



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

Riohacha, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTES:	JOSÉ ANTONIO VARGAS RINCÓN
DEMANDADOS:	PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA
TEMA:	INEFICACIA AFILIACIÓN A AFP
RADICACIÓN:	44-001-31-05-001-2020-00032-01

Aprobado mediante **Acta No. 019** del veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES y CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ quien preside en calidad de ponente, profiere sentencia escrita conforme al Decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º, con fundamento en el art. 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el art. 624 del C.G.P., toda vez que los recursos interpuestos deben ser tramitados conforme a las leyes vigentes al momento de su interposición.

Se observa además que se ha surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y el recurso de apelación de la sentencia dictada el veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso de la referencia.

Por disposición de los artículos 279 y 280 del C.G.P., esta sentencia será motivada de manera breve.

1. ANTECEDENTES.

1.1. DEMANDA:

En resumen, son hechos de la demanda los siguientes:

Son hechos de la demanda: JOSÉ ANTONIO VARGAS RINCÓN cuenta con 58 años de edad, y cotizó desde el once (11) de diciembre de 1980 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, en varias

empresas privadas, que al momento de traslado a PORVENIR S.A. no le brindaron información necesaria, veraz, amplia y completa respecto del traslado al RAIS, que el consentimiento del demandante estuvo viciado, que el RAIS administrado por PORVENIR S.A. lo ha perjudicado, que al omitir la información y no brindar asesoría, relata una conversación con la asesora de PORVENIR S.A., que el demandante solicitó ante PORVENIR S.A. la nulidad de la afiliación, que fue respondida negativamente, que solicitó a COLPENSIONES el traslado al Régimen de Prima Medida con Prestación Definida que le fue negado, remata afirmando que la única afiliación válida que ha tenido es la realizada al Régimen de Prima Medida con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

1.2. PRETENSIONES.

Como pretensiones, presentó las siguientes: que la demandada al momento del traslado al RAIS omitieron suministrar al demandante toda la información veraz, ni le ilustraron acerca de las diferentes alternativas con beneficios e inconvenientes, pidió se declare la nulidad del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y que como consecuencia de la nulidad del traslado de la vinculación, tiene que regresar automáticamente al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES.

1.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

1.3.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

Contestó la demanda, se opuso a todo y cada una de las pretensiones por carecer de sustento legal, respecto de los hechos contestó que eran ciertos los hechos primero a cuarto, décimo primero a décimo cuarto solo del primero al décimo, no es cierto el hecho décimo sexto, y los demás no le constan, además señaló que en la afiliación de la demandante se dio por voluntad propia, propuso las excepciones de mérito que denominó INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP COLPENSIONES, COBRO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

1.3.2. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y señaló que la afiliación de la actora a Porvenir fue producto de una decisión libre e informada, dado que se le realizó la respectiva asesoría, se le informo de manera clara precisa y veraz las características del RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, como se aprecia en la solicitud de afiliación No 10638644 así como las implicaciones de su decisión y el estudio individual de su afiliación, no existieron vicios en el consentimiento y que no es posible que se declare ahora la nulidad o la ineficacia de la afiliación, que se cumplió de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 del 93 una afiliación voluntaria propuso las excepciones de fondo que denomino PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y LA GENÉRICA.

2. SENTENCIA APELADA:

El juez de primera instancia hizo estudio de los presupuestos procesales y los encontró reunidos, planteó dos problemas jurídicos, “...establecer si debe declarar la nulidad de la afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A** por vicio en el consentimiento y si...debe ordenarse a **COLPENSIONES** que acepte a la actora como su afiliada recibiendo todos los aportes realizados al RAIS.” Trajo en su apoyo el artículo 1501, 1502, 1741 del código civil; también refirió el concepto de Consentimiento Informado para advenir que al actor “...no se le informó todo lo necesario para tomar una decisión de trasladarse o no, tampoco se analizó sus derechos, y que le ofrecieron para el traslado pensiones que jamás podrían cumplir.”

Trajo en su apoyo las sentencias con radicación No. 31.989 del 9 de septiembre de 2008, radicación N°33.083 del 22 de noviembre de 2011 y radicado 46.292 de 2014, con base en las cuales citó las subreglas de estas sentencias.

Seguidamente paso a examinar el caso concreto, afirmó que quien tenía la carga de la demostración de la información suficiente era la demandada quien “...fue inferior a su carga probatoria, pues no aportó prueba documental ni testimonial que acredite cual fue la asesoría o información que le suministraron a la actora al momento de la afiliación...”. Citó el Estatuto Orgánico y Financiero consagrado en el Decreto 663 de 1993, del cual cito textualmente el literal f) del artículo 72, que fueron desarrollados por la ley 795 de 2003, y concluyó: ... el deber de información a los usuarios de las administradoras tiene por objeto la toma de decisiones informadas, es decir, estar precedidas de una labor de asesoría y educación adecuada, en beneficio de los intereses de aquél y no del fondo.” Citó decisión de esta Corporación Distrito Judicial, Sala Civil Familia Laboral, proferido el 6 de febrero de 2020, radicado No. 2016-00111-01; para finalmente sentenciar : “...considera el Juzgado que **PORVENIR S.A.** no cumplió su deber legal de brindarle al afiliado una información adecuada, suficiente, cierta y comprensible sobre las etapas del proceso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el traslado, menos aún se evidencia un asesoramiento sobre las condiciones en que podría acceder a la mesada pensional en dicho régimen.

La anterior conclusión no se desvirtúa por el hecho de que la asegurada haya firmado el formulario de vinculación en el que se plasma que su voluntad de afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, porque esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña... se declarará la ineficacia del traslado que el demandante hizo de ISS hoy **COLPENSIONES** a **PORVENIR S.A.**, quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida administrado hoy exclusivamente por **COLPENSIONES**, deberá trasladar a éste todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, junto con los rendimientos que se hubieren causado.”

Negó la excepción de prescripción, bajo la siguiente línea argumental: “...hay que agregar, que la jurisprudencia nacional y regional, ha indicado que existen ciertos derechos en materia de seguridad social que no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta su relación inescindible con derechos fundamentales... los derechos que se relacionan directamente con el derecho pensional, tampoco están afectados por el fenómeno de la prescripción...”. Finalmente declara la ineficacia del traslado del demandante, del ISS a la AFP **PORVENIR S.A.**, y ordena “...trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, junto con los rendimientos que se hubieren causado durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha fondo.” Y ordena a “...**COLPENSIONES**, realizar la afiliación del señor **JOSE ANTONIO VARGAS RINCON** al régimen de prima media con prestación definida y

a recibir los aportes que serán trasladados por **PORVENIR**, esto es, no solo el ahorro efectuado, sino también sus rendimientos...”

3. RECURSO DE APELACIÓN

Los únicos apelantes fueron:

3.1. PORVENIR AFP:

“Toda vez que la afiliación del demandante a Porvenir en el año 2004 no adolece ningún vicio y de haber existido esto se encuentra totalmente saneado por la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante salen como la permanencia del régimen y los aportes de mes a mes que realizó en el fondo durante más de 16 años, en ese sentido que estos momentos el demandante pretende un traslado de régimen que ahora se encuentra prohibido por la ley vigente por lo que no existe razón leal para generar traslado acorde decretado en el fallo, ahora bien en este mismo sentido el código civil ha determinado que los vicios de consentimiento son el error la fuerza y el dolo en este caso particular afirma la parte demandante que hubo un error al afiliado sin embargo el régimen de prima media y el régimen de con solidaridad no son iguales los requisitos para acceder a la pretensión de la pensión es diferente a los factores para evitar también varían y son diferencias que están establecidas por la misma ley de manera que no se puede equiparar de manera que en determinar que uno que otro pues cada uno con sus beneficios y desventajas y en esta manera consisten en el sistema general de seguridad social de esa misma manera como hay un acto de confusión consideramos que estamos frente a manera subjetiva sobre lo que el régimen de solidaridad y no frente a una indebida o falta de la demanda. En el momento de su traslado las características de cada uno de los régimen fueron expuestas al demandante por parte de porvenir y en ese sentido no se indujo al demandante en error sino al contrario se le aclaro le despejo la identificación de verdades de cada régimen e incluso posteriormente ya que tiene su vínculo activo con porvenir estuvo siempre mi representada dispuesta a aclararle o informarle sobre cualquier tipo de inquietud que tuviese, por lo cual se reiteran que la aseguración de falta la información deprecada por el demandante no es conducente para todas las gestiones requeridos en este sentido el código civil colombiano adopto el principio general del derecho romano según derecho no sirve de excusas el artículo 9 del código civil y el articulo 1509 una de las normas objeto y dispone los vicios del consentimiento y significa que el error de derecho no va a durar a licitación judicial de la nulidad del uso jurídico y que por tanto la parte no cometió a su virtual consecuencia de subrogación. En lo que respecta a los rendimientos y cuotas de administración es preciso indicar que la entidad de fondo de pensiones y cesantías son entidades especializadas legalmente para realizar la administración de ahorros de los trabajadore y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece dicho esto la rentabilidad general de la cuenta ahorro individual al afiliado se debe a la buena ejecución y función de la administración en cabeza de la aseguradora de fondos de pensiones es decir gracias a la gestión de la administradora de aportes individual que no hubiese sido posible si el afiliado estuviese cotizando en el tiempo indefinida en este punto es mayor resaltar que la superintendencia financiera de Colombia en concepto por radicación numero 20191522169 – 003000 del 2000 indico en forma expresa que los eventos en efecto de nulidad e ineficacia del traslado la única suma esternal son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro del afiliado sin que proceda en consideración que la firma aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza ni tampoco y es que ordenar el traslado de Colcajas a Colpensiones se configura un derecho de esta demandada en la medida que no existe norma que le

impongan tal por la clara artículo 113 numeral b de la ley 793 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen lo que evidencia que no está destinado a financiar la prestación de la afiliada y por ende no pertenecen al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual debido a que ahí establece los rendimientos que pertenece al fonde de reparto con los afiliados de hoy y gracias a las pensiones actuales y las diferencias en los aportes de la nación en el caso particular del actor si se hubiese afiliado a Colpensiones los aportes no tendrían rendimientos razones por las cuales inclusive en ese mismo sentido de la administración a no corresponder a la hora que pertenecen los afiliados de los regímenes pensionales en cuanto no afiliarse a la de vejez no puede predicar supertibilidad esto está sujeto al fenómeno del código sustantivo del trabajo del código procesal de trabajo y siguientes en lo que atañe a la cuestiones en costas claro que porvenir cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella con la disposición normativa y jurisprudencial. Además, porvenir ha actuado en todo momento de buena fe y acorde al derecho con lo que consideramos que no hay lugar a una condena en costas en este proceso teniendo en cuenta lo anteriormente al juzgado se le solicita que se conceda el recurso de apelación en el tribunal en sala laboral y que revoque la decisión de todas y cada una de las pretensiones de la presente demanda”.

3.2. COLPENSIONES:

“Teniendo en cuenta lo establecido en la ley 797 de 2003 artículo 2 literal E los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el sistema de pensión cualquiera una vez respecto esto solo podrá trasladarse de régimen una vez (no se entendió min. 49:19) caso que no se cumple en el proceso de la referencia así mismo reiteramos que Colpensiones no tiene autoridad para impedirle a sus afiliados el ejercicio de sus derechos fundamentales de escoger el régimen de pensiones que prefieran al cual se presume que puede realizar un estudio minucioso que realizo el demandante al solicitar el traslado por eso solicito al Tribunal Sala Civil Familia Laboral del distrito de Riohacha que esta apelación de segunda instancia sea modificado o que absuelvan a mi representada del fallo del cual fue condenada en primera instancia”.

4. ALEGACIONES EN ESTA INSTANCIA:

4.1. PORVENIR AFP

Realiza un recuento de la actuación procesal, y seguidamente expone las razones de su defensa, así:

Hace referencia al numeral primero del artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, que no se alegó y menos se probó los eventos previstas en el artículo 1741 del código civil, para declarar la nulidad absoluta, o siquiera a relativa del acto jurídico del traslado, refirió el artículo 1508 del código civil que regula los principales vicios del consentimiento en concordancia con el artículo 1513, 1515, 1517 y 1524, del código civil y el artículo 961 del Código de Comercio, además señala el artículo 271 de la ley 100 de 1993 para enfatizar que si se llegaba a demostrar alguna un acto atentatorio contra los derechos de elección del afiliado daría lugar a una multa administrativa, también cita el artículo 899 del código de comercio, que ninguno de los presupuestos legales que se alegaron no resultaron demostrados en el proceso y señala la obligación de mantener la carga de la prueba que, cito los artículos 243, 244 246, 272 del CGP y para sostener que el formulario de afiliación, no se le puede restar valor y menos desconocerlo, el parágrafo del artículo 54 A CGP, artículo 114 de la ley 100 de 1993 y que de presentarse alguna irregularidad frente a la

suscripción del formulario de afiliación estaría saneada conforme lo indica el artículo 1742 y 1743 del Código Civil, esto es la ratificación tácita, que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho de retracto, que a la demandante cuando realizó el cambio a porvenir se le informó o se le brindó una información oportuna y completa.

Traen su apoyo sentencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia 47236 del 06/04/2016 respecto a “la verificación de la voluntad del afiliado”. Que no es posible imponer cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento de la afiliación pues de lo contrario constituirían una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo. Además, se apoya en el artículo 60 del código del procedimiento del trabajo y la seguridad social, cita la sentencia 345 de 2017 además, del artículo 113 d literal b de la ley 100 de 1990, y la sentencia de la sala civil de casación SC 3201 de 2018. Repaso el instituto jurídico de la ineficacia, que no se puede confundir con la nulidad. Recordó la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, para argumentar que no se debe ordenar la devolución de las sumas diferente a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993. Citó el concepto de la SÚPER FINANCIERA radicado No. 20191522169-003-000 del 17/01/2020, estableció que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Previsional, que los gastos de administración, ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados descarta su imprescriptibilidad, característica de que sigo sea el derecho pensional luego si están sujetos al fenómeno previsto en el artículo 488 CST y 151 CPT Y SS. Citó la sentencia C-1024 DE 2004 y en extenso el salvamento de voto, de la sentencia de tutela la CSJ Rad. 5912 de 13 de mayo de 2022.

4.2. La parte demandante

Guardó silencio.

4.3. Colpensiones:

Guardó silencio.

5. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación interpuestos contra el fallo de primer grado por la parte demandada PORVERNIR S.A. y COLPENSIONES, ante lo cual, se colige que el interés jurídico de la consulta para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integridad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia (art. 66A C.P.T. y S.S.)

Los presupuestos procesales están satisfechos, así: demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del funcionario y está acreditada la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, sin que se halle vulnerado el art. 29 de la Carta Política, aunado al hecho que no se advierte irregularidad procesal que pueda invalidar la actuación surtida.

5.1. FUNDAMENTOS NORMATIVOS y JURISPRUDENCIALES:

Artículos 13 del C.S.T., artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993.

UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.5462, sentencia del 10 de diciembre de 2019 MP Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA)

SOBRE LA MANIFESTACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, MP Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA)

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL1501-2022, sentencia veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022), radicación 90780, MP Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

“Precisamente sobre este tema de la observancia de la buena fe en los contratos, en contraposición a la postura desleal, el maestro ROBERT POTHIER, siempre con maestría impar, sustentaba, hace siglos, que “en el foro íntimo, debe verse como contrario a esa buena fe todo aquello que se separa, por poco que sea, de la más exacta y más escrupulosa sinceridad; el simple disimular respecto a algo referente a la cosa objeto del negocio, y que la parte con quien contrato tenga interés en conocer, es contraria a esa buena fe, puesto que, si recomendamos amar al prójimo como a nosotros mismos, no podemos ocultarle nada que no queremos que nos sea ocultado, estando en su lugar.” 66

5.2. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:

En el presente asunto no está en discusión la vinculación de la demandante a las AFP demandadas, ni su afiliación inicial al sistema de prima media con prestación definida al ISS.

Igualmente, debe recordarse que el debate que plantean los recursos de apelación tiene que ver con la nulidad de la afiliación a los fondos privados de pensiones.

De esta forma, al repasar las normas que regulan la materia, tempranamente observamos que en el caso confutado, existen normas de derecho público como lo son la carta política artículo 48 y 53 referente a la irrenunciabilidad a la seguridad social y a su garantía, como también a su pago oportuno y reajuste periódico, el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 14, 20 que regulan el carácter de orden público e irrenunciables de las normas laborales y la interpretación favorable al trabajador artículo 20 y 21, artículo 43 que regula las cláusulas ineficaces en materia laboral, bien porque desmejores las condiciones del trabajador, ora porque sean ilícitas o ilegales.

Además, el Código Civil distingue entre normas de derecho privado que pueden ser renunciadas como lo manda el artículo 15 y normas en “...las que estén interesadas el orden y las buenas costumbres...” que en interpretación de los autores de derecho privado, se refiere a normas de derecho público de las cuales no pueden disponer las partes. Existe la regulación del código civil respecto a la nulidad de los contratos o de las convenciones, especialmente el artículo 1502, en particular, el objeto y causa ilícita artículo 1519 y siguientes, artículos 1525 y 1526 de la misma obra, que regula el principio según el cual “lo ilícito no genera ni acción ni excepción”, esto es, la causa ilícita.

La doctrina nacional distingue entre nulidad e ineficacia así:

El profesor ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ en su obra de LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO VOLUMEN 1 SEGUNDA EDICIÓN 1998 EDITORIAL UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA expreso a página 91 “... ciertos comportamientos o ciertas circunstancias en que las personas creen haber dado vida un negocio jurídico pero en las cuales el derecho no reconoce al acto esa entidad...y al que hemos llamado inexistencia del negocio; en el que “una operación de hecho más no de derecho”, según la afortunada expresión de la doctrina francesa que reproduce el doctor VALENCIA ZEA.

En la inexistencia del negocio no nace a la vida jurídica, no hay negocio; no se estructura, no alcanza a perfeccionarse; no se constituye... Por eso en la inexistencia suele suceder que las partes aparentemente, han celebrado un negocio pero, en realidad, desde el punto de vista del derecho no lo han hecho. El derecho, no les reconoce su acto como negocio jurídico.

(...)

El código de comercio...el fenómeno de la inexistencia del negocio jurídico aparece expresamente consagrado en el artículo 898 inciso segundo...

(...)

