

a través de las herramientas financieras, deberá entenderse como un cálculo de la futura pensión. La Administradora deberá informar al afiliado que la mesada pensional resultante es una mera proyección y no un derecho consolidado, por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la ocurrencia.

Entonces, toda la evolución del deber de información del monto pensional, durante estos 28 años de existencia del Sistema General de Pensiones, queda reducida a una mera proyección que no tiene ningún poder vinculante y se constituye como una transformación normativa sin contenido real de protección.

De haberse aprobado la propuesta de informar en los extractos sobre el cálculo de la pensión, contaría el afiliado con varias simulaciones efectuadas por medio del tiempo, en las cuales podría visualizar la tendencia o comportamiento de su situación pensional y de esta manera tomar decisiones sobre su permanencia en uno u otro régimen.

III. CUÁL ES LA INFORMACIÓN RELEVANTE Y POR QUÉ, SEGÚN NUESTRO CRITERIO

La información más importante para el afiliado que se desea pensionar, es el conocer el monto de la prestación que obtendrá, para que, al momento de cumplir con los requisitos exigidos para acceder a tal derecho, tenga la plena seguridad del valor mensual que recibirá, y que le permitirá continuar con el nivel de vida que venía disfrutando durante el tiempo laborado.

Para explicar con más detalle la tesis planteada, es necesario tener en cuenta ciertos factores fundamentales que inciden en el monto pensional a recibir y que son variables que la administradora debe

monitorear e informar periódicamente al afiliado en cumplimiento de sus deberes de información y diligencia.

Todo acto o negocio jurídico debe ir precedido y desarrollado, obligatoriamente, de acuerdo con los postulados de la buena fe⁵¹, estos suponen un grado de información detallada del negocio, sus consecuencias y alcances. La información será más o menos amplia, dependiendo de la calidad de las partes, es decir, cuando se presupone una relación cercana, su exigencia es menor; caso contrario, cuando ocurre entre desconocidos, pues en este evento debe ser mayor y absoluta. En el caso de la intervención de agentes profesionales, el detalle de la información ha de ser total, con el objetivo de que el acto se forme y desarrolle libre de vicios.

El acto de afiliación al régimen pensional no es una excepción a los postulados constitucionales y legales que reglamentan la celebración y validez de los actos jurídicos. Pero ¿qué conducta de las AFP puede ser considerada contraria a sus deberes profesionales y a la diligencia atribuida por las leyes en su actuar, que permita determinar que el afiliado no actuó de forma libre?

Para responder a este interrogante debemos partir del hecho de que el afiliado, al elegir el régimen del sistema pensional, busca

51 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], C-544 de 1994. La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte, es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

obtener un resultado —llamémosle *el mayor provecho pensional*—, pues la persona que se inscribe e inicia, por medio del formulario de afiliación sus cotizaciones, lo hace con la expectativa de que, al cabo del tiempo necesario para el logro de la pensión, obtendrá en retorno unos ingresos que guarden proporción con su esfuerzo y salarios cotizados⁵², con los cuales durante su etapa productiva pudo generar y sostener su entorno socio económico.

Cabe anotar que, en las condiciones legales actuales, a los cotizantes al sistema de seguridad social en pensiones que aspiren a tener una pensión equivalente al salario mínimo, les resulta menos exigente hacer el esfuerzo en el RAIS, el cual les garantiza dicho valor con un menor número de semanas cotizadas a las exigidas por el Régimen de Prima Media, ya que pueden ejercer la opción de garantía de pensión mínima al cumplir 1150 semanas y las condiciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

El problema de poder garantizar un monto pensional superior al salario mínimo se concentra en aquellos sectores de la población que efectúan aportes cuyas bases de cotización son más altas y, por tal razón, aspiran a una prestación que guarde una equivalencia proporcional a sus cotizaciones. A los afiliados no se les advierte de las dificultades o del cómo conformarán el capital suficiente que les permita financiar una prestación de las características deseadas.

En el Régimen de Prima Media con prestación definida, la pensión se calcula, ya sea con el promedio actualizado por inflación de los salarios reportados (IBC) durante los últimos 10 años o por los de

52 Ley 100 de 1993, artículo 18: “En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión”.

toda la vida si su monto resulta ser superior⁵³. Entre tanto, en el Régimen de Ahorro Individual (RAIS), la cuantía de la prestación por vejez dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, de sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado⁵⁴. En este último, el afiliado no tiene certeza del logro del resultado.

Al estar de por medio un negocio financiero, debe considerarse fundamental que para superarse la asimetría que existe entre la entidad administradora especializada y el afiliado carente de instrucción en materia financiera, se debe dar a conocer de forma periódica, por lo menos lo siguiente: (i) Valor o cálculo aproximado de la futura pensión; (ii) Capital que ingresa a la cuenta de ahorro individual cada vez que se cotiza; (iii) Capital necesario y tiempo para acumularlo y (iv) Comportamiento económico y perspectivas de rentabilidad de los fondos, entre otras variables.

