



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

Riohacha, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

**Magistrado Ponente:** Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

<b>ACCIÓN:</b>	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
<b>PROVIDENCIA</b>	SENTENCIA
<b>DEMANDANTES:</b>	ANACREONTE GONZALO LUBO VERGARA
<b>DEMANDADOS:</b>	ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA
<b>TEMA:</b>	INEFICACIA AFILIACIÓN A AFP
<b>RADICACIÓN:</b>	44-001-31-05-002-2019-00228-01

Aprobado mediante **Acta No. 068** de trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

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 veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Segundo 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.

## **2. ANTECEDENTES.**

En resumen, son hechos de la demanda los siguientes:

Son hechos de la demanda:

El señor ANACREONTE LUBO VERGARA demandó a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, afirmó que nació el 11 de noviembre de 1950, que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde siete (7) de diciembre de 1972, hasta el 30 de agosto de 1996. A partir del dieciocho (18) de agosto de 1997, se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. con 22 años, que ese cambio de régimen pensional se dio sin una manifestación libre y voluntaria porque desconocía sobre la forma en cómo incidiría esa decisión sobre sus derechos.

PORVENIR S.A. no divulgó información sobre los alcances negativos y positivos del cambio de régimen, sin distinguir o asesorar sobre esa decisión, que se limitaron a promocionar su producto, ni documentó de manera clara y suficiente los efectos del cambio, sin realizar cálculo sobre el monto de la pensión en los dos regímenes para determinar implicaciones y conveniencias, afirmó que visitó a PORVENIR no cumplió con los estándares mínimos de transparencia, solicitó simulacro de su monto pensional, sin que a la fecha le asista derecho a la pensión, porque no ha llegado ni al monto ni a la edad para su estudio.

### **3. PRETENSIONES.**

Como pretensiones, presentó las siguientes: Pidió se declare la ineficacia de la afiliación a la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. por ausencia de manifestación libre y voluntaria el demandante, que se le permita trasladarse de la AFP PORVENIR S.A. en el régimen de ahorro individual para retornar a COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, que se ordene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado al régimen de pensiones en prima media con prestación definida.

### **4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

**4.1. 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 afirmando que son ciertos según los documentos aportados del hecho primero al séptimo y respecto al noveno, décimo y décimo primero, afirmó que no le constan, propuso las excepciones de mérito que denomino CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, DECLARACIÓN DE OTRAS EXCEPCIONES, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

**4.3. 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 afirmó que los hechos primero al cuarto no le constan, y del hecho quinto al décimo primero manifestó que no son ciertos, propuso las excepciones de fondo que denomino PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y LA GENÉRICA.

### **5. SENTENCIA APELADA:**

La juez de primera instancia hizo estudio de los presupuestos procesales y los encontró reunidos, planteó dos problemas jurídicos, "...determinar si es viable declarar la ineficacia de la afiliación del señor ANACREONTE LUBO VERGARA, a PORVENIR S.A. , y ello por

*vicio de consentimiento con fundamento en alguno de los aspectos consagrados en nuestra legislación colombiana y como consecuencia se ordene a COLPENSIONES, lo tenga como afiliado recibiendo la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, bono pensional, rendimiento y demás sumas de dinero, no sin antes ordenar el traslado a COLPENSIONES, de la sumas indicadas.*

Seguidamente procedió a realizar un estudio de la ineficacia del traslado, hecho mano al concepto de nulidad del contrato por vicio del consentimiento, cito los artículos 1502, 1508, 1511, 1513, 1515, 1740 del Código Civil artículo 899 del C. de Cio, sentencia de la Sala Civil SC 19730 de 2017, sentencia de la Sala Civil 11001 de 2012, sentencia de la Sala Laboral 373, radicado 84475 de 2021, sentencia de la Sala Laboral 1452, de 2019.

Procedió a analizar la prueba documental, folio 73 anverso y reverso, contenido del formulario de afiliación, el interrogatorio de parte de ANACREONTE GONZALO LUBO VERGARA, la testigo LAUDYS PEÑARANDA FRÍAS quien detalló la forma como se hizo el traslado de ella y el demandante.

Concluyó que *“...se corrobora que el señor LUBO se encontraba afiliado al ISS donde se trasladó a PORVENIR, donde se encuentra a la fecha. También está probado que los asesores de PORVENIR, al momento de afiliar al señor LUBO, no cumplieron con los parámetros exigidos como lo afirma el señor LUBO y la testigo...como es el hecho de no explicarle los aspectos positivos y negativos que le pudiera traer el hecho de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, entre ellos, su futuro pensional, no recibió asesoría completa en un lenguaje simple, comprensible como lo exige la jurisprudencia, considerándose entonces que el señor LUBO no entendió a plenitud y claridad las reglas, consecuencias y riesgos que podía correr al realizar el traslado al RAIS... la decisión para escoger trasladarse de régimen pensional, debe ser libre y voluntaria, debidamente informada, pues de lo contrario, se aplica 272 de la Ley 100 de 1993, que dispone la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando se menoscaba la libertad, voluntad o dignidad... esa manifestación del SEÑOR LUBO debía estar ausente de errores...originada por el desconocimiento de las cosas por falta de información, de destreza o experiencia...tampoco debió existir dolo y mala fe, aspectos presentes en este asunto... la decisión adoptada por el señor LUBO, se encuentra revestida de error cuando estaba convencido que el traslado había sido la mejor opción y hoy no le aseguran una mesada pensional digna...omitieron la transparencia exigida en estos casos, silenciaron aspectos importantes, solo enterado de lo bueno del RAIS, con una nula información sobre las inconveniencias, ni la verdadera realidad que le ocasionaría en el futuro estar en el fondo privado, se encontraba viviendo una situación artificial fundada en engaños producto de las habilidades y destrezas en el ofrecimiento y posterior convencimiento del servicio, no realizaron una buena asesoría y menos la doble asesoría como tampoco un buen consejo... los fondos privados como son PORVENIR...le correspondía demostrar la asesoría y buen consejo que implica el análisis previo, calificado y holístico de los antecedente del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales...probar que al momento del traslado del régimen al señor LUBO, recibió la información correspondiente en forma transparente, veraz y suficiente...”*

Seguidamente analiza la carga de la prueba y concluye que la demanda no logró demostrar *“...que el hoy demandante tuvo esa completa asesoría, solo...puede desvirtuar probando que efectivamente sí cumplió con ese deber...”*

No dio acogida a la excepción de prescripción *“... pues va en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales los cuales gozan del carácter de imprescriptible...”*

Sostuvo como tesis que “...es fácil concluir...cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se encontraban de no haber existido el acto de traslado, esto es vuelta al estado de antes, precisamente porque el acto jurídico del traslado nunca nació, los vicios del consentimiento aludidos como error y dolo, lo impidieron, aspectos que hacen procedente declarar la ineficacia del traslado que el señor ANACREONTE LUBO VERGARA, hizo del régimen de prima media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se considera que el acto jurídico realizado, es nulo, motivo suficiente para que el...actor regrese en forma automática al primero de los regímenes aludidos, debiendo la demandada PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante prenombrado, junto con los rendimientos que se hubiere causado...”

## **6. RECURSO DE APELACIÓN**

### **6.1. COLPENSIONES:**

“Teniendo en cuenta lo establecido en la norma la ley 793 en la cual estipula el tiempo en el cual se debería haber solicitado el traslado el señor demandante este excede el tiempo ya que el señor demandante está a menos de 10 años para recibir la pensión y está incumpliendo lo establecido en la norma, así mismo solicito que le sea modificado las condenas en costas, teniendo en cuenta que no depende de nuestra entidad el traslado o no traslado de este, al régimen de primera media ya que el mismo depende de PORVENIR, que es quien tiene al mando la administración de los fondo de pensión del señor demandante, de lo anterior solicito que sea aceptado mi recurso de apelación y así mismo el tribunal de sala civil, familia, laboral sea reformado el mismo de las pretensiones de la demanda”

### **6.2. PORVENIR S.A.:**

“En esta oportunidad me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión adoptada para que el Tribunal Superior de Ríohacha Sala Laboral revoque la decisión y absuelva a mi representada toda vez que la afiliación de la actora a la AFP porvenir hecha en 1997 adolece de ningún vicio y de haber existido se encuentra totalmente saneado por el paso del tiempo y por la refrendación de los actos jurídicos realizados por la demandante, en este sentido resulta inverosímil que casi 24 años después de haberse trasladado la actora pretenda un traslado de régimen prohibido en la legislación vigente por lo que no existe razón legal para ordenar el traslado de los aportes deprecados.

El Código Civil ha determinado que los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo, en este caso en particular afirma la parte demandante se ha incurrido en error por parte del afiliado sin embargo vale la pena resaltar que el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual no son iguales, los requisitos para acceder a la prestación y la pensión son diferentes, para el cálculo de tarifa también varían, diferenciaciones que están establecidas por la misma ley (no se escucha) ... que uno es más ventajoso que otro, cada cual tiene sus beneficios y por tal razón coexisten en el sistema general de seguridad social.

Frente a los rendimientos y cuotas de administración es preciso indicar que en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuotas de administración no debe perderse de vista que las administradoras de fondos y cesantías son entidades especializadas y autorizadas para ejercer la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y los beneficios que la ley establece,

*dicho lo anterior la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a buena ejecución de la función del administradora, en cabeza de la AFP, es decir, gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual se ve incrementada en un determinado porcentaje que no hubiese sido posible si la afiliada hubiese cotizado en el régimen de prima media con prestación definida.*

*Con respecto a la condena en costas es claro que PORVENIR cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella y jamás existió omisión en la información como tampoco indebida asesoría, siendo la parte actora una persona capaz que legalmente se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP para ver si le convenía o no la decisión de trasladarse de fondo, por lo que se supone que PORVENIR ha actuado de buena fe y acordé al derecho por lo que no hay lugar a una condena en costas, solicito que se condene el recurso de apelación”*

## **7.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA**

A través de proveído adiado el veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós (2022), se admitió el Grado Jurisdiccional de Consulta y en el efecto suspensivo los recursos de apelación formulados por COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., contra la providencia el veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha – La Guajira. Asimismo, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión ante esta instancia, tanto PORVENIR S.A. como la parte demandante presentaron los alegatos de conclusión.

## **7.2. PORVENIR S.A.**

Hace referencia al numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante pues no se alegó y menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil refiere con base en el artículo 1508, cuáles son los principales vicios del consentimiento en concordancia con el artículo 1513, 1515, 1517 y 1524, 1602, 1746, 1747, 961 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 C.G.P. para sostener que el formulario de afiliación, no se le puede restar valor y menos desconocerlo, el parágrafo del artículo 54 A C.G.P., 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, además citó 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 Provisional (sic)... 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 C.S.T. y 151 C.P.T. Y S.S. Citó la sentencia C-1024 de 2004 y en extenso el salvamento de voto, de la sentencia de tutela la C.S.J. Rad. 5912 de 13 de mayo de 2022.

**7.3. LA PARTE DEMANDANTE** pide que se confirmen todas y cada una de sus partes la sentencia apelada, y reproduce los argumentos vertidos en sus alegatos en la instancia así:

Manifestó que se probaron uno a uno los hechos de la demanda. Que las demandadas no presentaron prueba que los desvirtuaron.

Que las pretensiones de la demanda tienen un amplio soporte jurisprudencial, y su lectura desarma las alegaciones de los fondos. Cito las sentencias SL-12136 2014, SL-19447 2017, SL-373 2021, SL 1917, sentencia de 10 de mayo de 2021, radicación 87820.

#### **7.4. COLPENSIONES**

No presentó alegatos en esta instancia.

### **8. 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.

#### **FALTA DE CONSONANCIA EN EL RECURSO DE APELACIÓN:**

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral precisó el principio de consonancia, en la sentencia donde la doctora Claudia Cecilia Dueñas Quevedo actuó como Magistrada Ponente SL 2808-2018, del cuatro (4) de julio de dos mil dieciocho (2018).

*“Principio de Consonancia:*

*Consagrado en el artículo 66A del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, dispone: «la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación».*

*Lo anterior, implica una restricción o limitación a la competencia funcional del juez de segundo grado, pues le impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias o autos proferidos por el a quo. Es decir, el Colegiado de instancia no tiene competencia para examinar libremente todos los aspectos de la relación jurídico - laboral sino solo aquellos que sean controvertidos concretamente en el recurso vertical.*

*Sin lugar a dudas, cuando el legislador limitó la competencia de los jueces de segunda instancia, a la materia objeto del recurso de apelación, lo que pretendió fue focalizar la actividad jurisdiccional, obligando a los recurrentes a concretar con exactitud cuáles son los motivos de disenso contra la decisión del juez de primer grado, lo cual resulta coherente con el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido por la Ley 712 de 2001.*

*Recuérdese que la Corte actualmente adopta una interpretación estricta de dicho principio, en el sentido de que el ad quem está atado a los precisos términos que el recurrente proponga en la apelación, lo cual le impide decidir sobre otros, que sean accesorios a la condena o inherentes a ella, pero que no hayan sido explícitamente reclamados ni sustentados en el recurso, salvo que se trate de derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017).*

*Lo dicho, en tanto la Corte Constitucional mediante sentencia C-968 de 2003, condicionó la aplicación de la figura de la consonancia en materia laboral, contenida en el artículo 35 de la Ley 712 de 2002, bajo el entendido de que «las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador». Subrayado fuera de texto.*

*(...)*”

Al examinar los reparos concretos que hizo la apoderada apelante en la primera instancia al momento de interponer el recurso de apelación de PORVENIR S.A. en la audiencia de juzgamiento, sin mayor esfuerzo se llega a la conclusión que se agregan puntos novedosos en la presente instancia que no se esgrimieron al instante de la interposición del recurso en la primera instancia, específicamente lo relacionado con la devolución de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales. Así, si en la primera instancia no se formularon esos reparos, el juez de segunda instancia no adquiere competencia para resolverlos y considerarlos.

## **8.1. 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, M.P. 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, M.P. 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 M.P. 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, M.P. 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, M.P. 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*

## **8.2. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:**

En el presente asunto no está en discusión la vinculación de la demandante a las AFP demandadas, ni su afiliación al sistema de prima media con prestación definida a PORVENIR S.A., que el demandante era beneficiario el régimen de transición porque cumplía los requisitos que se establecieron al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993.

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.

## **9. PROBLEMAS JURIDICOS**

Corresponde dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- ¿Se debe declarar la ineficacia del traslado que el señor ANACREONTE GONZALO LUBO VERGARA, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.?

- ¿Se configuró algún vicio del consentimiento en el traslado del demandante a FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.?
- ¿La demandante tuvo los tiempos pertinentes para haber regresado al régimen de prima media al cual pertenecía?
- ¿Es procedente la condena por costas procesales?

## 10. RESPUESTA A PROBLEMAS JURIDICOS

### 10.1. ¿Se debe declarar la ineficacia del traslado que el señor ANACREONTE GONZALO LUBO VERGARA, 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, según la exposición del Dr. ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ.

Así, luce desafortunada el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, “...declarar la nulidad por ineficacia...” cuando se funda en consideraciones que no corresponden al fenómeno jurídico que aquí nos entretiene.

El apoderado de PORVENIR S.A. advierte el dislate, luego entonces nos corresponde ahora, señalar que la ineficacia 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 jamás ha existido, no nació a la vida jurídica, no es anulable, no es ejecutable, no produjo efectos, la declaración que hace el juez determina la inexistencia, empero, esta existió antes de llevarla a debate judicial. Hablar de nulidad por inexistencia, conlleva una contradicción, porque entonces, sería válido afirmar que el negocio nació a la jurídica, sólo que la sentencia judicial acaba extinguiéndolo y al predicarse la nulidad de la afiliación habilitaría las consecuencias jurídicas de ese instituto; que como se insiste, son fenómenos jurídicos ajenos al instituto de la inexistencia.

Esta aclaración permite señalar que, en estos procesos, al principio de la línea jurisprudencial se fundó en el concepto de nulidad de la afiliación a los Fondos Privados de Pensiones, empero, posteriormente fue cambiada a inexistencia de la afiliación, línea jurisprudencial que hoy es pacífica en la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Así, se habrá de modificar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia para que se declare LA INEFICACIA del traslado que el señor ANACREONTE GONZALO LUBO VERGARA, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

### 10.2. ¿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 44-001-31-05-001-2017-00213-01, 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 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**, dejo 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 brindo 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 jamás se puede sanear como lo pregona el apelante al abrigo del Artículo 1741 del C.C.

### **10.3. REPAROS DE COLPENSIONES**

#### **10.3.1. ¿La demandante tuvo los tiempos pertinentes para haber regresado al régimen de prima media al cual pertenecía?**

“(...)

*Por lo demás, es un desaguizado 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.

### 10.3.2. ¿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.”*

En suma, la sentencia se debe confirmar en todas sus partes.

## 11. 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: MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia apelada y consultada proferida el veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, para en su lugar: **PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor ANACREONTE GONZALO LUBO VERGARA hizo del ISS hoy COLPENSIONES AI FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso de la referencia, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANACREONTE LUBO VERGARA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: 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 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. PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la Secretaría General de este Tribunal.

**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: **b4b615ad249e4fd82f2632515003d5935f2cd0341dfa1573a061ef50a2217a3e**

Documento generado en 14/12/2022 04:28:38 PM

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