriores casos se evidenció que, tratándose de la elección de régimen pensional, se pueden presentar *situaciones regresivas*, en las que el afiliado se vea afectado en el nivel de satisfacción de su Derecho Irrenunciable a la seguridad social, sin embargo, a juicio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha *situación regresiva* no es necesaria al momento de analizarse si existe o no ineficacia en la elección de régimen pensional, pues acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que debe evaluarse es la actuación de la administradora del SGP y si está ajustada o no con su deber de legar de dar la

información suficiente, clara y oportuna sobre su situación pensional. Expone la mencionada Corte:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular. (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL5686 del 06 de octubre del 2021, MP. Iván Mauricio Lenis Gómez)

Dicha postura podría señalarse contradictoria frente a la exigencia que se les hace a las Administradoras del SGP, pues en el juicio de evaluación si se cumplió o no con el deber información, se les pide un deber de buen consejo, para el cual se hace necesario que tengan información al menos somera de la situación pensional de ese afiliado, no solo actual, sino su proyección a futuro, por lo que no tendría sentido que las Administradoras del SGP pueden preverlo, pero los jueces laborales no.

De igual forma, tal postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia podría llevar a situaciones irreversibles que termine causando un perjuicio mayor al que se pretende corregir, y como evidencia de ello, se puede encontrar el caso con radicado único nacional 05001310500720160087300 donde la demandante, según quedó acreditado dentro del proceso, nació el 26 de octubre del 1954, estando afiliada al RSPMPD se trasladó el 04 de octubre de 1999 a la AFP PROTECCIÓN, pese a que era beneficiaria del régimen de transición por edad,

estando afiliada a PROTECCIÓN, con posterioridad se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR, entidad que le reconoció su pensión de vejez, bajo la modalidad de retiro programado desde 01 de septiembre del 2015 con un monto de \$669.139 mensuales; sin embargo, un año y medio después, se le informó a la demandante que el valor de su mesada pensional estaba llegando a la suma de un SMLMV, por lo que se contactó a Seguros de Vida Alfa para que continuara el pago de la pensión de vejez mediante la modalidad de renta vitalicia, entidad que procedió con el reconocimiento de la pensión a partir del mes de septiembre del 2015.

Recibiendo la pensión de vejez por parte de Seguros de Vida Alfa, la demandante, inconforme con el valor de su mesada pensional, ya que según afirma para el año 2015 su promedio salarial era de \$5.000.000, presentó demanda ordinaria laboral en la que alegaba que no había sido asesorada ni informada sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, como fue la pérdida del régimen de transición, que en virtud de ello, se debía declarar la ineficacia su traslado al RAIS, y se le debía ordenar a COLPENSIONES el pago de su pensión de vejez, con régimen transición o bajo los lineamientos de la Ley 797 del 2003.

No obstante, después de realizarse el debate probatorio, la juez de primera instancia encontró probado que la demandante fue beneficiaria del régimen de transición y que no había sido debidamente informada sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, por lo que declaró la ineficacia del traslado a PROTECCIÓN y de todos los actos posteriores, como fue la afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR, el pago del bono pensional, y el reconocimiento de la pensión de vejez por PORVENIR y Seguros de Vida Alfa, pero se negó a ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, pues si bien se entendía que con la ineficacia la demandante no había perdido el régimen de transición, del estudio de su historia laboral, se podía concluir que aun así no había podido cumplir con las condiciones del Acto Legislativo 01 del 2005 para poder conservarlo, y tampoco contaba con el número mínimo de semanas que requería para pensionarse a la luz de la Ley 797 del 2003. La decisión fue apelada y en segunda instancia se determinó que no existían las condiciones para declarar la ineficacia del traslado al RAIS, pues el acto de reconocimiento pensional, al ser un acto distintivo a la de afiliación, contaba con plena validez y por tanto debía seguir produciendo sus

efectos, dicha decisión fue conocida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entidad que mediante la sentencia SL5172-2021 no casó la sentencia del Tribunal.

Al margen de la decisión de negar el traslado por la condición de pensionada, lo cierto es que de aplicarse la mencionada postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la demandante habría pasado de tener una pensión de vejez de forma vitalicia a cargo de Seguros de Vida Alfa, a una indemnización sustitutiva de pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, lo cual significaría una *situación regresiva*, pues el nivel de protección del derecho a la seguridad social de la demandante se vería disminuido por el cambio de prestaciones.