Lamentablemente, no hay evidencia de que las administradoras hayan efectuado asesoría en este campo. Al efectuar solicitudes a las AFP para que informen cómo se cumplió la asesoría al afiliado al momento de su vinculación, sistemáticamente manifiestan que la información brindada es la contenida en la Ley 100 de 1993, en la que se puede identificar el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, pero no hay ninguna prueba de que hayan efectuado el análisis pormenorizado de la situación individual del administrado, ya que la literalidad de la ley no es suficiente para que un lego pueda establecer o comprender las consecuencias del acto de selección de un régimen pensional y mucho menos si no se le compara con la otra opción pensional.

53 Ley 100 de 1993, artículo 21.

54 Ley 100 de 1993, artículo 60.

La situación se vuelve aún más preocupante cuando se ha logrado demostrar ante la justicia ordinaria que, durante la asesoría brindada por la AFP, el asesor no efectuó una comparación objetiva entre los montos de pensiones que se podrían obtener en cada régimen, omitiendo información de la mayor relevancia, vital para el afiliado, por lo que, al aceptar una vinculación en estas condiciones, actúa sin información suficiente.

Ante la deficiencia en la información, es importante señalar que la senda escogida por la jurisdicción ha sido la de la ineficacia y no la de la nulidad del acto jurídico. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló:

En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.⁵⁵

Sin embargo, a título de discusión, vale la pena señalar lo que han sostenido algunos despachos judiciales en relación con las afiliaciones y traslados efectuados con información incompleta o con ofrecimientos imposibles de cumplir de las administradoras que se podría estar ante un error en el objeto.

El Código Civil⁵⁶ instituye como vicios del consentimiento, el error, la fuerza y el dolo. En cuanto al error, se trata de la equivocación o

55 SL 3464 – 2019.

56 Código Civil, artículo 1508.

entendimiento deformado, puede predicarse del derecho o de los hechos, ya se trate de si recae sobre la normatividad que gobierna la situación o de si se trata del objeto o la clase de negocio que se cree celebrar⁵⁷.

Entonces, el omitir indicar de forma completa las características del negocio, haber creado expectativas irreales o dejar de advertir rasgos esenciales del mismo, todos ellos elementos del deber de información—que habrían hecho variar la decisión del contratante—coloca a la contraparte ante un error. Esta circunstancia ha tenido desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, así:

El error in negotio implica una discordancia no solamente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva de cada una de las partes, sino también entre la voluntad de la una y la voluntad de la otra, que, por lo mismo, no se han encontrado y no han podido confluir para formar un acuerdo. Consiste el error en una representación falsa o inexacta de la realidad, como lo dicen COLIN y CAPITANT, o como lo asiente DEMOGUE en “el estado psicológico de una persona que está en discordia con la verdad objetiva.”⁵⁸

Al tratarse la afiliación de un acto jurídico que no permite la discusión de sus condiciones, el Estado debe asumir un especial papel de protección hacia el consumidor financiero, determinando las cláusulas y prácticas abusivas que no se deben incorporar a este tipo de relaciones jurídicas. Curiosamente, la Ley 1328 de 2009, en el parágrafo de su artículo 12, indicó que “las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente

57 Código Civil, artículo 1510.

58 Código Civil, Cas., 28 febrero 1936, XLIII, 534—tomado de Ortega Torres (Ed. Temis), 634.

norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley". No se comprende cómo una norma establezca que se prohíban las prácticas abusivas solo a partir de su expedición. Esto implicaría que las cometidas con anterioridad no generan ningún tipo de responsabilidad.

A. ASIMETRÍA EN EL PODER CONTRACTUAL

Existe desigualdad entre las personas en virtud de su nivel de conocimiento y en razón a la actividad a la que se dedican, profesión o especialidad. Cuando se inician acercamientos para definir un acto jurídico se debe contemplar quién detenta y en qué condiciones la información que es sustancial del negocio. Es lo que podría denominarse *poder negocial*.

Hay asimetría en todo contrato en el que exista una parte con un poder predominante sobre la otra, sea por su nivel de conocimiento, sea por su capacidad de negociación. Tales circunstancias propician situaciones que afectan la libertad contractual, comportan abuso, generan desequilibrios, establecen condiciones generales sorpresivas o disimuladas. En suma, situaciones que vulneran los postulados de la buena fe.

No están en el mismo nivel del consumidor quienes se dedican profesionalmente a prestar servicios. Y es precisamente el consumidor quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y escaso conocimiento del producto ofrecido, debe ser objeto de una especial protección normativa; del oferente, se presume experticia en las materias en torno de las cuales realiza su labor. Su innegable ventaja negocial reclama la intervención de legisladores, jueces y entidades de control y vigilancia con miras