



SALVAMENTO DE VOTO

Número de Proceso: 110013105016 2019 00468 02

**PROCESO EJECUTIVO LABORAL DE JULIA ELVIRA CRUZ QUIROGA
CONTRA UNIDAD DE PENSIONES Y PARAFISCALES –UGPP-**

Respetuosamente me separo del argumento propuesto por la ponente y aceptado por la mayoría de la sala al resolver del recurso de apelación interpuesto por las partes contra el auto proferido, el 30 de junio de 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante el cual declaró probada la excepción de pago propuesta por la ejecutada, aunque la condenó en costas del ejecutivo, por lo que ordenó seguir la ejecución por la suma de tres (3) smlmv, y lo sustentó en la siguiente forma:

La ejecución que origina el presente análisis se deriva de la decisión contenida en las sentencias de primera y segunda instancia, las que la Corte Suprema, al conocer de la segunda, no casó. Así, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en la providencia del 15 de julio de 2011 dispuso:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., como vocera del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES (PAR) DE ADPOSTAL EN LIQUIDACION, representada legalmente por el señor PAULO ARANGUREN RIAÑO, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a favor del demandante (sic) JULIA ELVIRA CRUZ QUIROGA, identificada con la C.C. No. 51.553.880, a partir del 17 de abril de 2010, por concepto de pensión de jubilación convencional, **la cual igualmente deberá ser indexada al momento de su pago** y las que se causen con posterioridad; lo anterior, se reitera, en virtud a lo consagrado en el art. 38 de la Convención Colectiva de Trabajo, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR igualmente a la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., como vocera del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES (PAR)DE ADPOSTAL EN LIQUIDACION, representada legalmente por el señor PAULO ARANGUREN RIAÑO, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a favor del demandante (sic) JULIA ELVIRA CRUZ QUIROGA, identificada con la C.C. No. 51.553.880, por concepto de intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 17 de abril de 2010, y hasta la fecha en que se efectúe su pago, en virtud a lo indicado en la motivación de la sentencia.

TERCERO. ABSOLVER a la demandada CAPRECOM representada legalmente por el señor CARLOS TADEO GIRALDO GOMEZ, o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las súplicas impetradas en su contra por la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO. EXCEPCIONES. Por el resultado de la decisión se releva el Despacho de pronunciarse de las excepciones propuestas, y en cuanto a la prescripción la misma no opera toda vez que la demanda se presentó el día 30 de julio de 2010 (ver fl.230), se admitió el día 20 de agosto de 2010 (fl. 231), y el vinculo (sic) laboral fue terminado el 30 de diciembre de 2008 (fl. 96), es decir no había transcurrido el término prescriptivo consagrado en los artículos 488 del C.S. T. y 151 del C.P.L.

QUINTO: COSTAS. Por el resultado de la decisión se condena en Costas a la parte demandada SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES (PAR)DE ADPOSTAL EN LIQUIDACION Tásense.

Y la Sala Laboral de Descongestión de este Tribunal, el 14 de diciembre de 2012, resolvió:

Primero: MODIFICAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2011, dictada por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. para, en su lugar, absolver a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANANETES (sic) (PAR) ADPOSTAL EN LIQUIDACIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para en su lugar, imponer las condenas de primera instancia a cargo de CAPRECOM, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia primigenia.

Tercero: COSTAS. Sin condena en costas en esta instancia dado el resultado de la alzada y se modifican las de primera instancia para condenar a CAPRECOM.

Ahora, la entidad ejecutada, propuso la excepción de pago, fundada en la actuación desplegada con las Resoluciones RDP 011730 del 8 de abril de 2019 y RDP 010493 del 28 de abril de 2020, la primera mediante la cual fijó la mesada inicial en la suma de \$1.160.267 y la segunda en \$1.531.919, luego de incluir otros factores salariales devengados en el último año de servicios, a efectos de

conceder un retroactivo en el equivalente de \$502.435.125, que el fallador de primer grado avaló, al comparar dicha actuación con sus operaciones aritméticas, que arrojaron un total de \$495.813.618.

Para la ejecutante, lo decidido por el juzgador no es acertado, porque, en su criterio, la entidad ha dejado de reconocer los valores por concepto de indexación e intereses moratorios, los cuales se deben liquidar a la fecha del pago efectivo, sin que la pasiva haya procedido a discriminar en forma concreta esas acreencias.

La Sala cognoscente consideró que en este asunto se había ratificado una decisión que a todas luces contraviene la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que son incompatibles la percepción de la indexación y los intereses moratorios (CSJ SL2876-2022, CSJ SL1015-2022).

