El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00322-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Elizabeth Reina Castaño

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LA TIENE EL AFILIADO AL SISTEMA, NO EL YA PENSIONADO.**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) señala que la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados es libre y voluntaria por parte del **afiliado**; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem…

Dicho en otros términos, de prosperar la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS, implicaría que esta no produjo ningún efecto y/o se torna inexistente y que el **afiliado**, en consecuencia, puede ejercer, sin ninguna restricción, su derecho a la libre escogencia, bien para continuar en el RPM o seleccionar nuevamente al RAIS…

La legitimación en la causa por activa, es entendida como aquella facultad que tiene una persona conforme a la ley sustancial para formular ante un juez el reconocimiento de unas pretensiones, independientemente de que ellas estén llamadas a prosperar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, ha indicado:

“…la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo”. (…)

Conforme se manifestó en el libelo –hecho 27-, a la señora Elizabeth Reina Castaño le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones y a través de la Resolución Nº GNR 333845 del 24/09/2012…

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en la actora, es decir, de su calidad de pensionada la que excluye de entrada la condición de afiliada al Sistema General de Pensiones que la faculte para ejercer su derecho de libre escogencia de régimen pensional…

Por lo tanto, se evidencia la ausencia de legitimación en la causa de la señora Elizabeth Reina Castaño, de tal manera que la decisión de la funcionaria de primer grado no podía ser otra a la de denegar las pretensiones que le fueran solicitadas, como en efecto lo hizo, pero no por los razones que allí aduce.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

… tampoco acompaño a mis compañeros de Sala en la tesis según la cual los demandantes que ostenten la calidad de pensionados no pueden demandar la ineficacia del traslado por haber perdido la calidad de afiliados con el reconocimiento de tal prestación.

A mi modo de ver es equivocada la conclusión de que la pretensora no estaba legitimada para demandar la ineficacia del traslado al RAIS, toda vez que el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante nunca ha sido un obstáculo para que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declare la nulidad de la vinculación del pensionado al RAIS, cuando hay lugar a la misma. En varias oportunidades, dicha Corporación se ha ocupado de aclarar que las consecuencias de la nulidad o ineficacia de la vinculación a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, como lo es la omisión de información o la inducción a error del afiliado, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, para concluir que la anulación de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre la parte actora y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de la sentencia que declara ineficaz el traslado. En conclusión, la ineficacia de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional, y así, por tanto, la AFP queda relevada en estos casos de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales, pero pierde las que haya pagado.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (08:30 a.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación respecto de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Elizabeth Reina Castaño** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A**, radicado al Nº 66001-31-05-003-2017-00322-01.

**Registro de asistencia**

Demandante y su apoderado:

Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Elizabeth Reina Castaño solicita que se declare: (i) la ineficacia o en su defecto, la nulidad del traslado que realizó a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. –hoy Porvenir; (ii) válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones; (iii) beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049/90 para adquirir la pensión de vejez.

En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerle esa prestación con base en la citada normativa desde el 01/01/2015 y aplicando una tasa de reemplazo del 90%.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 09/11/1957 por lo que al 01/04/1994 contaba con más de 35 años de edad; (ii) laboró para el Hospital Departamental de Cartago entre el 25/02/1982 y el 13/11/1989; (iii) el 14/11/1989 se afilió a Colpensiones y el 22/10/1997 suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. –hoy Porvenir-.

(iv) Motivó su traslado de régimen que la asesora del fondo le informó que la pensión podría quedarle a la familia en caso de fallecimiento y en el ISS no; (v) pero que omitió indicarle las ventajas y desventajas que ello le representaría, que perdería el régimen de transición y que para pensionarse anticipadamente debía tener un IBC determinado, entre otros aspectos, por lo que se le indujo a error.

(vi) En el año 2002 retornó Colpensiones y mediante Resolución GNR 333845 de 2014 le reconoció la pensión de vejez pero sin aplicar el régimen de transición al considerar que no era beneficiaria de él.