Este tipo de *situaciones regresivas* también fue expuesto por el Ministro de Hacienda y Crédito Público en la audiencia convocada por la Corte Constitucional (2021), pues señala que a corte de octubre del 2021 de las 43.277 demandas presentadas, en las que se solicita que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y se ordene el regreso automático al RSPMPD, solo 23.565 demandantes cumplirían con las condiciones para pensionarse en dicho régimen, los 19.712 demandantes restantes, obtendrían una indemnización sustitutiva, que en todo caso, es menor a la devolución de saldos, por lo que aún si conocerse las características personales, económicas y familiares de esas 19.712 personas, se podría concluir que en principio, las declaraciones masivas de ineficacia de los traslados al RAIS le ocasionaron a esas 19.712 personas una *situación regresiva* en su estado pensional. Sin contar que dichas *situaciones regresivas*, le están generando un déficit fiscal a la nación, pues a corte de la mencionada audiencia, explica el Ministerio de Hacienda, que el costo de las indemnizaciones sustitutivas ascendía a 0.4 billones de pesos, pero que se tenía estimado que llegare al monto de 2.5 billones en los próximos años.

Ahora bien, pretender que antes de que se declare la ineficacia de la elección de régimen pensional, se evalúe si con la decisión judicial se causará o no una *situación regresiva* en el estatus pensional del demandante, no significa en ningún momento que se esté condicionando la declaración judicial a que el demandante pruebe que al momento de la elección tenía un derecho adquirido o una expectativa legítima, o que se pretenda que se invierta la carga de la prueba en la que sea el demandante el que acredite la falta al deber información, o que se niegue la declaración solo porque no se aportaron proyecciones pensionales, sino que lo que se pretende es

invitar a los jueces laborales que antes de proceder con la declaración de ineficacia de la elección de régimen pensional, evalúen las condiciones en las que quedará el demandante después de su declaración y cuáles son realmente sus intereses o expectativas con el proceso judicial, a fin de determinar si la declaración de ineficacia producirá una *situación regresiva*, para lo cual el juez podrá valerse no solo de lo aportado como pruebas por las partes vinculadas al proceso, sino también, de la prueba de oficio facultada por el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPT y de la SS), siendo admisible todos los medios de pruebas establecidos en la Ley (artículo 51 del CPT y de la SS)

La anterior postura estaría acorde con el objetivo de un Estado Social de Derecho que es garantizar a todo habitante el respeto a su dignidad humana, lo cual aplicado al derecho irrenunciable a la Seguridad Social implica el mayor nivel de goce efectivo posible, existiendo la prohibición de aplicar cualquier disposición del Sistema de Seguridad Social que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores (artículo 272 de la Ley 100 de 1993). Incluso, estaría acorde con el artículo 53 de la Constitución Política que dispone como principios el de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, por el cual el afiliado que pretende la declaración de la ineficacia de traslado de régimen pensional no podría renunciar a una prestación que se adapte mejor a sus condiciones pensionales por otra que menoscabe su dignidad humana, y el de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, según el cual no podría dársele aplicación automática a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sino que se deberá dar una aplicación o interpretación que no menoscabe derechos fundamentales, como es acceder a la prestación económica del SGP que se adapta mejor a las circunstancias personales, familiares y/o económica de ese demandante.

En consecuencia, se puede concluir que en la elección de régimen pensional, que comprende la decisión de afiliarse por primera vez al SGP, quedarse en el régimen seleccionado, solicitar traslado o solicitar la declaración judicial de ineficacia de la elección de régimen pensional, la falta al deber de información por parte de las Administradoras del SGP puede causar *situaciones regresivas*, que en consonancia con el contenido del contenido conceptual de los principios de *no regresividad* y *progresividad* de los derechos sociales, implican una

afectación al Derecho Fundamental a la Seguridad Social de tal magnitud que podría llevar a que la persona mayor en la que se convertirá ese afiliado no tenga acceso a un vejez digna, ya que no se le da la posibilidad de acceder a la mejor prestación posible dentro del SGP que se adapte más a sus circunstancias o en su defecto, renuncia a una prestación de mayor cobertura por otra de menor cuantía.

