

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA CIVIL-FAMILIA- LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ

Riohacha, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)
Acta N° 60, de la fecha.

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	44001310500220190003901

1. ASUNTO POR RESOLVER

Atiende la Sala el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- y los recursos de apelación formulados por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., así como por COLPENSIONES, frente a la sentencia emitida el 3 de marzo de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, en el proceso ordinario que adelanta GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA, contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1.- LIBELO INTRODUCTORIO:

GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA, por conducto de profesional del derecho, promovió proceso ordinario laboral con el fin de obtener de manera principal la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó a PORVENIR S.A.

Solicita como consecuencia de lo anterior, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA

DE PENSIONES COLPENSIONES, afiliarlo en el régimen de pensiones en prima media con prestación definida. Para lo cual señaló el apoderado judicial del demandante como sustento fáctico de sus pedimentos:

- Que GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA nació el 29 de septiembre de 1957 y estuvo vinculado con la empresa Carbones del Cerrejón Limited desde el 1 de abril de 1985.
- Que el actor estuvo afiliado al régimen de pensión de prima media con el I.S.S. desde el 1 de agosto de 1984 hasta el 31 de enero de 1999, fecha a partir de la cual fue afiliado al sistema general de pensiones en Porvenir S.A. hasta la actualidad.
- Que su poderdante cuenta actualmente con 1.733 semanas efectivamente laboradas y cotizadas y para la fecha de presentación de la demanda continuaba laborando con Carbones del Cerrejón Limited, habiendo cumplido con el requisito de semanas cotizadas.
- Que el cambio de régimen pensional se dio sin manifestación libre y voluntaria del actor, ya que éste desconocía la incidencia que aquella decisión tendría frente a sus derechos pensionales.
- Que la administradora PORVENIR S.A. no documentó clara y suficientemente los efectos que le acarrearía el cambio de régimen, ni divulgó información precisa en que se delimitaran los alcances positivos y negativos del cambio de régimen.
- Que con el dinero ahorrado en Porvenir S.A., el actor no alcanza a obtener una pensión de vejez digna, pese a haber laborado por más de 34 años de su vida.
- Que al hacer el respectivo cálculo pensional ante los dos fondos, resulta más favorable el brindado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

2.2 - CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

2.2.1 La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; a través de apoderado judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Como excepciones de fondo formuló las que denominó: *"COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, EXCEPCIÓN DE BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE CONDENAS EN COSTAS"*.

2.2.2

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda con frontal oposición a las pretensiones. Expresó que la afiliación del demandante goza de plena validez y eficacia, toda vez que fue producto de una decisión inequívoca, libre de presiones o engaños, voluntaria e informada, sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales.

Planteó las excepciones de fondo que denominó: *"PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, GENÉRICA" y la INNOMINADA O GENÉRICA"*

3.- SENTENCIA CONSULTADA Y APELADA:

Concluyó el trámite de primera instancia a través de sentencia proferida en audiencia celebrada el 3 de marzo de 2021, en la que se declaró la ineficacia del traslado realizado por el señor GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA al RAIS; en consecuencia se ordenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor y a COLPENSIONES aceptar el traslado del señor GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA.

Para arribar a esa decisión, la Juez de primera instancia manifestó que la sociedad demandada no brindó la asesoría debida al demandante conforme el desarrollo normativo

dispuesto por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la CP, normas que establecían a cargo de las AFP un deber sumo, consistente en brindar información necesaria, transparente, suficiente y adecuada a ese potencial afiliado que iba a recibir, entendiendo que se le debía explicar las características del régimen, las condiciones de acceso, las ventajas y desventajas, el riesgo y las consecuencias del traslado.

Indicó que en torno al deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que ha estudiado la evolución normativa del deber de información y la carga de la prueba.

Refirió que en las presentes diligencias la carga de la prueba pertenece a los fondos, ya que éstos deben verificar al momento de traslado si los afiliados recibieron la información suficiente, previo a éste.

Adujo que en el acta de afiliación no hubo información suficiente y se establecieron unas expectativas por el fondo privado, hoy demandado, que no podía cumplir, teniendo la empresa PORVENIR S.A. la carga probatoria de demostrar que el hoy demandante tuvo una completa asesoría, pero contrario a ello, lo que se vislumbra del acervo probatorio objeto de estudio es que existió carencia de esa información. De igual forma, refirió que los testigos indicaron que PORVENIR S.A. los indujo en error y los acosaba para hacer efectivo el traslado.

Refirió que a folios 10 y 11 del cuaderno principal, se observa el formulario de traslado de Porvenir S.A., en el cual, entre otros aspectos se relaciona el nombre del demandante, datos personales, beneficiarios, la firma del afiliado a la que le antecede: "HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES, LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES".

Arguyó que con el formulario en cuestión, el demandante demuestra su afiliación y la falencia en la asesoría para que se materializara el traslado, pues se desconoce ese deber derecho que debió ejercer PORVENIR S.A., mientras que a ella le corresponde probar que la asesoría fue conforme a derecho. Sostuvo que dentro del plenario no obraba prueba

alguna que demostrara la ilustración brindada al demandante, y que, contrario a ello, la suscripción del formulario de afiliación *per se* no logra probar que el demandante tomó una decisión documentada, informada, donde se le hubieren indicado los efectos, beneficios y riesgos del traslado de régimen pensional.

Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que la misma no tiene vocación de prosperidad, en la medida que la pretensión se circunscribe a la declaratoria de un estado jurídico o de un hecho, esto es, el estado o la situación fáctica del demandante frente al sistema general de pensiones, aspecto que no puede verse afectado por dicho fenómeno prescriptivo.

4.- RECURSO DE ALZADA:

4.1. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-**, formuló recurso de apelación en procura de que se revoque la decisión de instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló que la *a quo* no tuvo en cuenta la Ley 797 de 2003,(art.2, literal E) la cual dispone que los afiliados al sistema general de pensiones pueden escoger el régimen de pensiones que quieran y, una vez hecha la elección, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez, cada cinco años, contados a partir de la elección y, después de un año de vigencia de la ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos por cumplir la edad de pensión, por lo que considera que el demandante no cumple con lo establecido en la norma para realizar dicho traslado, por lo que dicha decisión sería contraria a derecho.

4.2. La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación en procura de que se revoque la decisión de instancia, por no configurarse los presupuestos de la ineficacia del traslado.

Indicó que se ordena la ineficacia del traslado de COLPENSIONES a PORVENIR, negando las excepciones de mérito, sin haberse probado que hubiesen mediado actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social, refiriendo que en las diligencias no concurrió error, fuerza o dolo, ni se configura figura jurídica que afecte el vicio del consentimiento; así como tampoco se configura causal de nulidad de que trata el art.

1741 del C.C.

EL despacho no tuvo en cuenta una prohibición de tipo legal y es que *"él, para trasladarse por una sola vez del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, podría hacerlo faltándole 10 años, de acuerdo a las reglas establecidas para que pudiera pensionarse en el estado colombiano, que es a los 62 años para los hombres, debió hacer el trámite a los 52 años, término que está rebasado, sin embargo el despacho no lo tuvo en cuenta"*, refirió que el despacho echa por tierra la excepción de prescripción y es que el demandante tenía cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión.

Refirió que el formulario de afiliación conforma una presunción de validez.

Adujo que el demandante tenía 5 días para retractarse; sin embargo, no lo hizo, por lo que se infiere que estaba de acuerdo.

Frente a los testigos, refirió que los mismos eran de oídas y no presenciales.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

5.1. La apoderada judicial del demandante insistió en la prosperidad de las pretensiones, señalando que había quedado demostrado en el devenir procesal, que su poderdante no recibió una asesoría clara, comprensible, oportuna e ilustrativa acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias del traslado del RPMPD al RAIS.

5.2. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** guardó silencio.

5.3. La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refirió que el demandante conoce el régimen de Seguridad Social y pensiones que actualmente rige el sistema y, contrario a lo afirmado en la demanda no ha habido ninguna omisión, engaño, ni falsas promesas en la referida afiliación al fondo, ya que todo se hizo de acuerdo con la normativa pensional, aunado a los beneficios de rentabilidad que comporta el régimen de ahorro individual.

