

El nuevo sistema introdujo cambios significativos tales como: permitirles a los afiliados escoger entre el régimen de reparto o el de capitalización, reordenar y financiar el sistema pensional vigente del ISS³⁵.

A. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS)

Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) son por naturaleza entidades financieras³⁶ que desarrollan actividades de interés público y, en tal virtud, tienen el deber de emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes. El Código Civil no trae una definición taxativa de diligencia, sin embargo, en su artículo 63, expone que la culpa leve es la que se opone a la diligencia, es la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios y el deber de administrar “como un buen padre de familia”³⁷. En este orden de ideas, podemos señalar que la debida diligencia es el actuar cuidadoso en el manejo de los negocios, de forma prudente, prestando la debida atención y esmero³⁸.

La AFP ha de utilizar ese tipo de diligencia en el manejo del negocio encomendado, no acatando una, sino todas las normas que regulan su actividad, las cuales no puede desconocer o ignorar.

35 Instituto de Seguros Sociales.

36 Decreto 663 de 1993, artículo 4.

37 Código Civil, artículo 63.

38 Se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio, conscientemente, o por imprudencia, o negligencia o ignorancia, lo que quiere decir que hay culpa por comisión o por omisión. Código Civil, Cas, LXXI, 390 (Temis, 11 de marzo de 1952), 74.

Como entidad profesional encargada por el Estado de administrar un componente de la seguridad social, la Administradora debe garantizar la libertad de selección de régimen³⁹, que solo puede concretarse cuando el afiliado, de manera consciente, tenga conocimiento de los riesgos y beneficios, sin omitir ninguno, de la decisión adoptada. Está en cabeza de la administradora “indicar” los derechos y obligaciones a sus afiliados⁴⁰, conforme a los preceptos que enmarcan la debida diligencia, es decir, cumplir su obligación de la forma como la ley lo ordena, además de los principios constitucionales, en especial, el de la buena fe⁴¹. En relación con el deber de información es procedente traer a colación lo expuesto por el profesor Ernesto Rengifo cuando se refiere al deber de información como elemento determinante para la toma de las decisiones en el acto jurídico en estos términos:

Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que, lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el co-contratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia) o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables.

[...]

39 Ley 100 de 1993, artículo 13 Lit. b).

40 Ley 1753 de 2015, artículo 138.

41 CP, artículo 83.

Aquí conviene recordar las cargas de diligencia y cuidado que las partes deben observar en la etapa del perfeccionamiento del contrato y que el profano no se halla sustraído de su deber de informarse, lo que implica que su debilidad no le atribuye un derecho a la pasividad. Sin embargo, vale mencionar, para efectos del deber de información, el distingo que Le Tourneau hace entre el profesional y el profano: “Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas.

De todas formas, no está demás insistir en que el deber precontractual de información se deriva del principio de la buena fe y de la lealtad comercial.⁴²

A continuación, se mencionan algunas de las normas que han impuesto el deber de información a las AFP desde su surgimiento en el panorama jurídico nacional hasta la fecha:

En el Decreto 663, del 2 de abril 1993^[43], se establece que las entidades deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen; luego, con la expedición de la Ley 100, del 23 de diciembre de 1993, se estableció que la selección de cualquiera de los regímenes será libre y voluntaria por parte del afiliado y su desconocimiento por cualquier persona natural o jurídica da lugar a sanciones⁴⁴, precisando, en su artículo 271, que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección

42 Ernesto Rengifo, *Deber precontractual de información*, <http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/El%20Deber%20Precontractual%20de%20Informacion.pdf>

43 Ley 663, artículo 97, numeral 1.

44 Ley 100, artículo 13, literal b).

de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas y la afiliación quedará sin efecto. Como ya fue advertido, la información se constituye en un elemento esencial en el proceso de toma de decisión para poder expresar la voluntad.

El Decreto 720 de 1994^[45], reglamentario de la Ley 100, que regula el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, puntualizó la obligación de los promotores —entre los cuales se enumeran vendedores, instituciones financieras y otros intermediarios— de suministrar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados o usuarios, durante toda su vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Nótese que se hace referencia expresa a las prestaciones.

En una segunda etapa se expide la Ley 1328 de 2009, motivada⁴⁶ por la necesidad de equilibrar los intereses de los consumidores financieros, ya que estos afrontan desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de información, educación y poder de negociación frente a las entidades, requiriéndose que el marco legal consagre claramente los derechos y garantías de los consumidores y estas normas permitan que los consumidores tengan las herramientas idóneas “para ser activos y responsables de sus decisiones”, todo esto a partir de información y reglas claras y objetivas. Para lo anterior se deben ordenar sistemáticamente, precisar, de manera clara y comprensible, los derechos de los consumidores, fortalecer y puntualizar, a rango legal, las normas

45 Decreto 720, artículo 12.

46 Gaceta n.º 341 del 10 de junio de 2008.

sobre suministro de información y la debida diligencia de las entidades en la prestación de los servicios.

De lo expuesto como motivación del proyecto de ley, da la clara impresión de que, con anterioridad a su expedición, la garantía de los derechos del afiliado a las AFP era bastante tenue, pues se echa de menos el equilibrio, la transparencia, la claridad, las herramientas y el orden sistemático indiscutible y comprensible de los derechos de los afiliados.

En síntesis, se consagró el derecho a recibir y el deber de suministrar información suficiente sobre las características propias del producto, sin incurrir en conductas abusivas, como no informar previamente al cliente sobre el estado y condiciones específicas de los mismos y/o que impliquen una limitación al ejercicio de los derechos de los usuarios.