De igual forma, se puede concluir que para evaluar si existe una *situación regresiva* en la elección de régimen pensional causada por la falta al deber de información por parte de las Administradoras del SGP, se puede utilizar la noción de *regresividad normativa*, a través de la cual se realizarían un juicio comparativo sobre el antes y después de la elección de régimen pensional, tomando como base no solo la asesoría inicial al momento de elegir régimen pensional, sino también las circunstancias que muy probablemente rodearan a ese afiliado cuando cumpla la edad para pensionarse, para determinar lo progresivo que pudo ser la adaptación del deber de información a los distintos cambios y necesidades de ese afiliado a lo largo de su vinculación al régimen, como también lo regresiva que pudo ser su elección de régimen pensional. Por consiguiente, sería importante que los jueces antes de declarar una ineficacia evalúen la situación pensional en la que quedará el demandante después de su sentencia, para que su decisión no termine causando un perjuicio mayor al que se pretende corregir.

A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DEBER DE INFORMACIÓN COMO POSIBILITADOR DEL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL

Cuando la capacidad laboral de una persona se ve reducida por el transcurso natural del tiempo, la protección a hacia la vejez constituye uno de los pilares de la Seguridad Social, por ello a nivel mundial se ha pretendido amparar dicha contingencia a través de diferentes modelos, y Colombia no ha sido ajena a dicha necesidad, inició con dádivas y concesiones normativas, hasta establecer la garantía constitucional del derecho irrenunciable a la Seguridad Social. Así, el primer modelo que pretendió unificar las reglas de la Seguridad Social en Colombia fue el modelo de los Seguros Sociales, en el que el trabajador se podía pensionar acorde con su nivel salarial y tiempo de servicio o cotización, este modelo estuvo vigente por casi 50 años, sin embargo, al ser altamente criticado por su supuesto costo financiero, fue cambiado por el modelo que actualmente existe en Colombia, es decir, un Sistema General de Pensiones (SGP) en el que subsiste por un lado el modelo de los seguros sociales, y por el otro, el modelo de privatización de las pensiones en el que los afiliados, a través de las gestiones realizadas por terceros, deben procurar reunir el capital suficiente para poder pensionarse por vejez.

La introducción de un sistema dual de pensiones implicó un gran cambio en las reglas pensionales que hasta el momento se habían implementado en Colombia, pues se pasó de decisiones simples, basadas en si se tiene o no el número de semanas o tiempo de servicio suficiente para pensionarse, a decisiones complejas que dependiendo del régimen pensional permitirá que una persona mayor pueda tener acceso o no a una vejez digna. Ante tantas reglas y subreglas se hace imposible determinar cuál es el mejor régimen para las personas mayores, la respuesta dependerá de los intereses y características personales, familiares y económicas de cada afiliado, por lo que el SGP actual delega en éste la responsabilidad pensional, a través de decisiones de gran trascendencia, que de ser desacertadas podrían llevar a que el afiliado no pueda acceder a un ingreso que le permita descansar y tener una vejez digna. Por ello, las Administradoras del SGP, como entidades de carácter financiero, tienen un deber de asesoría y buen consejo que lleve al potencial afiliado a escoger la mejor opción del mercado.

Este deber de información tiene su origen conceptual en las relaciones de consumo, entre proveedores de un bien y/o servicio y sus consumidores, dentro de los cuales está el consumidor

financiero, víctima del “principio de autorresponsabilidad” propia de la libertad contractual, pero que poco a poco ha ido alcanzando protección en virtud de la marcada asimetría en el acceso a la información entre las distintas entidades financieras y el consumidor, “esta asimetría puede conducir a la parálisis de los cambios o a la actuación de cambios en circunstancias no óptimas para uno o más contratantes” (Villalba, 2009, p. 83). Acorde con los hallazgos de la investigación, este deber de información se puede definir como aquella obligación de informar a la contraparte sobre las circunstancias, cualidades y situaciones que rodean el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, que permita tomar la decisión de contratar en las condiciones que lleve a la satisfacción de los intereses entre las partes, bajo los postulados de buena fe. Sin embargo, para el cumplimiento de este deber, no basta con la mera entrega de la información, sino que esta debe estar acorde con el “*criterio de conocimiento personal*” del consumidor, para que pueda ser usada en su beneficio, lo cual aumentaría la confianza entre productores y consumidores.