Presupuesto de existencia

¿Cuándo predicamos la inexistencia del negocio jurídico? cuando faltan los presupuestos previstos en la ley para ello; estos presupuestos son previsiones que deben concurrir en el momento de la celebración del acto, si los cuales el legislador ha determinado que habrá inexistencia del negocio. Se trata de requisitos, unas veces puramente formales (exigidos a la forma), otros previstos para el contenido o para el sujeto mismo...en la doctrina con la afirmación según la cual negocio jurídico inexistente es aquel al cual le falta los requisitos del artículo 1502 del código civil está...norma habla de la capacidad, del consentimiento, del objeto y causa lícitos. Al rompe, el texto de la disposición pareciera indicar que, en verdad, la falta de tales requisitos generase inexistencia, pues establecer que debe reunirse para que el acto “obligue” a una persona frente a otro. Sin embargo, si vamos a examinar las consecuencias que el legislador previó para la falta de los factores allí reseñados nos encontramos con que no es la inexistencia la especie de ineficacia que se produce si no la nulidad. En efecto si falta la capacidad o el consentimiento libre de vicios o el objeto lícito la causa lícita el negocio será nulo, indiscutiblemente, pues el legislador mismo lo estableció de manera muy clara en norma posterior (art. 1741, ib.) específicamente destinada al punto. De modo que el artículo 1502 del código civil no enlista elementos esenciales (cuya falta quería inexistencia) sino como adelante volveremos a ver presupuestos de validez.

También presenta el profesor citado, las características del negocio ineficaz y su comparación con las nulidades absolutas, así:

“4.2.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL NEGOCIO INEXISTENTE

Primera: *No admite otro juicio de eficacia más allá del de inexistencia. Como no existe negocio no puede, lógicamente, ser anulado, ni resuelto, no terminado.*

Segunda: *No es necesaria la declaración judicial para determinar la inexistencia de un negocio jurídico. Dados los hechos hipotetizados para el fenómeno, el negocio es inexistente de suyo. Sin embargo, si se pide y se dan los supuestos de la figura, el juez puede declararla, sin que ello determine un ápice de alteración en la situación jurídica de que se trate. No es la declaración del juez lo que determina la inexistencia, pues ésta era ya una falla del negocio antes de llevar el asunto a sus estrados. En caso de precisarse la intervención judicial será, no para que declare la inexistencia de un negocio que no ha nacido a la vida jurídica, sino para que determine lo necesario en torno a prestaciones mutuas, de tal suerte que se impida un probable enriquecimiento ilícito.*

(...)

Tercera: *El negocio carece de todo efecto vinculante. No se puede ejecutar. Si ante un juez se lleva, para cobro coercitivo, un contrato en que se advierta inexistencia jurídica (falta de los elementos esenciales del contenido o falta de formalidades constitutivas, vr. gr.) no es posible librar mandamiento de pago. La pretendida obligación carece de fuente y, por tanto, no se dan los supuestos del art. 488 del C. de P.C.*

Cuarta: *El negocio inexistente no puede ratificarse ni convalidarse. Cuando el art. 898 del C. de Co. habla de la ratificación del negocio inexistente consagra una necesidad legislativa que no va más allá de ella misma, puesto que la misma norma, a reglón seguido, pontifica que el negocio tendrá efectos a partir de la fecha de la “ratificación”; en otras palabras, apenas ahí nace el negocio; de manera que eso no es ratificación sino celebración.*

(...)

Quinta: *Tampoco puede sanearse la inexistencia por prescripción, pues pasare el tiempo que pasare, el vicio aún allí permanecería. En veinte años o en cualquier época, el elemento esencial ausente seguirá faltando, la formalidad constitutiva no va aparecer como por arte de magia, etc.*

4.2.1.3 DIFERENCIAS ENTRE INEXISTENCIA Y NULIDAD ABSOLUTA

(...)

Primera: *La nulidad necesita de la declaración judicial para que cesen los efectos del negocio. El negocio nulo produce efectos hasta que el juez declare la nulidad. En cambio, la inexistencia se da sin que medie la declaración judicial. El negocio inexistente carece, de suyo, de efectos. Es la ineficacia de pleno derecho de que habla el art. 897 del C. de Co. que, como vimos, responde precisamente a las características de la inexistencia.*

Segunda: *La nulidad, es una sanción, exige siempre texto legal que la consagre. La inexistencia no siempre: así, si se trata de falta de elementos esenciales, el negocio será inexistente sin que una norma tenga que decirlo expresamente.*

(...)

Tercera: *El negocio nulo admite convalidación, salvo que se trate de objeto o causa ilícitos...*

Cuarta: *La nulidad puede sanearse por prescripción. La inexistencia jamás. Si falta un elemento esencial o una formalidad constitutiva al negocio, el defecto no se subsana pasare el tiempo que pasare.*

(...)

Como puede verse, ontológicamente inexistencia y nulidad son dos problemas diferentes...”

La cita anterior, aunque larga, permite aclarar el tema que aquí nos entretiene.

Empecemos por responder los cuestionamientos de los apelantes.

6. RESPUESTA A PROBLEMAS JURIDICOS

6.1. ¿Se debe declarar la ineficacia por inexistencia del traslado que el señor JOSÉ ANTONIO VARGAS RINCÓN, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.?

Empecemos por decir, que nulidad de un negocio jurídico, en cualquiera de sus dos especies, nulidad absoluta y nulidad relativa, son institutos jurídicos totalmente diferentes a la ineficacia por inexistencia, según la exposición del Dr. ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ.

Nos corresponde señalar que la ineficacia por inexistencia de la afiliación del trabajador a un fondo privado de pensiones, lo es por las siguientes razones:

Aunque en el marco conceptual de esta sentencia se funda en el artículo 43 del C.S.T., esta norma debe integrarse con las normas constitucionales y las del código civil aplicables a estos casos, como se dijo ut supra, se reitera, por violación de normas de derecho público, que permiten concluir que ese negocio jurídico (afiliación del demandante a PORVENIR S.A.) jamás ha existido, no nació a la vida jurídica, no es anulable, no es ejecutable, no produjo efectos.

6.2. ¿Se configuró algún vicio del consentimiento en el traslado del demandante a FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.?

Cita esta Corporación su precedente en materia similar, sentencia con radicación 44-650-31-05-001-2018-00036-01, que se sustentó con estos argumentos:

“(…)

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha sostenido una línea jurisprudencial sólida, entre otras la que se citó en el argumento normativo y jurisprudencial, según la cual, así el demandante hubiere demandado la nulidad, esta deberá adecuarse a la ineficacia, veamos la sentencia CSJ SL12136-2014:

“...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.”

[...]

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

[...]

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Así, es preciso decir que, a pesar de que la jurisprudencia se refiere a la ineficacia y no a la nulidad, para el caso que nos ocupa surge la necesidad de adecuarlo conforme a los efectos de aquella; en virtud de que las AFP, no aportaron la prueba que la jurisprudencia exige para estos casos, de brindar una información clara y suficiente de los efectos que ocasiona el cambio o traslado de régimen a la parte interesada, según lo cual, ocasiona la declaración de ineficacia por inexistencia respecto de dicho tránsito de régimen.

En la sentencia **SL1501-2022**, del veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022), radicación **90780**, MP Dr. **LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**, dejó expresado:

*Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que **el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia...***

“(…)

***El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--**, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, **según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993**, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.*

*Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, **en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.***

*Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que **el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia...***

“(…)

De otra parte, importa resaltar que una interpretación integral de esa normativa...en el contexto propio de la Ley 100 de 1993, pero, además, teniendo en cuenta los principios constitucionales y legales que gobiernan el derecho laboral y la seguridad social, es la que ha llevado a la construcción de la línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, que resulta ser ya pacífica, en particular cuando se alega por el afiliado la ausencia de información o la deficiente entrega de la misma por parte de la AFP, quien tiene la carga de demostrar el cumplimiento de ese deber, tal como se ha explicado.

“(…)

La Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019, entre otras, determinó en qué casos existe ineficacia en la afiliación, precisando que tal figura opera cuando quiera que:

i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

(...)

Además, parafraseando a la Corte Suprema de Justicia, el simple diligenciamiento del formulario, con la firma del demandante, no prueba que se le brindó información clara y suficiente, así, a pesar que los el formulario de afiliación a AF PORVENIR S.A. son documentos que reúnen las características que refiere el recurrente, en últimas, la demandada no ejercitó sus cargas procesales, esto es, tenía la carga de la prueba, para demostrar que si procuró otorgar la información requerida para el cambio de régimen pensional. Pero finalmente se reitera, que la ineficacia por inexistencia jamás se puede sanear como lo pregona el apelante al abrigo del Artículo 1741 del C.C.

6.3. ¿Los descuentos de comisiones para gastos de administración se deben devolver al demandante?

En este caso, se debe señalar que en principio le asiste razón en cuanto a la existencia de las normas citadas; el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993 y el concepto de la SÚPER FINANCIERA radicado No. 20191522169-003-000 del 17/01/2020. Empero, el tema no debe verse únicamente sometido a una interpretación exegética, sino que además debe existir una interpretación sistemática e integración con los principios de la legislación del trabajo y la seguridad social con la carta política, en la cual se integren los diferentes institutos jurídicos, tanto del derecho civil, laboral y desde luego, constitucional, según la línea jurisprudencial que sirve de soporte a ésta sentencia.

Adicionalmente, desde el punto de vista de la estructura del sistema de pensiones en Colombia, los dineros que se devuelven al trabajador por la declaración de la ineficacia, no se entregarán al demandante sino a Colpensiones, sin que cuente el monto de esa devolución para incrementar la pensión por el régimen de prima media con prestación definida.

En complemento de lo anterior, sí se declara que un contrato laboral es ineficaz, lo es porque según el artículo 43 del CST se con figura cualquiera de las siguientes hipótesis legales “...*que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto...*”, así, los efectos de tal declaración es volver las cosas a su estado inicial como si ellas nunca hubieran existido, Y por ello, la causa que justificaba el cobro de las comisiones desaparece desde cuándo se hizo la afiliación o el traslado del de régimen, porque integrando la norma civil, artículo 1524 al derecho laboral, señala que no hay obligación sin causa y al desaparecer la causa de ese cobro, no queda otro camino que devolver al trabajador todos los valores que allí se incluían.

Por esta arista se confirma la sentencia apelada.

6.4. ¿Es procedente la condena por costas procesales?

No es el momento oportuno para cuestionar el monto de costas fijado en la primera instancia, basta para ello, examinar el artículo 366 del C.G.P. que enseña:

“5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.”

6.5. REPAROS DE COLPENSIONES

El demandante está regido por las normas que regulan el retorno al sistema de prima media con prestación definida.

Colpensiones se duele de la situación del demandante, que estaba regida por la en la ley 797 de 2003 artículo 2 literal E, empero, frente a este punto la Corte Suprema ha precisado:

“(…)

Por lo demás, es un desajustado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado inicial efectuado a la AFP Colmena (hoy Protección S.A.) en el año 1995, y posteriormente a: i) Colfondos S.A. en el año 1999; ii) Old Mutual S.A. en 2002; y iii) Protección S.A. en el año 2004.

(…)”

Es decir, en nuestro caso la orden que se da a COLPENSIONES de recibir a la demandante no luce arbitraria, sino conforme a la sólida doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, sin consideración a los plazos legales de traslado, como lo expuso la sentencia citada, circunstancia que no protege sus derechos fundamentales.

7. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En el estudio del grado jurisdiccional de consulta, queda agotado con el estudio precedente.

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

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira en el proceso ORDINARIO LABORAL que promovió JOSÉ ANTONIO VARGAS RINCÓN, contra AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Como agencias en derecho se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cada uno, que se deben tener en cuenta en la primera instancia al momento de elaborar la liquidación concentrada de las costas, conforme al artículo 365 y

366 del C.G.P. y el Acuerdo No. No. PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

Firmado Por:

Carlos Villamizar Suárez
Magistrado
Sala 002 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Henry De Jesus Calderon Raudales
Magistrado
Sala Despacho 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Paulina Leonor Cabello Campo
Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **eeb5b91ce8b1e700016662093881ac08c9c73bd77a01c50e0f399bb0853d83f5**

Documento generado en 24/03/2023 03:30:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>