Porvenir S.A. considera que es improcedente la presunta nulidad de traslado, toda vez que no ha existido vicio en el consentimiento expresado por el demandante. Recalca que el

demandante olvidó que fue informado de su derecho de retracto, previsto por la ley para proteger al cotizante al régimen de Seguridad Social en pensiones, frente al cual guardó silencio. Anotó que el demandante nació el 29 de septiembre de 1957, encontrándose a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez, encontrándose incluido en la prohibición contenida en el literal del artículo 13 de la ley 100 de 1993, razón por la cual no es procedente un traslado en las condiciones de éste. Frente a la prescripción indicó que, si se llegara a la improbable conclusión de que la vinculación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad está afectada de nulidad, cualquier declaración de ineficacia o nulidad de dicho acto jurídico estaría prescrita conforme lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil. Anotó que el plazo para pedir la rescisión es de cuatro años.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Delanteramente debe señalarse que además de resolver los recursos de apelación planteados por las demandadas, entrará esta Corporación a estudiar la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta, a favor de COLPENSIONES, dando aplicación al artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en concordancia con los artículos 32, 109 y 138 de la Ley 100 de 1993, por ser esta una entidad descentralizada del orden nacional, respecto de la que la Nación funge como garante en el pago de las obligaciones de carácter pensional.

6.2 PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a la controversia planteada compete a la Sala dilucidar si se configuran los presupuestos de orden legal y jurisprudencial, para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes.

De obtenerse respuesta afirmativa se deberá establecer si opera el fenómeno prescriptivo que impide el traslado.

6.3 TESIS DE LA SALA.

La Corporación sostendrá como tesis que fue acertada la decisión del Juzgado de primera instancia, habida cuenta que no se acreditó que el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., cumpliera con su deber de suministrar al señor GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA información suficiente, oportuna y clara que le permitiera adoptar, con la ilustración adecuada, la decisión de elección de régimen pensional, por lo que no se garantizó su derecho a la libre y voluntaria afiliación, el cual se consolida a través de una correcta información y buen consejo.

Finalmente, por tener incidencia en la configuración del derecho a la pensión se dirá que, no es viable predicar la prescripción del derecho al traslado de régimen.

6.4 PREMISAS FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE SOPORTAN LA DECISIÓN

Del contenido del libelo introductorio se desprende que la reclamación de la parte actora va encaminada a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, basado en la omisión de información clara y precisa que ha debido brindarle el fondo privado de pensión demandado, en orden a conocer las condiciones y consecuencias del cambio de régimen.

Como premisas previas recuerda la Sala que las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a asesorar a sus afiliados o los que pretendan afiliarse, en todo lo relacionado con la prestación que a futuro aspiran obtener a efecto de solventar sus obligaciones económicas, cuando por el cumplimiento de exigencias legales es dable su reconocimiento. Ello por cuanto en virtud del artículo 48 de la Carta Política, la seguridad social es un servicio público que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos establecidos en la ley, y en tratándose de los fondos privados que administran el RAIS la Ley 100 de 1993, artículos 59, y 60 literal c) disponen que las administradoras de fondos de pensiones de este régimen están obligadas a informar las particularidades del mismo y garantizar a los afiliados escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras.

A su turno el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, impone a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información

necesaria, a través de elementos de juicio claro y objetivo que les permitan escoger las mejores opciones del mercado. Los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, regulan el régimen especial de las obligaciones de las AFP del R.A.I.S. y concretamente el artículo 18 prevé: "*Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados **deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses***". Negrillas son propias.

De acuerdo con lo expuesto se considera que, a las administradoras de fondos de pensiones les asiste el deber y la obligación de brindar a los interesados o los ya afiliados, una información detallada y comprensible sobre los aspectos determinantes que rodean el derecho pensional.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 27 de septiembre de 2017, SL 19447-2017, de la que fuere magistrado ponente el doctor GERARDO BOTERO ZULUAGA, frente al punto indicó:

*... "Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, **correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo** y, en este específico caso **ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona**, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*

*Por demás las implicaciones de **la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional**, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el*

*Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», **es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición (...).** Negrillas de la Sala.*

En atención a lo alegado por los apelantes, relacionado con que, de conformidad con la Ley 797 de 2003, los afiliados al sistema general de pensiones pueden escoger el régimen de pensiones que quieran y, una vez realizada la elección, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez, cada cinco años, contados a partir de la elección y, después de un año de vigencia de la ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos por cumplir la edad de pensión, por lo que consideran que el demandante no cumple con lo establecido en la norma para realizar dicho traslado, habrá de recordarse los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales:

1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio.
2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición **por tiempo de servicios** (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 DE 2013 Corte Constitucional), criterio de raigambre jurisprudencial, tema decantado por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere

cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición.

3. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación, no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes (CSJ, Sala Laboral, Rad No.31314 del 9/09/2014 MP Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón). Criterio desarrollado en aplicación de normas de carácter civil, constitucional y de seguridad social, en donde el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad.

Aclarado lo anterior, de entrada se advierte el revés de los recursos impetrados por los apelantes pues, PORVENIR S.A. no cumplió con su obligación de brindar una información clara, respecto del traslado de régimen del actor, tal como pasa a explicarse:

Frente a la carga de la prueba de haber suministrado la información requerida para efecto del traslado de régimen, es indudable que le correspondía asumirla a PORVENIR S.A., no sólo por su posición dominante en el Sistema de Seguridad Social, sino por la naturaleza de la afirmación en que el demandante apoya su pretensión –*supuesto negativo indefinido*, siendo en esta sociedad en la que recaía el deber de probar que le proporcionó a GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA la información idónea para que su decisión fuera en verdad libre; sobre lo cual véase que en sentencia del 03 de mayo de 2019, No. SL 1688 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia enseñó:

*"...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual **no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.** En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la*

documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.”

Se advierte de lo indicado por la alta Corte que, es un aspecto trascendente para determinar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el incumplimiento de la Administradora de Pensiones a su deber de informar al afiliado en forma clara y precisa, las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, ello, independientemente si la persona es o no beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues lo relevante para el caso es que, antes de generarse un traslado, se advierta cuáles son los alcances, beneficios o desmejoras que tiene cada uno de los regímenes pensionales, y por sobre todo las implicaciones que conlleva ese traslado en el caso particular del futuro afiliado, de modo que la decisión realmente sea la expresión del convencimiento derivado de la información ofrecida, carga que recae en la administradora, la cual no se agota con la simple suscripción del formulario de afiliación en señal de aceptación, tal como lo sugiere la apelante PORVENIR S.A, quien aduce que, el formulario es fiel prueba de la libre voluntad del actor.

Advierte la Colegiatura, una vez examinados los medios de prueba incorporados a la actuación, que PORVENIR S.A. no ejecutó actuación alguna tendiente a acreditar que hubiese entregado al demandante, a la fecha del traslado (1999), información suficiente de todas las implicaciones del traslado, dándole a conocer las condiciones para obtener el derecho pensional a través de una asesoría completa por parte de quien dispone de los insumos para ello, y al tiempo comprensible para quien no cuenta con los conocimientos necesarios para entender las particularidades del régimen pensional al que persigue acceder.

Por su parte, el actor, con la prueba testimonial traída, esto, es, con los testimonios de Albert Miguel Campo Ruiz y Yomer José Figueroa Mendoza, logró demostrar la presión de la que fue objeto por parte de funcionarios de Porvenir S.A., creando zozobra en éste con

noticias relacionadas con la desaparición del ISS y con promesas de la obtención de una pensión anticipada, prueba a la que la Sala le asigna credibilidad por tratarse de compañeros de trabajo del actor, que también soportaron actos de presión constante por parte del fondo en cuestión, testimonio que, contrario a lo manifestado por el apelante PORVENIR S.A. no resulta ser de oídas pues, se reitera, los mismos testigos también sufrieron presión por parte de PORVENIR S.A. y dan cuenta de la forma en que fueron abordados para el pretendido traslado.