En Colombia este deber de información se encuentra amparado desde la Constitución Política de 1991, y no se agota en la pretensión de obtención de un bien y/o servicio, sino que involucra pretensiones de orden sustancial, procesal y participativo, además, tratándose de los consumidores financieros, este deber ha tenido desarrollo legal antes de la Ley 100 de 1993, a través del cual se ha obligado a las entidades financieras a dar la información necesaria para que la decisión que tome el consumidor financiero sea una decisión informada, incorporando con el tiempo principios como el de la *debida diligencia* y el de *transparencia e información cierta, suficiente y oportuna*, puesto que solo a través de la información de calidad es posible tomar decisiones responsables, y aunque se ha pretendido que el consumidor financiero también sienta la necesidad de informarse, en la Ley 1328 del 2009 se indicó que el no hacerlo no implica la pérdida o desconocimiento de derechos.

Ahora bien, acorde con la CP colombiana, la Seguridad Social como bien jurídico objeto de protección tiene doble configuración: es un derecho de carácter irrenunciable y un servicio público obligatorio. En el primer evento, como derecho subjetivo, se puede definir como una prerrogativa exigible de un sujeto, que se activa cuando la situación de hecho de una persona se encuadra dentro de las normas del Sistema de Seguridad Social, y si bien pasó por la discusión

sobre su fundamentabilidad, la Corte Constitucional mediante sentencias como la T-658 del 2008 y T-279 del 2019 le dio tal categoría al considerar que a través del Derecho a la Seguridad Social se permite garantizar a todas las personas su dignidad humana, mediante prestaciones económicas con el nivel suficiente de cara a la satisfacción de un derecho, cualitativa o cuantitativamente, ajustándose al tipo de necesidad. En el segundo evento, como servicio público, si bien la Seguridad Social está a cargo del Estado, tratándose de la vejez, la prestación del servicio se da a través de las distintas Administradoras del SGP, entidades de carácter financiero cuyos afiliados se consideran consumidores financieros, con las mismas garantías constitucionales y legales de aquellos, pero con la diferencia que el servicio que consumen es un servicio público esencial y directamente atado al derecho irrenunciable a la seguridad social.

Por lo anterior, el derecho a la información de los afiliados al SGP no solo encuentra amparo en la Constitución Política y en la regulación especial sobre el sistema financiero, sino también en las normas propias del SGP, teniendo una reglamentación especial a partir del Decreto 2241 del 2010, que fue compilado por el Decreto 255 del 2010, sin que por ello se pueda desprender que desde antes no existía el deber de información de las Administradoras del Sistema. Este Régimen de Protección al Consumidor del SGP, recoge principios y deberes de la Ley 1328 del 2009 y los adapta a las necesidades del consumidor financiero pensional, sin embargo, le impone el deber de informarse adecuadamente, supeditando su diligencia a la aceptación expresa o tácita de las decisiones que toma, es decir que castiga al consumidor financiero pensional con el “principio de autorresponsabilidad”, propio de la libertad contractual, y lo toma como un consumidor medianamente informado sobre las características del servicio pensional que consume, olvidándose que el consumo pensional en Colombia, salvo algunas excepciones, es de carácter obligatorio, y que en él existen *consumidores desfavorables o vulnerables* que no tienen el conocimiento financiero y pensional suficiente para tomar decisiones conscientes y acorde con sus características e intereses.

La posición del Decreto 2555 del 2010, no ha sido apoyada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que esta corporación reconoce la existencia de una marcada asimetría entre el acceso a la información entre un administrador experto y el afiliado lego, señalando que para entender que se cumplió con el deber de información de las Administradoras

del SGP no será suficiente la mera suscripción de formatos preestablecidos, sino que la realidad debe evidenciar el entendimiento de la información por parte del afiliado, es decir, la información debe estar acorde con el *criterio de conocimiento personal* del consumidor financiero pensional.

Ante este panorama, cobran importancia los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 que indican que la elección entre uno y otro régimen debe ser libre y voluntaria, y la interferencia en dicha elección deja de ser efecto la afiliación (ineficacia), lo cual a la par de Ospina & Ospina (2018, pp. 415-433) y del Derecho Fundamental a la Seguridad Social, significaría que el acto de elección de régimen pensional no puede producir efecto alguno si no se le ha explicado al potencial afiliado cuáles sería las consecuencias de su elección, es decir, el acceso a la información verás, suficiente y comprensible es un elemento de la esencia del acto jurídico de la elección de régimen pensional. De igual forma, el derecho a la información en el trámite de la elección de régimen, se torna un derecho de orden fundamental, en la medida que a través de este derecho los consumidores financieros pensionales pueden acceder a la prestación económicas del SGP que más se adapte a sus características e intereses y, por ende, se pueda materializar el principio de dignidad humana propio del Estado Social de Derecho.