Partiendo de la referida incompatibilidad, debe entenderse que la indexación a la que expresamente se refiere el juzgador de primer grado es a que se requería la actualización de la base salarial porque entre la fecha de retiro y la de reconocimiento de la pensión convencional transcurrió un lapso del cual se pueda inferir que hubo una evidente pérdida del poder adquisitivo del salario que se debía tomar para calcular el valor de la mesada pensional en el momento en que el trabajador llegue a la edad requerida, la cual en este caso, es un factor de exigibilidad de la obligación.

La Corte ha sostenido que la procedencia del reconocimiento de la indexación de la base salarial para el cálculo de la primera mesada pensional exige como requisito que haya transcurrido un lapso considerable entre la terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, tal como se explicó en el fallo CSJ SL3851-2021, y sucedió en efecto en este caso concreto, lo cual habilitaba para imponer esta condena.

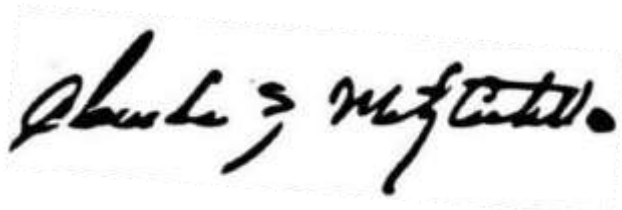
Mientras que, cuando se refiere a *«las que se causen con posterioridad»*, debía entenderse que se refería al reajuste pensional previsto en el artículo 14 de la

Ley 100 de 1993, que igualmente alude al factor de conservación del poder adquisitivo de las pensiones, tal como se desprende del tenor literal de la disposición, y no a la indexación de cada una de las mesadas, porque a continuación procedió a imponer la condena al pago de los intereses del artículo 141 de la misma ley.

ARTÍCULO 14. Reajuste de Pensiones. **Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante,** se reajustarán anualmente de oficio, el 1o. de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.(énfasis añadido).

A mi manera de ver, una comprensión distinta lleva a computar no solo el reajuste de las respectivas mesadas, sino que adicionalmente se calcula sobre esa suma, que reitero, ya contiene un factor de indexación, una nueva actualización, con lo que se estaría realizando doblemente, como al parecer sucede en esta ocasión.

Fecha ut supra

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Angélica Martínez Castillo', enclosed within a faint rectangular border.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Número de Proceso: 11001310501420120064102

**PROCESO EJECUTIVO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN BAUTISTA
CAMUES ASCUNTAR CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Respetuosamente me separo del argumento propuesto por la ponente y aceptado por la mayoría de la sala al resolver el proceso de la referencia, y lo sustento en la siguiente forma:

El resto de los integrantes de esta sala de decisión al revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto de 5 de septiembre de 2019 (sic), proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante el cual actualizó y aprobó la liquidación del crédito en la suma de \$26.011.864, que corresponde a las diferencias pensionales insolutas causadas entre el 4 de febrero de 2003 y el 9 de septiembre de 2013, más las costas del proceso ordinario, consideró que no resultaba plausible variar el monto de las sumas calculadas por cuanto, aunque se advirtió un error en los cálculos realizados por el juzgador de primer grado, la modificación afectaría al apelante único, así lo explicó en la providencia de cuyas consideraciones me escindo:

La liquidación arroja un valor por diferencias pensionales en la suma de **\$43.839.928**; no obstante, la entidad reconoció un valor de \$92.541,652 por retroactivo pensional con la Resolución RDP 012736 del 22 de abril de 2019, que modificó la Resolución RDP 007748 del 27 de febrero de 2018,

lo que significa que la obligación estaría saldada, pues la entidad pagó un monto superior al realmente adeudado; empero, el despacho de primera instancia, en la última liquidación, que fue la que impugnó la parte actora, arrojó un saldo por diferencias pensionales de \$106.053.516,27 (sin aplicar los descuentos por aportes a salud, que son de obligatorio cumplimiento), que al deducirle el reconocimiento de la entidad por los \$92.541,652, le dio un total adeudado por **\$13.511.864,80**, más las costas del proceso ordinario por la suma de \$12.500.000.

En ese orden de ideas, la liquidación que realizó la Sala le sería gravosa al único apelante y, por ello, no hay lugar a modificarla, en cuanto, se repite, la parte pasiva no interpuso recurso alguno, lo que quiere decir, que estuvo de acuerdo con el saldo obtenido por el juzgado, y sobre ese monto deberá continuar la ejecución dada la conformidad del extremo pasivo; aunque, nuevamente, la Sala hace notar el error cometido por la primera instancia, al apartarse de las normas que regulan los reajustes pensionales, a partir de la Ley 4ta de 1976.

