



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

Riohacha, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

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

<b>ACCIÓN:</b>	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
<b>PROVIDENCIA</b>	SENTENCIA
<b>DEMANDANTES:</b>	CARMEN CECILIA ZULETA ANNICCHIARICO
<b>DEMANDADOS:</b>	AFP PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES.
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA
<b>TEMA:</b>	INEFICACIA AFILIACIÓN A AFP
<b>RADICACIÓN:</b>	44-001-31-05-002-2020-00078-01

Aprobado mediante **Acta No. 030** del quince (15) de mayo 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 a la 2213 de 2022 artículo 13, 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 ocho (8) de julio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha-La Guajira, en el proceso de la referencia.

Por disposición del artículo 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve.

**1. ANTECEDENTES.**

En resumen, son hechos de la demanda los siguientes:

Son hechos de la demanda: CARMEN CECILIA ZULETA ANNICCHIARICO nació el dieciséis (16) de julio de 1967 y empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida al ISS, a partir de agosto de 1997 se cambió al sistema general de pensiones PORVENIR S.A., que a la fecha de la presentación de la demandante tenía aproximadamente veintidós dos (22) años con esa entidad y un ahorro individual de \$146.132.683, que al proyectarla al momento de su pensión tendría una pensión mínima, y ese traslado se produjo sin una manifestación libre y voluntaria y no le manifestaron las implicaciones que conllevaría. PORVENIR S.A. documentó de forma clara y suficiente los efectos que conllevaría el cambio de régimen.

## **2. PRETENSIONES.**

Como pretensiones, presentó las siguientes: Pidió la declaración de la INEFICACIA de la afiliación que hizo del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad a LA ADMINISTRADORA DE PORVENIR PENSIONES S.A. por la ausencia de una manifestación libre y voluntaria. Que se le permita trasladarse del fondo de pensiones PORVENIR, para retornar COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida. Que se ordene a COLPENSIONES recibirla como afiliada al régimen de pensiones en prima media con prestación definida.

## **3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

### **3.1. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Contestó la demanda así: no le constan los hechos primero, segundo, tercero; no son ciertos los hechos del tercero al undécimo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y señaló que la afiliación del actor a Porvenir fue producto de una decisión libre, voluntaria, debidamente informada, se le informó de manera clara precisa y veraz las características del RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD 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, además desarrolló los siguientes argumentos NO PROCEDE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO JURÍDICO -AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, LA PARTE DEMANDANTE NO INDICA ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE VALIDEN LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO DE LA DEMANDADA, EL CONSENTIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA FUE INFORMADO, SOBRE LA NULIDAD RELATIVA DE LOS ACTOS JURÍDICOS, EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES, PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PARTE DEMANDANTE, PRESUNCIÓN DE BUENA FE, DE PARTE DE LA AFP PORVENIR S.A., CONDICIONES PERSONALES DE LA PARTE DEMANDANTE AL MOMENTO DE LA AFILIACIÓN QUE LE

PERMITIERON TOMAR DECISIÓN LIBRE E INFORMADA PARA TRASLADARSE DE RÉGIMEN, LA PARTE DEMANDADA NO TENÍA DERECHOS CONSOLIDADOS PARA EL MOMENTO DE SU AFILIACIÓN AL RAIS, EL DERECHO AL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL NO PUEDE DESCONOCER DERECHOS FUNDAMENTALES -EQUIDAD ART. 95 C.P. NI PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Formuló las excepciones de fondo que denominó PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y LA GENÉRICA.