El incumpliendo del mencionado deber de información, ha generado una alta congestión judicial, pues muchas personas pretenden que su decisión de elección sea revertida, por lo que acorde con el análisis del precedente de la Sala Labora del Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la ineficacia de la elección de régimen pensional, la primera de estas Cortes es la que más ha desarrollado el concepto de deber de información, incluso, ha pasado por diferentes etapas, una primera de fundación en la que realizó las primeras manifestaciones sobre la existencia del plurimencionado deber, pero no tenía claro la consecuencia del incumplimiento, una segunda de reestructuración en la que define y da alcance al deber de información de las Administradoras del SGP en la elección de régimen pensional y establece como consecuencia ante el incumplimiento de dicho deber, la ineficacia de la elección, y una última etapa de delimitación en la que explica los límites de la declaración de ineficacia, que básicamente consiste en ser negada cuando se ostenta la calidad de pensionado, ya que ello podría causar un

mayor perjuicio al SGP considerado en su conjunto, pudiendo entonces el pensionado acudir a otro proceso para que se le indemnice los perjuicios causados.

Por su parte, al analizarse el precedente de la Corte Constitucional, se encontró que poco es el desarrollo que ha tenido sobre la declaración de ineficacia de la elección de régimen pensional y las veces que lo ha hecho se ha apoyado de la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, lo cual puede deberse al carácter subsidiario de la acción de tutela, aunque tal circunstancia puede cambiar, pues en la actualidad la Corte Constitucional se encuentra estudiando 18 tutelas relacionadas con el deber de información sin que hasta el momento haya emitido una sentencia, por lo que se desconoce la postura de la Corte Constitucional frente a planteamientos como la declaración de ineficacia de la elección de régimen pensional de afiliados que no tengan multifiliación, o que no sean beneficiarios del régimen de transición o que cuenten con la calidad de pensionado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, aún bajo los mencionados lineamientos legales y jurisprudenciales, en la elección de régimen pensional, ya sea por la decisión de afiliarse, permanecer en un régimen o solicitar su traslado o ineficacia, se pueden causar *situaciones regresivas*, pues en virtud de la violación al deber de información, en la configuración de este acto jurídico solemne de elección, el potencial afiliado puede que no escoja la mejor opción del mercado y ello se traduzca en que en su vejez no pueda acceder a la prestación económica que más se ajuste a sus intereses y características personales, familiares y/o económicas. Para identificar una *situación regresiva*, ante la falta de reglamentación legal, se propone que a partir de las nociones de *prohibición de regresividad* y *principio de progresividad* de los derechos sociales, se aplique la *regresividad normativa*, que en el contexto que se analiza, sería evaluar si a partir de la decisión tomada en la elección de régimen pensional se aumentó o si por el contrario se retrocedió el nivel de goce del Derecho Fundamental a la Seguridad Social, evaluación que se recomienda realizar cuando faltare 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse, y que deberá abordar no solo la asesoría inicial de régimen sino toda aquella que haya debido dársele a ese afiliado.

La mencionada propuesta en principio no encajaría con la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la declaración de ineficacia de la elección, pues a juicio de esta Sala para dicha declaración no es necesario que se acredite el nivel de afectación de un derecho pensional, sin embargo, por las 19.712 personas que fueron autorizadas en virtud de un proceso laboral para regresar al Régimen de Reparto pese a que no podrán pensionarse por vejez en dicho régimen, más el costo fiscal que produce las declaraciones de ineficacia automáticas, se propone que los jueces antes de fallar una ineficacia, analicen la situación pensional en la que quedará ese afiliado, a través de la propuesta sobre el análisis de la *situación regresiva* que podría ocasionársele a ese demandante en virtud de la decisión judicial, sin que por ello se deba condicionar la declaración de la ineficacia a la prueba de una expectativa legítima o la configuración de un derecho al momento de la elección, sino que el juez en uso de la sana crítica y sus facultades oficiosas, antes de fallar analice con razonabilidad la pretensión y sus implicaciones para el demandante.