De otro lado, es de advertir que el hecho de haber suscrito el demandante el formulario de afiliación no tiene relevancia alguna, dado que ese formulario no es más que un documento proforma y no es indicativo de que el actor hubiese sido enterado sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, pues a falta de la información idónea, el afiliado permaneció en la ignorancia a causa de la negligencia de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Acerca de la valoración del formulario de afiliación, válido resulta traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de septiembre de 2017, No. SL19447 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga, donde resaltó: que *"... la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

Tampoco es acertado el alegato de PORVENIR S.A., en cuanto a que el afiliado no ejerció el derecho de retracto, pues basta con señalar que, al evidenciarse la omisión por parte de la AFP respecto del suministro de información veraz y suficiente de las características del régimen, condiciones de acceso, ventajas y desventajas, incluyendo, además, los aspectos

propios del retracto, hace inoperante los alcances de tal figura.

En consecuencia, para esta Sala, no erró la Juzgadora de primera instancia al acatar la línea jurisprudencial a efecto de indicar que la afiliación del demandante al R.A.I.S., no se realizó de manera libre y voluntaria, con la correspondiente asesoría en torno a las implicaciones jurídicas y económicas que conllevaba el cambio de régimen pensional, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia en sentido estricto de la vinculación al R.A.I.S. o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

De otra parte, es necesario indicar que la selección de régimen pensional es un acto emanado de la afiliación, de allí que las circunstancias que rodearon el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del actor, es decir, si existió un consentimiento informado, precedido del deber de información o del buen consejo por parte de la administradora de pensiones, corresponde a la forma en que se declara un hecho, por lo que esa situación fáctica no está sujeta a la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanan de tal condición, por ser un estado jurídico, al igual que el de pensionado, por ello la condición de afiliado, y por ende, el traslado de régimen pensional son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, esto es al derecho a reclamar la pensión de vejez. Sobre este tema ha puntualizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la citada sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. SL 1688:

"Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. ».

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional (CSJ SL8544-2016).

Para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo". (negritas y subrayas de la Sala).

Consecuente con lo anterior, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular las reclamaciones pertinentes en cualquier tiempo al ser imprescriptibles y de contera los derechos que nacen de ello; como el reintegro de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y gastos de administración, conceptos sobre los cuales tampoco opera el fenómeno prescriptivo. Por las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Riohacha el 3 de marzo de 2021.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso y a favor de la demandante (art. 365-1 C. G. del P.).

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, el 3 de marzo de 2021, en el proceso ordinario laboral iniciado por **GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, ante el resultado de los recursos interpuestos. Como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual, (1/2 SMLMV a cargo de cada uno de los apelantes) el cual tendrá en cuenta el *a quo* al momento de elaborar la liquidación concentrada de las costas conforme lo señala el artículo 366 del CGP.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase la actuación al juzgado de origen, para lo pertinente.

Esta decisión se adoptó en sala virtual de la fecha, en atención a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA20- 11567 del 5 de junio de 2020, en el que se dispuso levantar la suspensión de términos judiciales a partir del 1 de julio de 2020, privilegiando el trabajo en casa mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la pandemia generada por el denominado COVID-19, y con apoyo en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ.
Magistrado Ponente.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO.
Magistrada.

CON IMPEDIMENTO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.
Magistrado.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL RIOHACHA
SALA CIVIL – FAMILIA- LABORAL
RIOHACHA – LA GUAJIRA**

Riohacha, quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

Radicación: 440013105002201900003901 Ordinario Laboral. GILBERTO ALCIDES VIECO PERALTA contra COLPENSIONES y PORVERNIR

Para su conocimiento y fines pertinentes, procede el suscrito Magistrado de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de La Guajira, a declararse impedido dentro del asunto de la referencia con fundamento en el numeral 6 del artículo 141 del Código General del Proceso, que dispone: *“Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado”* y el numeral 14 de la misma codificación así:

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

Lo anterior teniendo en cuenta que el suscrito presentó demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de PORVENIR S.A., demandada en esta causa, radicado bajo el número 2018-357, admitida a través de auto fechado tres (3) de octubre de 2018, emitido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga ordenando integrar a COLPENSIONES como Litis consorcio necesario, es decir, existe pleito pendiente entre este servidor y la precitada compañía, y en razón a ello me corresponde declararme impedido para seguir conociendo y decidir acerca del asunto planteado.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7 Ley 527 de 1999, arts, 2 inc. 2, Decreto
Presidencial 806 de 2020 art. 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura de la Guajira.