



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

Riohacha, veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTES:	FLORENTINO GIL CURIEL
DEMANDADOS:	AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA
TEMA:	INEFICACIA AFILIACIÓN A AFP
RADICACIÓN:	44-001-31-05-001-2021-00109-01

Aprobado mediante **acta No. 020** de veintisiete (27) 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 siete (07) de junio 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: FLORENTINO GIL CURIEL nació el veintiséis (26) de junio de 1954 y empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida al ISS, a partir de febrero de 2001 inicia afiliación con AFP PORVENIR S.A., a tiempo del traslado AFP

PORVENIR S.A. no suministró información documentada sobre las consecuencias negativas del traslado al RAIS, ni sobre el monto de capital que debía tener en su cuenta de ahorro para recibir su pensión, sus derechos, ni sobre las ventajas o desventajas del traslado al RAIS, la demandada realizó una proyección de su pensión, que ascendería a \$908.526,00, el demandante presentó solicitud de pensión a COLPENSIONES, la cual fue rechazada porque no estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Presentó el señor GIL CUIEL ante la demandada solicitud de traslado a COLPENSIONES, petición a la cual la AFP PROVENIR S.A. no accedió.

1.2. PRETENSIONES.

Como pretensiones, presentó las siguientes: Pidió se declare que LA NULIDAD Y/O INEFICACIA del acto de traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en el mes de febrero de 2001, como consecuencia petición que se declare que ha tenido como única afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, que AFP PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES régimen de prima media con prestación definida los aportes recaudados; que se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que le traslade PORVENIR S.A., condena en costas y agencias en derecho.

1.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

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

Contestó la demanda y señaló que no le constan los hechos primero, segundo, noveno a décimo segundo y que no son ciertos los demás, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y señaló que la afiliación del actor a Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre, voluntaria, debidamente informada, dado que se le realizó la respectiva asesoría, 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 de 1993, es decir, una afiliación voluntaria, 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, 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 REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE.

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

1.3.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

Contestó la demanda, admitió como ciertos los hechos primero y segundo, del tercero al décimo cuarto que no le constan, se opuso a todas 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, EN CASOS DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, COBRO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y las que resulten probadas.

La funcionaria de primera instancia vinculó A LA CAJA MUNICIPAL DEL DISTRITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA, sin que diera respuesta a la demanda, hecho que motivó tenerla por no contestada de esta parte. El proceso continuó con las demás audiencias del C.P.T. y S.S. hasta la decisión de fondo.

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 en consecuencia, debe ordenarse a COLPENSIONES que acepte a la actora como su afiliada recibiendo todos los aportes realizados al RAIS...”

Estudió la nulidad del acto jurídico, con base en normas del código civil, artículos 1501, 1502, 1741, para concluir *Estos requisitos para la esencia y validez de los actos jurídicos también se predicán lógicamente de los contratos los usuarios de la seguridad social y las entidades que pertenecen al sistema...*

Abordó el tema del consentimiento informado, con fundamento... *en las sentencias de radicación N° 31.989 del 9 de septiembre de 2008, radicación N°33.083 del 22 de noviembre de 2011 y radicado 46.292 de 2014...* Y procedió a detallar las subreglas que aplican al caso en estudio, para concluir que era a la AFP demandada quien correspondía la carga de probar que ofreció información suficiente a la demandante:

Sostuvo como tesis que “...que la falta de claridad en uno de los contratantes respecto del negocio jurídico al que se obliga o acepta, vicia el consentimiento, como quiera que si bien la manifestación de voluntad se efectúa sin presiones, es claro que el desconocimiento sobre los beneficios y consecuencias de la decisión, conlleva a que la emisión de la voluntad no pueda entenderse como libre y voluntaria, pues se efectúa sobre una creencia que no se ajusta a realidad, que de ser conocida, muy probablemente conllevaría que la decisión hubiese sido distinta .”

Recordó las normas del Estatuto Orgánico y Financiero, del Decreto 663 de 1993, literal f) artículo 72 y la Ley 795 de 2003. Seguidamente analizó la carga de la prueba con fundamento en el artículo 167 del C.G.P., para finalmente dar mérito a las pretensiones de la demanda. Además, analizó las excepciones de fondo formuladas por las demandadas. No encontró próspera la de prescripción.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Los únicos apelantes fueron:

3.1. PORVENIR AFP:

“Teniendo en cuenta que mi representada cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información conforme a lo señalado en la circular 019 de 1998 de la superintendencia financiera de Colombia y la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición estipulado por el artículo 36 de la ley 100 del 93, mi representada siempre ha obrado con la más absoluta buena fe y conforme a lo dispuesto a las normas vigentes tanto para el momento de la afiliación como en las de vigor, la buena fe que se presume en los términos establecidos en el artículo 83 de la constitución y por otro lado no concede la condena por gastos de administración pues acorde a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93 también en el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobreviviente dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción además es necesario resaltar que la superintendencia financiera de Colombia en concepto radicación numero 2019522169 17 de enero de 2000, indicó en forma expresa en los eventos de proceder la nulidad e ineficacia las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimiento de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución la prima de seguro previsional.”