(vii) La sentencia SU-769/14 permite la acumulación de tiempos públicos y privados, por lo que de declararse la nulidad de la afiliación tendría derecho a la aplicación del Acuerdo 049/90.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,** se opuso a las pretensiones de la demanda formuladas en su contra y como razones de defensa indicó que el traslado al RAIS tiene plena validez y que las razones que expuso para negarle el amparo del régimen de transición tienen sustento legal. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que la vinculación de la actora a la otrora Horizonte fue completamente válida desde el punto de vista legal, no confluyeron vicios del consentimiento y fue realizada de manera libre y voluntaria. Interpuso las excepciones de “Validez de la afiliación a Horizonte e Inexistencia de vicios del consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión indicó que el acto de traslado de la demandante al RAIS fue libre y voluntario según da cuenta la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Horizonte, sin que se advierta alguna irregularidad y sin que sea suficiente para pretender la ineficacia o nulidad que se haya omitido indicarle los pormenores de los que se duele en la demanda, pues si bien una de las declarantes hizo referencia a posibilidad de que los ahorros de la cuenta individual pasaran a la masa sucesoral, precisamente esta se encuentra prevista en la Ley, de ahí que no se halla probado una mala asesoría.

Ahora, aunque en el año 2002 retornó al RPM, dicha situación no le basta para recuperar el régimen de transición, toda vez que este lo adquirió por edad y no por tiempo de servicios.

Precisó que en su caso dado el reconocimiento pensional del que goza desde el año 2014, no se advierte ninguna afectación o pérdida, porque con ello se alcanzó el objetivo del sistema general de pensiones.

1. **Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión la parte actora se alzó e indicó que aunque la actora logró retornar al RPM, perdió los beneficios de la transición en razón del traslado al RAIS.

Insiste que Horizonte -hoy Porvenir S.A. la indujo en error por lo que es ineficaz y por ende nulo el traslado, de ahí que pueda recuperar el régimen de transición y por lo tanto, le sea aplicable el Acuerdo 049/90, que le permiten tener una mesada pensional superior al ser procedente su liquidación con base en los tiempos públicos y privados, conforme la tesis expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia SU-769/14 que tiene fuerza vinculante.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

* 1. De acreditarse los supuestos fácticos para declarar la ineficacia o nulidad del acto de traslado al RAIS, habría lugar a efectuar la declaración correspondiente a pesar de que COLPENSIONES le reconoció a la actora la pensión de vejez desde el año 2014?

Dicho en otros términos, ¿se encuentra legitimada por activa la señora Elizabeth Reina Castaño en su condición de pensionada para solicitar la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS?

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Ineficacia del traslado y sus efectos.**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) señala que la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados es libre y voluntaria por parte del **afiliado;** consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 *ibídem*, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación, la que podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por el trabajador.

Dicho en otros términos, de prosperar la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS, implicaría que esta no produjo ningún efecto y/o se torna inexistente y que el **afiliado**, en consecuencia, puede ejercer, sin ninguna restricción, su derecho a la libre escogencia, bien para continuar en el RPM o seleccionar nuevamente al RAIS para continuar estructurando, a través del pago de las cotizaciones respectivas, su derecho pensional.

**2.2. De la legitimación en la causa por activa**

La legitimación en la causa por activa, es entendida como aquella facultad que tiene una persona conforme a la ley sustancial para formular ante un juez el reconocimiento de unas pretensiones, independientemente de que ellas estén llamadas a prosperar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, ha indicado[[1]](#footnote-1):

*“…la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo”*.

Y en otra oportunidad, expresó[[2]](#footnote-2):

*“la legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, no es una excepción sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos, porque entendida ésta ‘como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión’.*

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Conforme se manifestó en el libelo *–hecho 27-*, a la señora Elizabeth Reina Castaño le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones y a través de la Resolución Nº GNR 333845 del 24/09/2012, supuesto que fue admitido por esa administradora al momento de contestar la demanda –fl. 92-, amén de que así se logró acreditar documentalmente con la copia de dicho acto administrativo obra a folios 54 y s.s.

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en la actora, es decir, de su calidad de pensionada la que excluye de entrada la condición de afiliada al Sistema General de Pensiones que la faculte para ejercer su derecho de libre escogencia de régimen pensional, el que se garantiza con el fin de dotar al afiliado de la posibilidad de determinar las características particulares de cada uno de ellos, cuál le resulta más favorable para su expectativa pensional.

Por lo tanto, se evidencia la ausencia de legitimación en la causa de la señora Elizabeth Reina Castaño, de tal manera que la decisión de la funcionaria de primer grado no podía ser otra a la de denegar las pretensiones que le fueran solicitadas, como en efecto lo hizo, pero no por los razones que allí aduce.