Sobre la necesidad de conocer al afiliado para poder darle la información que necesita, consideramos importante que se involucre la popularización de derecho⁶ en estos temas, ya que posibilita llevar el lenguaje técnico y especializado a un lenguaje común o cotidiano que pueda ser comprendido por todos. Como se evidenció, el deber de información de las Administradoras del SGP no es plenamente aplicado, existiendo un gran número de personas que por desinformación eligieron un régimen pensional con cual no podrán acceder a la prestación que más le favorece dentro del SGP, causándose que se pierda la confianza entre los consumidores financieros pensionales y las Administradoras del SGP y se afecte la materialización del derecho fundamental a la seguridad social.

Por consiguiente, tal como lo propone Duque et al (2016) para posibilitar el cumplimiento de derechos fundamentales, máxime si trata de derechos ligados a la vida y a la dignidad humana, como lo es derecho pensional, se debe pensar en una propuesta educativa de popularización del derecho, que debe considerar tres ejes fundamentales: i) los contenidos jurídicos que serán objeto de popularización, que en el caso pensional, serían contenidos

⁶ Esto es “llevar el lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano que pueda ser comprendido por las comunidades [...] que pueda posibilitar transformación social y empoderamiento” (S. Duque et al., 2016, pp. 35)

jurídicos y financieros sobre el SGP, ii) los sujetos popularizadores, que en el caso pensional, serían los asesores de las distintas administradoras de pensiones y/o agentes estatales, y iii) una comunicación dialógica, que se realiza mediante el reconocimiento del universo vocabular de las comunidades y el proceso de prealimentación, es decir, recoger los vocablos típicos, expresiones y aspiraciones de la comunidad, y a través de estos ejercer un proceso de comunicación que permita el auto reconocimiento de la comunidad en el mensaje (S. Duque et al., 2016, pp. 39). Propuesta que consideramos de suma importancia, ya que a través de esta se podría alcanzar la materialización de principios como el de universalidad, solidaridad y eficiencia, además, la educación pensional y financiera permitirían a las personas conocer las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, participar en el SGP de forma responsable, apropiarse de las herramientas que el sistema le ofrece para detectar errores a tiempo y aplicar correcciones, evitando así la congestión judicial y costo fiscal que ello conlleva, y por qué no, participar con apropiación en debates como el que actualmente se presenta sobre la posible reforma pensional.

En consecuencia, a través del cumplimiento del deber de información por parte de las distintas Administradoras del SGP, la persona, al tomar decisiones conscientes y responsables, podrá tener acceso a la prestación que le garantice un alto nivel de goce de su derecho irrenunciable a la Seguridad Social y con ello garantizar su acceso a una vejez digna, pues a través de la información podría no solo conocer las opciones que tiene dentro del mercado y escoger la que más se adapte a sus intereses y características, sino que además podrá tomar decisiones responsables que generen confianza entre el consumidor financiero pensional y la distintas administradoras del sistema, lo cual podría posibilitar la transformación social y el empoderamiento de los consumidores financieros pensionales sobre las opciones que el mercado pensional le ofrece.

REFERENCIAS

- Arango, R. (1998). Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. *Pensamiento Jurídico*, 8, Article 8. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40339>
- Arenas, G. (2018). *El derecho colombiano de la seguridad social* (Cuarta). Legis.
- Asamblea Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991
- Azuero, F. (2020). El sistema de pensiones en Colombia: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 61.
- Blanco, C. (2012). La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. *Opinión Jurídica*, 11, 18.
- Cáceres, J. M. (2019). *Doble asesoría obligatoria para traslado de régimen pensional: Toma de decisiones bajo incertidumbre* [Universidad Nacional]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/75998>
- Cañón, L. (2017a). *Una Visión Integral de la Seguridad Social* (Tercera). Universidad Externado de Colombia.
- Cañón, L. (2017b). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 5. <https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>
- Chinchilla, C. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, 24. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662011000200014&lng=en&tlng=es.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 90 de 1946. “*Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*”
- Congreso de la República de Colombia. Ley 33 de 1985. “*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.*”

Congreso de la República de Colombia. Ley 71 de 1988. *“Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”*

Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*

Congreso de la República de Colombia. Ley 797 del 2003. *“Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”*