Ante esta eventualidad, a mi modo de ver, el juzgador de segundo grado no excede su competencia, por cuanto el punto en discusión está relacionado con el análisis de la corrección o no del monto a cargo del demandado, de esa manera, al percatarse de que las sumas exceden el valor que debe recibir el pensionado, tratándose de aspectos tan sensibles como la seguridad social, que es un derecho fundamental de doble vía, estimo procedente aplicar lo previsto en el artículo 328, inciso 4º del Código General de Proceso, pues se trata de un asunto que involucra directamente la materia del recurso. En efecto la mencionada disposición establece:

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, **salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.**

Ahora, no es posible dejar de lado que, en este caso se controvertía el monto de la liquidación del crédito, modificada por el juzgador una vez tu conocimiento del fallecimiento del pensionado, y de las diferentes resoluciones provenientes de la UGPP – como responsable del pasivo pensional de la Caja Agraria- en las cuales se efectuaba un pago a la condena, y que la llevaron al convencimiento de que solamente se le adeudan al demandante, *« la suma de \$13.511.864,80, por diferencias pensionales y \$12.500.000 de las costas»*, tal como se expone en los antecedentes del proyecto:

[...] ante la información sobre el fallecimiento del actor, el despacho, a través de auto del 26 de julio de 2017, procedió a modificar la anterior operación, para, en esta ocasión, fijar el valor del retroactivo pensional entre el 4 de febrero de 2003 y el 10 de septiembre de 2013, por la suma de \$176.174.376,09 y costas del proceso ordinario por \$12.500.000, para un total de \$188.674.376,09 (páginas 851 a 854 del archivo 01 del expediente digital).
[...] ante la radicación de varias resoluciones aportadas por la UGPP, como responsable del pasivo pensional de la extinta Caja Agraria, indicando que se efectuaba un pago de la condena, la a quo realiza un control a la actualización de la liquidación del crédito presentada por la parte actora, y mediante auto del 5 de septiembre de 2019 (sic) (que en realidad corresponde al 2022, según el informe secretarial de esa providencia), concluyó que el retroactivo pensional generado entre el 4 de febrero de 2003 y el 10 de septiembre de 2013, fecha del fallecimiento del beneficiario, ascendía a \$106.053.516,27, más las costas del proceso ordinario, de los cuales, la ejecutada canceló \$92.541.651.47; por lo que la pasiva adeudaba la suma de \$13.511.864,80, por diferencias pensionales y \$12.500.000 de las costas.

Por lo que se refiere a los motivos de inconformidad del apelante, que fue solo el demandante, sostuvo que *«[...] el juzgado disminuyó el valor con la providencia impugnada rebelándose contra las operaciones anteriores que se encuentran ejecutoriadas y, por lo tanto, en firme. Añadió, que en realidad la ejecutada solo ha cancelado la suma de \$82.930.950,60, adeudando el valor de \$110.243.425,49»*.

Por consiguiente, como la controversia recayó sobre el control de legalidad que realizó la juzgadora de instancia con fundamento en el artículo 446- 3 del CGP, *« Artículo 446. Liquidación del crédito y las costas. Para la liquidación del crédito y las costas, se observarán las siguientes reglas (...) 3. Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto que solo será apelable cuando resuelva una objeción o **altere de oficio la cuenta respectiva**»*; a mi

juicio no le estaba vedado a la sala abordar el asunto de la legalidad de la liquidación.

Acerca de este tema, el Consejo de Estado, en la sentencia del proceso con el radicado **23001-23-33-000-2013-00136-01(1509-16)**, **proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)**, los argumentos vertidos en la referida providencia, *mutatis mutandi*, son apropiados para resolver la presente situación, pues en ella la corporación se pronunció resaltando que las sumas por las cuales se libra el mandamiento de pago no son inamovibles, recordando que en el Estado Social de Derecho, la aplicación del derecho sustancial, le permite al juez hacer uso de la figura del control de legalidad, (artículo 42 de CGP), y la juez de primera instancia, quien de acuerdo con la providencia de la que me separo, erró en los cálculos, lo que la llevó al desacierto de concluir que la demandada aún adeuda sumas de dinero en favor del accionante.