En el literal “c” del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009, se establecieron los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, destacando que dichas entidades deberán suministrar información cierta, suficiente, clara y oportuna, bajo los presupuestos de la debida diligencia, transparencia, manejo adecuado de los conflictos de interés y la educación para el consumidor financiero⁴⁷, tal y como lo indicó el Decreto 2241 de 2010^[48], con el cual el legislador reglamentó las disposiciones contenidas en dicha ley.

47 Decreto 2241 de 2010, artículo 7.º.

48 El Decreto 2241 de 2010 se encuentra incorporado al Decreto 2555 de 2010 en el artículo 2.6.10.1.1.

La tercera etapa: Ley 1748 de 2014. Para el 2012, se presentó un nuevo proyecto de ley, con el fin de adicionar la Ley 1328 de 2009, en el sentido de incluir la obligación de los fondos de pensiones de

suministrar, por medio de los extractos el cálculo de la pensión mensual estimada que recibirá el cotizante, el número de semanas cotizadas, el número de semanas que faltan por cotizar para acceder al derecho de pensión y el horizonte de tiempo por el cual se tendrá derecho a dicha pensión, teniendo en cuenta el rendimiento histórico de las inversiones.⁴⁹

El proyecto se fundamentó, básicamente, en simplificar la información que reciben los consumidores y mejorar su nivel de conocimiento a nivel financiero. En la exposición de motivos se dice que se evidencia una asimetría de información, lo que supone una ventaja de las entidades financieras y aseguradoras, ya que el grado de complejidad de varios servicios solo puede ser comprendido con un alto nivel de formación en finanzas. Por tanto, resulta imperativo cerrar las brechas de conocimientos para la búsqueda del bienestar general y optimizar la asignación de los recursos, siendo esto el establecimiento de unas reglas de juego transparentes⁵⁰.

Para quien su objetivo es la pensión de vejez, la información en el extracto del monto de la pensión que se estima podrá recibir era, en nuestro criterio, la noticia relevante; es el instrumento adecuado, transparente, casi idóneo para monitorear su situación frente a este riesgo. Remitido electrónicamente o en medio físico, es un

49 Gaceta n.º 540 del 23 de agosto de 2012. Proyecto de Ley n.º 099 de 2012, pág. 4.

50 *Ibid.*

documento que da certeza de los derechos; sin depender de un trámite de agendamiento de citas para obtener la información, lo que conlleva costoso tiempo de espera ante las respectivas entidades.

No obstante, la norma no obligó a las administradoras a la remisión de la información en el extracto, sino a brindar una proyección de la expectativa pensional mediante asesorías personalizadas, la cual podrá ser solicitada por el afiliado. Así mismo, ordena poner a disposición de sus usuarios información relacionada con: (i) capital neto ahorrado; (ii) monto de intereses devengados por ese capital; (iii) cotizaciones recibidas durante el periodo de corte del extracto; (iv) monto deducido por el valor de todas y cada una de las comisiones, y (v) Saldo final neto. Para el caso del RPM igualmente ordenó información sobre el número de semanas, deducciones efectuadas, ingreso base de cotización y la información que determine la Superintendencia Financiera. Información que no le permite al interesado conocer a cuánto ascenderá el monto de la pensión.

Con la expedición de esta ley, las administradoras deben brindar asesoría de ambos regímenes, a los interesados en el traslado de régimen pensional, como condición previa para que proceda, con lo cual nace el concepto de doble asesoría.

Cada ejercicio de proyección que efectúe la AFP es, en virtud del artículo 1.º del Decreto 2071 de 2015 —que adicionó el capítulo 4 al título 10 del libro 6 de la parte 2 Decreto 2555 de 2010— una mera proyección sin certeza de su ocurrencia.

De esta manera quedó su redacción:

“Parágrafo 2. La proyección de que trata este artículo, proporcionada por la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

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 párrafo 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

a restablecer el equilibrio perdido, para que el mismo sea real, y no meramente formal.

La asimetría de poder está reflejada, en el desequilibrio, en la posesión de la información. El Dr. Rengifo lo señala en estas palabras:

Pero, precisamente en razón de esa asimetría de poder y de esa asimetría en la información, es que el deber de información ha despuntado trascendental en aquellos contratos en donde el desequilibrio de poder contractual es evidente. Se insiste, se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento y, más acendrado será el deber, cuando exista una parte débil en la relación jurídica. Una información adecuada y suficiente de parte del oferente de un producto o servicio viene, en cierta medida, a equilibrar la asimetría de información que existe, por ejemplo, entre un productor de un artículo tecnológicamente complejo y sus potenciales compradores o usuarios.

B. OBJETIVO DE LAS ADMINISTRADORAS

El primer factor, relacionado con el objetivo de las AFP, que es el de generar los máximos retornos o rendimientos posibles al afiliado por sus aportes invertidos en el mercado; es decir, las administradoras deben buscar proporcionar la máxima rentabilidad posible a sus afiliados en razón a que de ello dependerá el capital con el que se financiará su retiro⁵⁹.

Al ingresar al mercado de la seguridad social, las administradoras privadas lo hacen con la promesa de mejorar las prestaciones, ge-

59 Juan Mario Laserna Jaramillo y Carolina Gómez Restrepo, *Pensiones y portafolios: la construcción de una política pública*, 79.