Congreso de la República de Colombia. Ley 795 del 2003. *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”*

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 del 2005 *“Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”*

Congreso de la República de Colombia. Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”*

Congreso de la República de Colombia. Ley 1328 del 2009. *“Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.”*

Congreso de la República de Colombia. 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”*

Congreso de la República de Colombia (2020). *Informe de ponencia positiva para primer debate en el senado del proyecto de ley número 050 de 2019 cámara. Número 322 de 2020 senado, por el cual se adiciona un párrafo transitorio al artículo 2° de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Gaceta 553 del 27 de julio del 2020. Se puede ubicar en <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2019-2020/article/322-por-medio-del-cual-se-adiciona-un-paragrafo-transitorio-al-articulo-2-de-la-ley-797-de-2003-que-modifica-el-literal-6-del-articulo-13-de-la-ley-100-de-1993-regimen-pensional>*

- Correa, N. (1990). El proceso constituyente: El caso colombiano. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 91, 23-38.
- Corte Constitucional. (2021, octubre 28). *Audiencia Pública—Discusión sobre el traslado de un fondo privado de pensión a Colpensiones*. <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=Sp5a18W3phU>
- Courtis, C. (Ed.). (2006). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (1a. ed). Del Puerto.
- Díaz, J. C., & Bedoya, S. V. (2011). *Bonos pensionales, más allá de la legalidad* [Universidad CES]. <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/2273>
- Duque, N., & Duque, S. (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), 40-55. <https://doi.org/10.15665/rj.v12i1.886>
- Duque, S., Quintero, M., & Duque, D. (2016). *Sobre una propuesta de popularización del derecho a la salud con comunidades rurales*. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/8725>
- Duque, S., Quintero, M., & Duque, D. (2017). La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia. *Opinión Jurídica*, 16(32), 189-209. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a8>
- Fondo de Solidaridad Pensional. (s. f.). *¿Qué es el PSAP?* Recuperado 1 de diciembre de 2021, de <https://www.fondodesolidaridadpensional.gov.co/portal/categorias/32-regional-costa-norte-i>
- González, E. (2011). Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. *Discusiones Filosóficas*. 12(18), 125-143.
- López, D. (2021). *El derecho de los jueces* (Segunda). Legis.
- Muñoz, A. (2010). El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. Un propósito con carácter de justiciabilidad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 11, 93-109. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640266004>

Organización Internacional del Trabajo (1919). Constitución. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A1

Ortíz, I., Durán-Valverde, F., Urban, S., Wodsak, V., & Yu, Z. (2019). La privatización de las pensiones: Tres décadas de fracasos. *El Trimestre Económico*, 86(343), 799-838. <https://doi.org/10.20430/ete.v86i343.926>

Ospina, G., & Ospina, E. (2018). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley No 2663 de 1990. “*Código Sustantivo del Trabajo*”.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 2158 de 1948. *Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1824 de 1965. “*Por medio del cual se aprueba el Acuerdo No. 189 de 1965*”

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3041 de 1966. “*Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte*”

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 758 de 1990. “*Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*”.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 663 de 1993. “*Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración*”

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 656 de 1994. “*Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones*”

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 720 de 1994. *Por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 813 de 1994. *“Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1284 de 1994. *Por el cual se crea en la Superintendencia Bancaria la Delegatura para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías, se determina la forma de ejercer las funciones de control y vigilancia y se adecua la estructura de dicha Superintendencia.*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1299 de 1994. *“Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 832 de 1996. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993, y en especial, sus artículos 35, 40, 48, 65, 69, 71, 75, 81, 83 y 84.*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1730 del 2001. *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 4327 del 2005. *“Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2241 del 2010. *“Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2555 del 2010. *“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”.*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2011 del 2012. *Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y se dictan otras disposiciones”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1068 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2071 de 2015. *“Por el cual se modifica el Decreto número 2555 de 2010 en lo referente al régimen de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones.”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 309 del 2017. *“Por el cual se modifica la estructura de la Administradora Colombiana de COLPENSIONES”*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1745 del 2020. *Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2022, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos.*

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1793 del 2021. *Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 con fines de actualización*

Presidencia de la República de Colombia. Superintendencia Bancaria. Circular Externa 01 del 28 de enero del 2004. Por medio del cual se regula el *“Artículo 13, literal e), de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y Decreto 3800 de 2003.*

Presidencia de la República de Colombia. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 13 del 2012. Por medio de la cual se *“adiciona el numeral 3 al capítulo ii del título iv y se modifica el subnumeral 3.3 del capítulo ii del título vi de la circular básica jurídica en relación con nuevas modalidades de pensión.”*

Presidencia de la República de Colombia. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 016 de 2016. *“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.”*

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MS. Diana Fajardo Rivera. Auto 583 del 2021

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Auto 766 del 2021

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-408 de 1994

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia SU-1354-2000

República de Colombia. Rama Judicial. Corte constitucional. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-1141 del 2000.

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia SU-1354-2000

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-078-07

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. T-468 del 2007

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. T-658 del 2008

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. SU-062 del 2010

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia SU 856-2013

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-029-2017

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-078-2017

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MS. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia T-510-2017

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. José Fernando Reyes Cuartas.
Sentencia T-376 del 2018.

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Alejandro Linares Cantillo.
Sentencia C-110-19

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Sentencia T-279 del 2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Antonio José Lizarazo
Ocampo. Sentencia T-359 del 2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. MP. Alberto Rojas Ríos. Sentencia
T-191 2020

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Elsy Del
Pilar Cuello Calderón. Sentencia con Radicado 31314-2008

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Eduardo
López Villegas. Sentencia con Radicado 31989-2008.

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Elsy Del
Pilar Cuello Calderón. Sentencia con Radicado 33083-2011.

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Elsy Del
Pilar Cuello Calderón. Sentencia SL12136-2014 (Radicado 46292)

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo
Botero Zuluaga. Sentencia SL19447-2017

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Fernando
Castillo Cadena. Sentencia SL17595-2017

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo
Botero Zuluaga. Sentencia SL4964-2018

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo Botero Zuluaga. Sentencia SL4989-2018

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL1452-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo Botero Zuluaga. Sentencia SL1421-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL1688-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL1689-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL3464-2019 (Radicado 76284)

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL4360-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL4426-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo Botero Zuluaga. Sentencia SL5630-2019

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo Botero Zuluaga. Sentencia SL2611-2020

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL2877-2020

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo Botero Zuluaga. Sentencia SL4806-2020

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Gerardo Botero Zuluaga. Sentencia SL4811-2020

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL373-2021

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL1949-2021

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL3871-2021

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Luis Benedicto Herrera Díaz. Sentencia SL5170-2021

República de Colombia. Rama Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. MP. Iván Mauricio Lenis Gómez. Sentencia SL5686-2021.

República de Colombia. Rama Judicial. Juzgado 07 Laboral del Circuito de Medellín. Proceso con radicado 05001310500720160087300

República de Colombia. Rama Judicial. Juzgado 09 Laboral del Circuito de Medellín. Proceso con radicado 05001310500920180052000.

República de Colombia. Rama Judicial. Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín. Proceso con radicado 05001310501220190051100.

República de Colombia. Rama Judicial. Juzgado 13 Laboral del Circuito de Medellín. Proceso con radicado 05001310501320190045400

República de Colombia. Rama Judicial. Tribunal Superior de Medellín. MP. Diego Fernando Salas Roldón. Proceso con radicado 05001310501220130105002. Sentencia del 29 de septiembre del 2020.

República de Colombia. Rama Judicial. Tribunal Superior de Medellín. Sala Laboral. Magistrado Ponente Hugo Alexander Bedoya. Proceso con radicado 05001310500720160087301. Sentencia del 18 de septiembre del 2018.

- Rojas, M. (2020, septiembre 2). Congreso busca corregir omisión del Estado con proyecto sobre cambio de régimen pensional. *Senado de la República de Colombia*. <https://www.senado.gov.co/index.php/prensa/lista-de-noticias/1716-congreso-busca-corregir-omision-del-estado-con-proyecto-de-ley-cambio-de-regimen-pensional>
- Rostión, I. (2014). SERNAC Financiero: Nuevos Deberes de Información y Responsabilidad Civil. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 21(1), 423-442. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532014000100013>
- Villalba, J. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. *Prolegómenos*, 12(24), 77-95. <https://doi.org/10.18359/prole.2481>

ANEXO

- ✓ Archivo en Excel sobre el análisis del precedente de la sala laboral de la Corte Suprema Justicia sobre la ineficacia de la elección de régimen pensional.