**3.2.** La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda, admitió como ciertos los hechos primero al cuarto, sexto, y undécimo, no le constan no le constan los hechos quinto, séptimo a décimo, se opuso a todo y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica y jurídica propuso las excepciones de fondo que denominó: INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, COBRO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

#### **4. SENTENCIA APELADA:**

El juez de primera instancia hizo estudio de los presupuestos procesales y los encontró reunidos, planteó dos problemas jurídicos, “...*si es viable declarar la nulidad de la afiliación que PORVENIR realizó a la señora CARMEN CECILIA ZULETA ANNICCHIARICO con fundamento en algunos de los vicios del consentimiento...y como consecuencia de ello, se ordene a COLPENSIONES acepte a la demandante como su afiliada recibiendo todos los aportes realizados recibiendo todos los aportes realizados, de la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde agosto de 1997 hasta la fecha en que se traslade a COLPENSIONES las sumas indicadas.*”

Estudió el acto jurídico, sus elementos esenciales, elementos de validez, la ineficacia del acto jurídico. Acude al concepto de la inexistencia, cito el artículo 1741 C.C., la sentencia SL 4360 de 2019 que desarrolló los conceptos de ineficacia así: por inexistencia, por nulidad, por inoponibilidad. Cito el artículo 31 de la ley 100 de 1993, que caracteriza los sistemas de la prima media con prestación definida, el RASIS del artículo 59 de la ley 100 de 1993.

Abordó el tema del traslado pensional el que centró en el deber de información, consentimiento informado, con fundamento en las sentencias CSJ SL 1452 DE 2019, destacó que “...*el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente...existe obligación del consentimiento informado...*” También desarrolló el tema de la carga prueba cito el artículo 1604 del C.C., finalmente refirió la procedencia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, para ello se apoyó en la sentencia STL 9242 – 2021.

Seguidamente pasa a analizar la prueba testimonial, e interrogatorio de parte de la demandante, para concluir “...no solo debió informarle sobre lo bueno de esa entidad, sino hablarle del Fondo Público, además de las consecuencias que podía ocasionar el traslado, proyección de mesadas...dar a conocer al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible, de los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual...quedo demostrado que existió carencia de información”

Recordó las normas relativas a la oportunidad para trasladarse, literal e) artículo 13 de la ley 100 de 1993, artículo 2 ley 797 de 2003, sentencia C 789 de 2002 y C 1024 de 2004, además trae en su apoyo la sentencia SL 1689 DE 2019, finalmente estudió el tema de la indexación, cito textualmente las fórmulas financieras y ordenó aplicarlas al presente caso, para finalmente dar merito a las pretensiones de la demanda. Además, analizó las excepciones de fondo formuladas por las demandadas las que declaró no probadas.

## **5. APELACIÓN**

Los únicos apelantes fueron:

### **5.1. APODERADO DE AFP PORVENIR S.A.**

*Toda vez que la afiliación realizada fue en el año 97, adolece ningún vicio, se encuentra totalmente saneado, con el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por la demandante, resulta inverosímil que aproximadamente 25 años después de ese traslado, la actora pretende un traslado de régimen prohibido por la ley vigente, por lo que no existe razón legal para ordenar traslados deprecados, el código civil establece, que los vicios de consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, en este caso en particular la parte demandante afirma que se ha inducido de cierta manera al error del afiliado, sin embargo hay que resaltar que entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, existe diferencias y no se puede equiparar cuál de los dos es más beneficioso, es por esta razón de que ambos pueden coexistir en el sistema de seguridad social por lo que se reitera que la mera observación de la parte actora de una falta de información, no es conducente para probar los hechos que esta diligencia se refiere y es así como los principios de seguridad jurídica, el ordenamiento jurídico colombiano, el principio del derecho romano en el cual se encuentra presente en el código civil y determina que la ignorancia de la ley, no puede ser tenida como excusa, error no puede ser un punto de derecho, no puede ser el consentimiento, esto quiere decir que, el simple error, no da lugar a una declaración judicial de un negocio jurídico, que por lo tanto la parte que lo asumió, debe contener las consecuencias del mismo. Por otra parte, a lo que se refiere a rendimiento y cuotas de administración, es preciso indicar, que la devolución de estos dos emolumentos, el administrador de fondos de pensiones y cesantías son entidades especializadas y legalmente para administrar los ahorros de las pensiones y de los trabajadores y gestionar el pago de las mismas. Dicho esto, que la rentabilidad de ahorro individual que genera, es gracias en función en cabeza de la FP algo que no hubiese*

*sucedido si la actora estuviese cotizando al régimen público, es necesario resaltar que la misma superintendencia que mediante el concepto número 20191522169-003 del 17 de enero del 2000 indico de forma expresa, que en los eventos de que se declare una nulidad o una ineficacia de traslado, la única suma a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de prima de seguros provisional, en consideración que compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza y tampoco la comisión de la administración, esto ordenar el traslado de aportes a Colpensiones se configura un enriquecimiento de manera ilícita de la parte demandante, en medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues siendo de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 113 literal B de la ley 100 del 93 establece cuales son los emolumentos que debe trasladar cuando existe cambio de régimen, lo que se evidencia que no están destinados a financiar las prestaciones del afiliado y por ende no pertenece a nadie sino al fondo privado, como la contraprestación que adelanto para incrementar el capital debida que la ley establece, que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto y segundo, porque la practica en Colpensiones no da, deja efectuado por el afiliado financiada las pensiones actuales y las de finanzas como aportes de la nación, es decir, en caso particular de la actora si se hubiese afiliado a Colpensiones o sus aportes no tendrían rendimientos, razones por las cuales no serían devueltos los gastos de administración, con respecto a condena en costas es claro que porvenir cumplió con el deber que se encuentra en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial y además existió omisión de la información como una, tampoco indebida asesoría pues siendo la parte actora una persona legalmente capaz, se entiende que podía sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la FP para determinar si le convenía o no la decisión de trasladarse al fondo, por lo que se entiende que Porvenir actuó de buena fe y acorde al derecho por lo que no hay condena en costas.*

## **5.2. APODERADO DE COLPENSIONES**

*Teniendo en cuenta el fallo emitido por el despacho dentro del proceso de referencia, puntualmente a la teniente a la condena en costas, teniendo en cuenta que mi representada, no tiene fundamento legal para impedirle a sus afiliados que en el ejercicio de sus derechos fundamentales, decidan cambiarse de régimen teniendo en cuenta, que esto se presume por parte de la entidad que represento que se hace por medio de un estudio minucioso de cada uno de los afiliados, es entonces cuando no depende de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y pedirle a sus afiliados, el traslado o de aceptarlos ya que en este sentido, de quien depende que pueda aceptarlo la administradora colombiana de pensiones Colpensiones es de la AFP en la que se encuentra afiliado cada demandante, en este caso Porvenir Colpensiones no puede aceptarlo hasta que Porvenir no autorice dicho traslado.*

### 5.3. ALEGACIONES EN ESTA INSTANCIA:

La AFP PORVENIR resumió la actuación procesal y expone las razones de su defensa, así:

Hace referencia al artículo 13 de la ley 2213 de 2022, para pasar a argumentar que, no se alegó y menos se probó los eventos previstas en el artículo 1749 y 1741 del C.C, 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 CPT, 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. 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 apoyó en el artículo 60 del código del procedimiento del trabajo y la seguridad social, citó la sentencia 345 de 2017 además, del artículo 113 d literal b de la ley 100 de 1990, la sentencia de la sala civil de casación SC 3201 de 2018, la sentencia C 345 de 2017. 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, en la medida que ni los gastos de administración, ni primas de seguros, corresponden a valores que pertenezcan a los afiliados, 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 y la sentencia SC 3201 de 2018.

## **PARTE DEMANDANTE**

Pide que se confirme en todas sus partes la sentencia apelada, hizo referencia a la prueba documental, la prueba testimonial, que no hubo una manifestación libre y voluntaria, que PORVENIR no documentó los efectos del cambio de régimen, ni divulgó información precisa de los cambios positivos y negativos, ni cumplió con los estándares mínimos de transparencia, trajo en su ayuda la sentencia SL 12136 de septiembre de 2014, SL 19447 de 2017, Rad No. SL 373 y Rad. 84475, SL 1917, recordó los hechos en los cuales fundó su demanda, las omisiones y falencias de la demandada en relación con el traslado de régimen. Finalmente pide la prosperidad de las pretensiones y que se confirme la sentencia.

### **COLPENSIONES:**

No presentó alegato en esta instancia.

## **7. 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.

### **7.1. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:**

Atendiendo al grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES por haber sido condenada en primera instancia, y vistos los reproches de alzada, corresponde a esta Colegiatura, dilucidar si:

¿Se debe declarar la ineficacia por inexistencia del traslado que CARMEN CECILIA ZULETA 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.?

¿Los descuentos de comisiones para gastos de administración se deben devolver a la demandante?

¿Si la devolución del seguro previsional es procedente?

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

## **8. 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.”*

En el presente asunto no está en discusión la vinculación de la demandante a las AFP demandadas, ni su afiliación inicial al ISS, que la demandante no era beneficiaria el régimen de transición porque no 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, esto es, enfocan sus argumentos especialmente a la nulidad.

Sirve de soporte conceptual al presente fallo, las argumentaciones expresadas en la sentencia 44-001-03-05-001-2021-00190-01, en la cual fue parte demandante FLORENTINO GIL CURIEL VRS AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, que decidió apelación de sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha-la Guajira.

*“(...)*

*De esta forma, al repasar las normas que regulan la materia, tempranamente observamos que en el caso que nos entretiene, 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, entre ellos el tratadista de derecho privado, Dr. 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 analiza las diferencias entre nulidad e ineficacia así:

*“(...) ... 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 (sic) 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.*

Además, compara el profesor citado, las características del negocio ineficaz y las compara 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<sup>1</sup>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que*

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. *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..."*

Esta cita es esclarecedora, respecto al tema que nos entretiene.

Seguidamente respondamos los cuestionamientos de los apelantes.

## **REPAROS DE AFP PORVENIR S.A.**

¿Se CONFIGURÓ la ineficacia por inexistencia del traslado que CARMEN CECILIA ZULETA ANNICCHIARICO, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.?

Según la ley civil colombiana, la nulidad de un negocio jurídico, absoluta o relativa, corresponden a institutos jurídicos diferentes a la ineficacia por inexistencia, según el doctrinante citado anteriormente.

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

El artículo 43 del C.S.T., que debe integrarse con normas constitucionales y código civil aplicables a estos casos, 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. Así, cualquier discusión

que envuelva esos dos institutos son inanes, pues no corresponden a la ratio decidendi de la línea jurisprudencial sólida y consolidada de la Corte Suprema de Justicia, en su sala laboral, en esta materia.

¿Se configuró algún vicio del consentimiento en el traslado de la demandante al 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.*

Queda suficientemente claro que, la jurisprudencia se refiere al instituto de la ineficacia y no al de la nulidad, esto es, se debe adecuar conforme los efectos de la ineficacia por inexistencia; porque el FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. no aportó la prueba necesaria que la jurisprudencia exige para estos casos, brindar una información clara y suficiente de las consecuencias por el traslado de régimen a la demandante.

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.” Subrayado fuera de texto*

En suma, el simple diligenciamiento del formulario, con la firma de la demandante, no demuestra o evidencia que recibió información clara y suficiente, así, y solo en gracia de discusión, este documento reúne las características que describe el recurrente, pero en últimas, la AFP demandada no cumplió el artículo 167 del CGP, esto es, debía demostrar que procuró otorgar la información requerida para el cambio de régimen pensional, más allá de esa declaración formal. Se insiste, la ineficacia por inexistencia nunca se puede sanear como lo arguye el apelante con fundamento en el artículo 1741 del C.C.

En consecuencia, se aclara al fondo recurrente que en este caso operó la ineficacia del acto jurídico y no la nulidad por vicios del consentimiento que prevén los artículos 1741, 1508, 1749, 1742, 1743 y 106 del Código Civil, dado existen normas especiales del C.T.S. y del CPTSS que gobiernan el presente debate jurídico, en los términos indicados por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, los argumentos invocados por PORVENIR no son válidos, dado que lo que se declara es la ineficacia del artículo 43 del CST y el efecto que se produce es la inexistencia y no la nulidad.

¿Los descuentos de comisiones para gastos de administración se deben devolver a la demandante?

No se duda de 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 de enero de 2020. En estos casos se debe realizar una integración normativa con los diferentes ordenamientos jurídicos que regulan estos casos, es decir, no debe verse únicamente sometido a una interpretación exegética. En estos casos se ha realizado una interpretación sistemática en la que se integran los principios de la legislación del trabajo y la seguridad social con la carta política, en la cual convergen distintos institutos jurídicos, tanto del derecho civil, laboral y desde luego,

constitucional, como se ha recogido en la sólida y constante línea jurisprudencial fundamento de esta sentencia.

Como argumento adicional, según el sistema de pensiones de Colombia, los recursos dinerarios que se ordenó devolver no ingresan al patrimonio del demandante sino a COLPENSIONES, sin que sume el monto de esa devolución para incrementar la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, sistema que tiene unas reglas diferentes.

En complemento de lo anterior, sí se declara que un contrato laboral es ineficaz, lo es porque según el artículo 43 del CST se configura 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.

¿Si la devolución del seguro previsional es procedente?

Se itera, la línea jurisprudencial citada, frente a la figura jurídica de la ineficacia, se debe ver el acto, contrato o convención como si nunca hubiere existido, devolviendo las cosas al estado inicial, esto es, no tiene ningún efecto jurídico, así, en interpretación de esta Corporación, es evidente que la ineficacia se produce porque así lo establece el artículo 43 del C.S.T., y la ley 100 de 1993, integrado a las normas de la Carta Política y el Código Civil, todas normas de derecho público que fueron desconocidas por la AFP PORVENIR apelante, configurando el objeto y causa ilícita, porque no cumplieron leyes de orden público, así, se debe aplicar el principio según el cual, el objeto y la causa ilícita no genera ni acción, ni excepción, pero vista desde la ineficacia del derecho laboral, que no del civil, se insiste, las hipótesis legales que se aplican son las del artículo 43 del C.S.T.

En síntesis, el efecto natural de la ineficacia es volver las cosas a su estado inicial, y si en desarrollo del contrato de afiliación, las demandas celebraron contratos con terceras personas, no es el trabajador quien deba soportar las consecuencias del desconocimiento de normas de derecho público, como aquí quedo evidenciado. No sale avante este ataque. Sin que ello pueda considerarse como un enriquecimiento sin causa, dado que el efecto jurídico real de las devoluciones no ingresa al patrimonio del demandante, sino de COLPENSIONES.



Finalmente, referente a la providencia del DR. QUIROZ ALEMÁN, en realidad fue un salvamento de voto, que no mayoritario de la Sala que integra.

Por esta arista se confirma la sentencia apelada.

## **REPAROS DE COLPENSIONES**

¿Es procedente la condena por costas procesales?

Ha de tenerse en cuenta que según lo prescribe el artículo 365 del C.G.P., en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena se impondrá a la parte vencida en el proceso, así pues, encuentra esta Sala que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, por lo cual no es posible modificar la sentencia apelada, en tanto, resultó vencida dentro del proceso.

En consecuencia, si bien la demandada pudo allanarse a la demanda, lo cierto es que como se dijo, se opuso a ello, por lo cual, resulta válida la condena impuesta.

Por otro lado, procedente es señalar, que este no es el momento oportuno para cuestionar el monto de costas fijado en la primera instancia, basta para ello, examinar el artículo 366 del CGP 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.”*

Luego, este reparo es extemporáneo por anticipado y se debe ventilar en la oportunidad procesal pertinente.

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

## **9. 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 ocho (8) de julio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha-La Guajira, en el proceso ordinario laboral promovido por **CARMEN CECILIA ZULETA ANNICCHIARICO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia a los recurrentes COLPENSIONES, 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**, para tal objeto remítase a la secretaria del 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: **336745d12c48b4d95442d9b4cf17fa68dfdadd04b254d601d9dfbea07b99ccd8**

Documento generado en 15/05/2023 03:00:17 PM

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