En la mencionada providencia se expuso:

A su turno, el Consejo de Estado en diversas oportunidades ha analizado la anterior disposición, en consonancia con el artículo 430 del Código General del Proceso y la facultad de saneamiento prevista en el artículo 42 *ibidem*, concluyendo que el mandamiento de pago no se convierte en una situación inamovible para el juez, pues con posterioridad a la expedición de esta providencia es posible variar el monto de las sumas adeudadas con el fin de adoptar una decisión que se ajuste a la realidad procesal de cara al título ejecutivo, así como a los demás elementos de juicio que obren en el expediente. Esta conclusión se ha fundado en los siguientes razonamientos:

i) El juez no se encuentra facultado para abstenerse de tramitar los procesos ejecutivos, por considerar que lo pretendido excede lo ordenado en la sentencia judicial objeto de cumplimiento, sin haber realizado el estudio jurídico correspondiente, pues tal apreciación debe ser objeto de debate a través de los mecanismos de contradicción y defensa establecidos para esta clase de procesos. En efecto, «la ley procesal solamente exige que con la demanda se acompañen los documentos que constituyan el título ejecutivo y que el mandamiento de pago debe librarse en la forma pedida por el actor, o, dado el caso, en la que el juez lo considere, de tal manera que cualquier reparo sobre las sumas cobradas debe ser objeto de debate durante el trámite procesal»^[9].

ii) En la etapa de revisión de la liquidación del crédito que presenten las partes (artículo 446 del Código General del Proceso), el juez puede aprobarla o modificarla. A su vez, «este trámite no puede llevarse a cabo antes de que se surtan los pasos que la ley ha previsto para el proceso ejecutivo»^[10].

iii) La estimación de la suma que el ejecutante considera adeudada no hace parte del título de recaudo que se pretende hacer valer en los procesos ejecutivos, sino que se trata de una tasación estimativa de los valores que a su juicio se deben pagar, razón por la que estas cuantías pueden ser controvertidas por el ejecutado a través de la presentación del recurso de reposición, la presentación de excepciones o en la etapa de liquidación del crédito^[11].

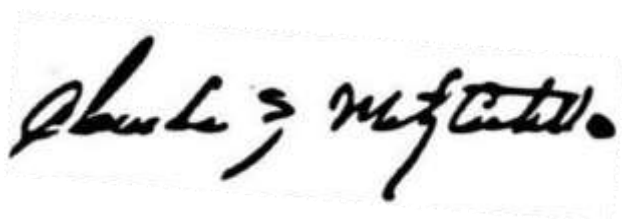
iv) Si con posterioridad a librar el mandamiento de pago, el juez se percató que aquél se profirió por mayor valor al que correspondía de conformidad con la sentencia judicial cuyo cobro se pretendía, está facultado para subsanar la inconsistencia advertida, pues los artículos 42 del Código General del Proceso y [207](#) del CPACA le imponen el deber de realizar el control de legalidad de la actuación procesal, una vez agotada cada etapa del proceso^[12].

v) En consonancia con lo anterior, en un caso en que se libró mandamiento de pago con inclusión de prestaciones sociales que no fueron reconocidos en la sentencia objeto de ejecución, esta Corporación sostuvo que «los autos ilegales^[13], como lo es aquel que libró el mandamiento por una suma superior a la que correspondía, no atan al juez ni a las partes pues carecen de ejecutoria»^[14], por lo cual la autoridad judicial puede hacer un control de legalidad posterior y subsanar las imprecisiones que evidencie.

Además, «el papel del juez ordinario en el Estado Social de Derecho es el del funcionario activo, vigilante y garante de los derechos materiales que consulta la realidad subyacente de cada caso para lograr la aplicación del derecho sustancial, la búsqueda de la verdad y, por ende, la justicia material, por lo que al advertir un error debe proceder a subsanarlo para no seguir incurriendo en el mismo, más aún, cuando pueden estar comprometidos recursos públicos»^[15]. (énfasis añadido).

Lo que intento sostener es que en el caso específico, la modificación de la decisión en detrimento de los intereses del único apelante, no traspasa los contornos del tema que fue materia de ataque, y por consiguiente, se estaba en la circunstancia mencionada en el artículo 328 del CGP, que habilitaba a la segunda instancia para hacer el control de legalidad sobre la liquidación, errores evidentes debían corregirse en una actualización de la liquidación del crédito.

Fecha ut supra

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Angélica Martínez Castillo', enclosed within a faint rectangular border.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO



SALVAMENTO DE VOTO

Número de Proceso: 110013105021 2022 00265 01
Demandante: Sofia Cristina María Cuestas Rojas
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Respetuosamente me separo del argumento propuesto por la ponente y aceptado por la mayoría de la sala al resolver el proceso de la referencia, y lo sustento en la siguiente forma:

El literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, ya sea cuando se trate de vinculación o traslado, de manera que, cuando un empleador o cualquier persona natural o jurídica, en cualquier forma, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley. Esta última norma establece:

El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador" (Subrayas fuera del texto).