3.2. COLPENSIONES:

“Teniendo en cuenta el artículo 2 de la ley 797 del 2003 el cual modifico el literal E del artículo 13 de la ley 100 señala que después de un año de vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando para cumplir la edad para tener derecho a la pensión teniendo en cuenta la fecha de la presentación de la demanda en la actualidad el señor no cuenta con los 65 años de edad lo que imposibilita dicho traslado.”

4. ALEGACIONES EN ESTA INSTANCIA:

4.1. AFP PORVENIR:

La AFP PORVENIR resumió la actuación procesal y expuso 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 los artículos 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 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. y 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 indican los artículos 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.

Añadió que “... no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que sino se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa 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 en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse”.

Citó la sentencia C-1024 de 2004 y en extenso el salvamento de voto de la sentencia de tutela de la CSJ Rad. 5912 de 13 de mayo de 2022.

Finalmente solicitó al juez de segunda instancia “...analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante por espacio de más de 21 años, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.”

4.2. PARTE DEMANDANTE:

Pide la confirmación de la sentencia apelada, bajo el argumento que:

“Ha quedado más que evidenciado dentro del proceso en curso, que la afiliación de mi representado, el señor FLORENTINO GIL CURIEL a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A, fue basada desde su génesis en hechos cuya consecuencia jurídica repercute en la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, teniendo como tales hechos la falta grave al deber de información que debe estar presente en el proceder por parte de la administradora de pensiones, toda vez que son ellos

quienes deben proporcionar la información e ilustración suficiente al asegurado, en donde se logre vislumbrar las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes y además de ello documentar tal información, caso contrario al que hoy nos ocupa señores Magistrados, pues a mí poderdante le fue negada la posibilidad de darse por enterado sobre las consecuencias jurídicas y económicas que podría acarrear su traslado al Régimen de Ahorro Individual, y es por esto que la empresa PORVENIR S.A en su defensa carece de material probatorio donde se logre dar fe que mi representado recibió la información y la asesoría adecuada”.

Trae en su apoyo decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL12136-2014 Radicación N° 46292, Magistrada Ponente la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL1688-2019, para sostener que *“desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron de manera clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz el tránsito, y como se puede observar en el acervo probatorio del presente proceso, dicha información JAMÁS FUE SUMINISTRADA a mi representado, coartando la posibilidad de al menos tener conocimiento de los efectos del traslado en un asunto tan importante como lo es la Pensión de Vejez. “*

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 PORVENIR 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. PROBLEMAS JURIDICOS 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 ésta Colegiatura, dilucidar si:

- ¿Se debe declarar la ineficacia por inexistencia del traslado que el señor FLORENTINO GIL CURIEL, 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?

5.2. 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

5.3. 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 al ISS, que el demandante no era beneficiario del régimen de transición porque no cumplía los requisitos que se establecieron al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993.

Pese a que se vinculó a la Litis a CAJA MUNICIPAL DEL DISTRITO DE RIOHACHA - LAGUAJIRA, al no impartirse orden alguna en su contra, dadas las resultas del proceso, no hay lugar a pronunciamiento alguno en esta instancia.

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 y 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 FLORENTINO GIL CUIEL, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.?

Para aclarar conceptos, la nulidad de un negocio jurídico, absoluta o 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 44-001-31-05-001-2017-00213-01, 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 la ineficacia por inexistencia; en virtud a 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 respecto al cambio 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 A.F.P. 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 a la 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 de enero de 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, que 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 no se entregarán al demandante sino a COLPENSIONES, sin que cuente el monto de esa devolución para incrementar la pensión en 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.

6.4. ¿La devolución del seguro previsional es procedente?

Como se sostiene en 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 las AFP apelantes,

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 reitera, 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.

Por esta arista se confirma la sentencia apelada.

6.4. 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 desajuste 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 al 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.

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 siete (07) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FLORENTINO**

GIL CURIEL 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.

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 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 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 Rihacha - La Guajira

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

Paulina Leonor Cabello Campo

Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Rihacha - 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: **b45c271ee75ac2ea9e595babea90a5b93c5391f2d2686ef393f7b3d71e62c4e4**

Documento generado en 27/03/2023 03:06:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>