Conforme lo anterior, se torna estéril cualquier análisis del cumplimiento por parte de la actora de la carga de probar los supuestos de hecho en que basa sus pretensiones de ineficacia o nulidad e incluso, de la posibilidad de recuperar el régimen de transición y la procedencia de acumular los tiempos públicos y privados para efectos de aplicarle el Acuerdo 049/90 para estudiar su derecho pensional; puesto que se está en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa, lo que de suyo impone la denegatoria de lo pretendido.

No sobra decir, que la intelección contenida en la sentencia de la CSJ SCL con radicado Nº 31.989 de 2008, constituye un caso excepcionalísimo, al ser el actor una persona que para el momento de la suscripción del formulario de vinculación al RAIS había cumplido con los requisitos para adquirir su pensión de vejez, bajo el régimen de transición, situación aberrante que no podía mantenerse a pesar de ostentar la condición pensionado, cosa que aquí no sucede; por lo mismo no puede ser considerada para la resolución del presente asunto.

En armonía con lo mencionado en precedencia, se confirmará en su integridad la sentencia revisada pero por razones diferentes.

Costas en esta instancia estarán a cargo de la parte actora y a favor de las accionadas en proporciones iguales, dado el fracaso de su recurso de apelación, conforme los lineamientos del artículo 365 numerales 1 y 3 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** por las razones manifestadas en esta providencia, la sentencia proferida el 3 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Elizabeth Reina Castaño** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A**.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costasen esta instancia a la parte actora y a favor de las accionadas por parte iguales por lo dicho.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

 (Salva voto)

Providencia: Sentencia del 18 de marzo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00322-02

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Elizabeth Reina Castaño

Demandado: Colpensiones – Porvenir S.A.

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, me permito dejar constancia escrita de las razones jurídicas del disenso con la decisión mayoritaria adoptada en este proceso, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La actora persigue en este asunto que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS y, en su defecto, se declare igualmente que no perdió los beneficios del régimen de transición previsto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y, por ende, tendría derecho a que su pensión de vejez se reconozca bajo los requisitos dispuestos en el acuerdo 049 de 1990. Aduce para el efecto, que registra aportes pensionales en el ISS desde el 14 de noviembre de 1989 y que laboró ininterrumpidamente al servicio del Hospital Departamental de Cartago en el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1982 y el 31 de diciembre de 2014. Afirma igualmente que nació el 9 de noviembre de 1957, por lo que tenía más de 35 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que el 22 de octubre de 1997 suscribió formulario de afiliación a pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. (HOY PORVENIR), y que en virtud de tal afiliación se consumó su traslado del régimen de prima media al RAIS, donde alcanzó a cotizar un total de 235,71 semanas hasta el 1º de junio de 2002, fecha en que retornó voluntariamente al ISS, donde continuó efectuando aportes hasta alcanzar un total de 1685,43 semanas cotizadas. Seguidamente informa que COLPENSIONES le reconoció pensión vejez a partir del 1º de enero de 2015 en cuantía de $1.030.092 y se negó a reconocerle la calidad de beneficiaria del régimen de transición, liquidando la prestación reclamada con apoyo en los requisitos y la tasa de reemplazo contenida en la ley 100 de 1993, con el argumento de que había perdido el derecho a la aplicación del régimen de transición por haberse trasladado al RAIS, de acuerdo a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aparte de lo anterior, asegura que el asesor comercial que la convenció de afiliarse a PROTECCIÓN S.A., no cumplió con el deber de brindarle información cierta, completa y comprensible de los efectos de dicho traslado pues **1)** le dio información falsa, como que era inminente la desaparición del ISS y con ello de los aportes que había efectuado hasta esa fecha, **2)** le dio información incompleta, al indicarle que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad, sin advertirle que ello dependía del saldo en su cuenta de ahorro individual, **3)** no se realizó en su caso un estudio escrito previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen, por lo cual su consentimiento no fue informado ni documentado, **4)** le aseguró que en caso de muerte, la pensión podría quedarle a sus familiares, no solo al cónyuge y al hijos, como supuestamente ocurría en el ISS y **5)** no le advirtió las implicaciones de perder el régimen de transición por su traslado al RAIS. Señala finalmente, que de haber conservado el régimen de transición, su pensión hubiese ascendido a la suma de $1.192.621,72.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia negó las pretensiones de la demandada con el argumento de que la actora no reunía más de 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, de modo que no podía moverse libremente entre regímenes sin perder los beneficios transicionales, pues esta posibilidad solo la tienen quienes alcanzan el beneficio por semanas cotizadas y no por edad. Asimismo descartó la ineficacia del traslado por vicios de consentimiento, pues una de las dos testigos que declararon en primera instancia aseguró que había estado en la misma reunión en la que la actora fue persuadida de trasladarse de régimen y al contrario de esta, ella no quiso abandonar el ISS.

**CONSIDERACIONES**

**ineficacia del traslado**

 Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, como pasa a explicarse, considero aplicable en estos casos el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, dadas las siguientes razones:

 **1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993[[3]](#footnote-3), norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

 **3)** Se tiene igualmente previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

 **4)** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

 **5)** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones *“dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”*.

 Con sustento en lo anterior, considero que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de esa trascendencia. Dicho deber es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente hacen parte las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúa mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que deben resultar confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

 Por último, en mis salvamentos de voto he expresado la tesis según la cual, en términos generales, en los procesos en los que se busca la ineficacia del traslado al RAIS, es comprensible que la AFP demandada se encuentra en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen, pues el Decreto 720 de 1994, como atrás se indicó, les impone tal deber.

En conclusión, he sostenido y sigo sosteniendo que en esta clase de asuntos el deber de información y buen consejo que la ley impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones no depende de la calidad del contratante del Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte, esto es, de si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición. Considero con todo respeto, que la tesis mayoritaria de la Sala se muestra contraria al significado de un deber profesional, con lo cual se desconoce el principio que desde el antiguo derecho romano enseña que *la “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (Art. 1604 C.C.)”,* como lo expresé en precedencia.

**CASO CONCRETO**

De los testimonios practicados en primera instancia y del contenido de la declaración de parte rendida por la demandante, no puede desprenderse el cumplimiento de los deberes profesionales de la AFP demandada, como quiera que apenas si tienen vagos recuerdos de la manera cómo se gestionó el traslado de la actora al RAIS, de modo que de sus dichos no se puede colegir que esta recibió información suficiente, amplia y oportuna acerca de las implicaciones de dicho traslado.

Es claro entonces que las pruebas recaudadas en primera instancia no son suficientes para concluir que la AFP demandada cumplió con su deber de proporcionar a la demandante información clara, precisa, oportuna y comprensible de las implicaciones del cambio de régimen. Y aunque en efecto el RAIS, como lo mencionó el asesor de la AFP demandada en las reuniones que sostuvo con la demandante y sus compañeros de trabajo, tiene la ventaja de ofrecer una pensión anticipada (es decir antes de la edad mínima de pensión), ello y el monto de la prestación por vejez depende de varios factores, tales como el rendimiento del saldo de la cuenta de ahorro, esto es, la fluctuación del mercado de valores y del portafolio de inversiones del Fondo; el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar; la edad de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la edad en la que el afiliado reclame tal prestación, etc., aspectos sobre los que no hay prueba de que se haya ofrecido alguna información por parte de la AFP.

Aparte de lo anterior, tampoco acompaño a mis compañeros de Sala en la tesis según la cual los demandantes que ostenten la calidad de pensionados no pueden demandar la ineficacia del traslado por haber perdido la calidad de afiliados con el reconocimiento de tal prestación.

A mi modo de ver es equivocada la conclusión de que la pretensora no estaba legitimada para demandar la ineficacia del traslado al RAIS, toda vez que el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante nunca ha sido un obstáculo para que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declare la nulidad de la vinculación del pensionado al RAIS, cuando hay lugar a la misma. En varias oportunidades, dicha Corporación se ha ocupado de aclarar que las consecuencias de la nulidad o ineficacia de la vinculación a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, como lo es la omisión de información o la inducción a error del afiliado, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, para concluir que la anulación de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre la parte actora y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de la sentencia que declara ineficaz el traslado. En conclusión, la ineficacia de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional, y así, por tanto, la AFP queda relevada en estos casos de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales, pero pierde las que haya pagado.

De esta manera dejo planteados los argumentos en virtud de los cuales me aparto de la decisión mayoritaria en este caso.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. #  CSJ SC de 14 de marzo de 2002, Rad. 6139, reiterada en la SC2642-2015, Radicación n° 11001-31-03-030-1993-05281-01 del 10/03/2015.

 [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SC de 23 de abril de 2007, Rad. 1999-00125-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [↑](#footnote-ref-3)