Así, con el fin de que la afiliación cumpla el presupuesto de ser libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de afiliarse o selección de régimen esté precedida del cumplimiento de ese mandato. Acerca del deber de información la CSJ desde la sentencia SL-31989 de 2008, sentó una jurisprudencia muy sólida que se mantiene inclusive hasta esta parte, que es importante memorar:

(...) Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; (...) su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado,

En ese sentido, el deber de información que reside en cabeza de las administradoras de los fondos de pensiones de cualquiera de los dos regímenes existentes en nuestro estado ha tenido una evolución legislativa, iniciando con la Ley 100 de 1993 como se mencionó en antecedencia, luego por el Decreto 663 de 1993, y posteriormente por la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, deber de información que como se expresó en la sentencia SL1688-2019 donde se sintetizó dicha evolución y se concluyó por la alta corporación, que él estaba inmerso en las funciones y obligaciones de las AFP desde su creación, pero que con el transcurrir del tiempo y la evolución normativa se ha intensificado dicha exigencia de un deber de información necesaria, al de asesoría y buen consejo, y en la actualidad de doble asesoría dependiente del caso específico del afiliado, así:

debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado."

Por tanto, a mi modo de ver, no es posible aludir que, al no existir afiliación al RPM previa, sino que como la demandante seleccionó el RAIS, fue la primera escogencia de régimen del sistema de seguridad social, el acto conserva validez, aunque no la administradora haya desatendido sus deberes y correlativamente se le cercenó su derecho a recibir la mínima información. Visto así, la demandante carecía de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares; recuérdese que la entidad administradora siempre ha estado obligada a brindarla, según lo establecen los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende seleccionar el régimen de pensiones, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, la afiliación no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de vinculación al régimen pensional puede variar según la información suministrada (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Ahora bien, aun cuando se encuentre en discusión que no existió una afiliación inicial al RPM y que no se está pretendiendo un traslado de régimen, no puede desconocerse que esta determinación está asociada directamente con el derecho a la pensión, de protección constitucional amparado en el marco de la seguridad social y en conexidad con el derecho fundamental al trabajo, como se ha señalado por vía de la jurisprudencia constitucional en sentencias como la T-398 de 2013:

Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez. Resulta claro, entonces que cuando

se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad social. “

Por tanto, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, afirmación respaldada en el artículo 1604 del Código Civil, pues esta norma señala: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*.

De tal manera que, al haberse afirmado por la actora que *«no le brindaron asesoría ...»*, por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba al demandado -administradoras de fondos de pensión-, quienes deberán demostrar en contrario, es decir, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas a la vinculación.

Conviene no olvidar el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, vertido en la SL19447-2017, en ella profundizó sobre la constatación del deber de información, afirmó que era ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente. Es por ello que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021), la cual no se infiere de la simple firma del formulario de afiliación.

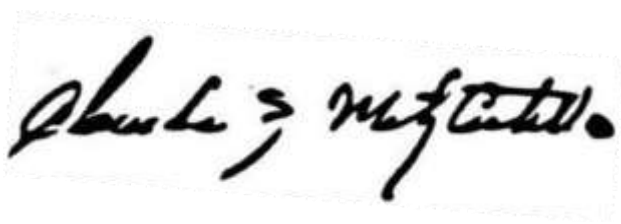
Se insiste, el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, no se puede demostrar con las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones de su vinculación o de no haberse traslado oportunamente al RPM, ellas resultan insuficientes ya que quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba

obligado a emplearla, en este caso la respectiva administradora del fondo pensional (CSJ SL4964-2018).

Así las cosas, en el caso a estudio considero que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de vinculación de régimen pensional, esto es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho pensional, trae como consecuencia la declaración de **ineficacia de la afiliación** al régimen pensional, que conlleva a que la situación de la demandante retorne a su estado anterior, siendo claro, que la actora no se encontraba afiliada a ningún régimen pensional, sin embargo, conforme a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, que exige la obligación de afiliación al Sistema General de Pensiones cuando existe un vínculo contractual y, la consecuencia obligada, ante la manifestación de la voluntad de la demandante de selección del régimen de prima media con prestación definida, expresada en su solicitud del 21 de junio de 2022, como su régimen pensional hoy administrado por COLPENSIONES, ratifica dicha escogencia.

De lo anterior se puede concluir, que la intención de la actora, es hacer a Colpensiones su administradora de pensiones, y quien deberá recibirla y activar su afiliación, en armonía con el artículo 271 de la Ley 100 de 93, de acuerdo con el cual, ante una situación que atente contra los derechos del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Fecha ut supra

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Angélica Martínez Castillo', enclosed within a faint rectangular border.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO