



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

Santiago de Cali, a los nueve días (9) del mes de marzo de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA NÚMERO 074
Acta de Decisión N°20

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Apelación de la Sentencia N° 236 del 21 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **SHMUEL SAMUEL SHOVAL** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, siendo integrada como litisconsorte necesario por pasiva el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-012-2021-00015-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS; se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con la transferencia de sus recursos pensionales, comisiones, gastos, costos entre otros emolumentos producto de la afiliación al RAIS.

Por otro lado, subsidiariamente solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización total o plena de perjuicios a cargo de **PORVENIR S.A.**, por una diferencia inicial de \$3.364.926, que le causó un lucro cesante por \$404.530.212 y a futuro de \$807.491.396; se condene a **PORVENIR S.A.** al pago de 25 SMLMV como daño moral y daño a la vida de relación; se condene a **PORVENIR S.A.** al



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

pago intereses moratorios, reajuste de mesada, pago de diferencias y costas procesales a cargo de las accionadas.

informan los hechos que atañen al proceso que, el actor nació el 12/09/1952; que se vinculó inicialmente al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**; que se trasladó al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** el 01/08/1998; aduce que era beneficiario del régimen de transición; que el traslado de régimen se dio sin asesoría adecuada respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen entre otros aspectos relevantes.

Refiere que, previa solicitud **PORVENIR S.A.** le reconoció el 27/10/2014, la pensión de vejez en cuantía de \$7.553.256; posteriormente previa inconformidad elevada se reajustó la mesada a partir del 01/12/2014 en cuantía de \$8.289.715; alude que, la mesada que hubiera devengado en el RPMPD ascendiera a \$11.654.641 generando una diferencia de \$3.364.926.

Señala que, se le causaron perjuicios de orden materia e inmaterial, tales como, lucro cesante, daño moral y daño a la vida de relación; finalmente expresa que, elevó reclamación ante las accionadas solicitando el traslado de régimen, sin embargo, las entidades se negaron.

CONTESTACIONES

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos los enumerados del 1° al 5°, 47° y 48°; que son meramente cálculos matemáticos del 26° al 35° y del 41° al 46°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

PORVENIR S.A. señala que, son ciertos los hechos 8°, 10° y 51°; que no son ciertos el 5°, 7°, 9°, del 11° al 17°, 20°, 22°, 29°, 30°, 33°, 48°, 49° y 50°; en cuanto a los demás alude que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Por su parte, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** refiere que, es cierto el hecho 25°; que no es cierto el 4°, 5° y 24°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: INEXISTENCIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

DE LA OBLIGACIÓN; REINTEGRO DEL BONO PENSIONAL A LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEVOLUCIÓN O REINTEGRO DE LAS MESADAS PENSIONALES PAGADAS AL ACCIONANTE.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 236 del 21 de julio del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN en favor de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR y el litis por pasiva NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y, en consecuencia, se ABSUELVE a las mismas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor SHMUEL SAMUEL SHOVAL en lo referente EXCLUSIVAMENTE a la ineficacia O NULIDAD del traslado.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES, de la cual se ve beneficiado PORVENIR, respecto de ajuste pensional e indemnización por perjuicios, causados con anterioridad al 05 de marzo de 2017.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a reajustar anualmente la mesada pensional que disfruta el señor SHMUEL SAMUEL SHOVAL, con base en el IPC conforme a lo decretado por el Gobierno Nacional en la materia.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar en favor del señor SHMUEL SAMUEL SHOVAL, las diferencias insolutas derivadas de la actualización de su mesada pensional, causadas entre el 5 de marzo de 2017 y el 30 de junio del 2021 que ascienden a la suma de \$41.053.302,46 y las que se continúen causando hasta que se haga efectivo el reajuste automático de su pensión. Esto de su propio patrimonio, sin afectar el capital que tiene al actor en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a reconocer y pagar intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las diferencias insolutas causadas por reajuste pensional, desde la fecha de causación de cada mesada y hasta que se haga efectivo el pago. Esto de su propio patrimonio, sin afectar el capital que tiene al actor en su cuenta de ahorro individual.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR a título de indemnización por lucro cesante, a pagar con su propio patrimonio, las diferencias generadas entre la mesada pagada por ésta y la mesada que debió concederse en el régimen de prima media, las cuales ascienden a la suma de \$327.421.118,47 con corte al 30 de junio de 2021. Y los que se continúen causando, mientras persista la diferencia pensional entre lo que hubiera recibido en el RPM y lo que recibe del RAIS. Se advierte que dicha diferencia deberá pagarse coetáneamente con la mesada mensual reconocida y sobre ella debe pagarse indexación de las mesadas causadas hasta que se efectuó el pago de la obligación.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a PORVENIR a descontar del retroactivo generado por mesadas ordinarias derivado del reajuste por IPC, el monto de los aportes al sistema de seguridad social en salud, que le corresponde al demandante y los remita de manera directa a la EPS a la cual se encuentra afiliado.

OCTAVO: COSTAS a cargo de la parte vencida en juicio. Así:

- A cargo de PORVENIR en favor del demandante. Tásense por secretaría del despacho incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente al tres por ciento (3%) de la condena impuesta.
- A cargo del demandante y favor de COLPENSIONES el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

NOVENO: ABSOLVER a la parte pasiva de las demás pretensiones que en su contra formuló el señor SHMUEL SAMUEL SHOVAL.”



APELACIÓN

PORVENIR S.A. a través de su apoderado judicial presentó y sustentó su recurso esgrimiendo que, las actuaciones de la entidad estuvieron ceñidas a la constitución y a la ley, por lo que no resulta viable la imposición de condena alguna en especial los perjuicios, toda vez que, estos no están previstos en el régimen de seguridad social vulnerándose el derecho de defensa de la entidad; alude que, no solo basta con que se soliciten los perjuicios sino que deben probarse junto con los requisitos para su configuración, lo cual no fue demostrado en el curso del proceso, razón por la cual se solicita se revoque en su integridad el fallo; aunado a lo anterior, la parte actora debió demostrar que se causó un daño, la ganancia o provecho que dejó de percibir y la actuación u omisión del tercero que configuro el daño, requisitos que no se demostraron ni se presentaron, pues a la fecha viene percibiendo el actor su mesada pensional desde el 2014.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Preliminar

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

2. Objeto de la Apelación

El problema jurídico por resolver se circunscribe en determinar si al señor **SHMUEL SAMUEL SHOVAL** le asiste derecho al reconocimiento y pago a título de indemnización de perjuicios en razón de la diferencia de la pensión de vejez reconocida por **PORVENIR S.A.** y la que hubiere recibido en **COLPENSIONES**.

3. Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si se configuran los elementos necesarios para conceder la indemnización reconocida por el A quo; sea lo primero indicar que está acreditado el traslado de régimen efectuado el 01/08/1998, desde el RPMPD administrado previamente por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**



No es objeto de discusión en sede de apelación, las liquidaciones efectuadas por el A quo y sus extremos temporales, toda vez que, el recurso impetrado por el apoderado de **PORVENIR S.A.** se centró en desvirtuar la configuración de perjuicios y sus elementos.

Por otro lado, para determinar el origen de la afectación que alude el demandante se debe traer a colación lo dispuesto por el órgano de cierre en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional.

En reciente Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos que se pueden extrapolar al caso objeto de estudio, veamos:

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021).

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

El **deber de información** se instituyó en cabeza de las AFP'S desde la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, además el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».



La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está igualmente tipificada en las siguientes normas rectoras:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

Ahora bien, en el expediente no hay prueba acerca de la información dada al demandante al trasladarse de régimen, siendo insuficiente la mera firma del formulario, pues, esta prueba un consentimiento, pero no un consentimiento informado, lo que conllevaría a la ineficacia del traslado por falta de información con base en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, tal ineficacia no se decretará tal como se señalará más adelante por cuanto el demandante fue pensionado por el RAIS.

3.1. Reparación del Daño por Omisión al Deber de Información de las AFP'S en el Traslado de Régimen Pensional

Al respecto se tiene que, **PORVENIR S.A.** le reconoció al señor **SHOVAL** prestación por vejez a partir del 01/11/2014, en la modalidad de retiro programado, por ende, el presente caso debe ser objeto de análisis a la luz de la Sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 emanada del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral, el cual señaló en similar asunto que:

“... si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relieves algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

(...)

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”

De lo anterior se colige que, a los pensionados le resulta inviable acceder a la ineficacia de traslado de régimen, no obstante, el apoderado judicial de la parte actora solicitó en forma subsidiaria el reconocimiento y pago a título de indemnización de perjuicios la diferencia equivalente entre la mesada que devenga en el RAIS con **PORVENIR S.A.** y la que hubiere recibido de haber permanecido en el RPMPD regentado por **COLPENSIONES**, por ende, para el estudio de dicha pretensión, es preciso indicar que, la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, antes citada, deja varias inquietudes y vacíos, que considera este Cuerpo Colegiado que no pueden pasarse por alto.

En la misma Sentencia SL373 de 10 de febrero de 2021, la Corte abre la posibilidad de que los pensionados que se consideren afectados en su prestación económica por la omisión del deber de información pueden reclamar su debida reparación, veamos:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”

Ahora bien, de por sí, encuadrar la situación fáctica dentro del derecho de daños puede tener un tono de cosificación de un derecho fundamental a la Seguridad Social, afectándose la dignidad humana del pensionado, cuando se pudo hablar de que el fondo privado de pensiones tendría que compensar la situación a través de una pensión complementaria o adicional, aspecto más acorde con la naturaleza jurídica de los derechos sociales en juego, quedándonos dentro del concepto de tutela reintegradora.

Es preciso distinguir entre tutela reintegradora de derechos, restitutoria de derechos y reparadora.

La tutela reintegradora tiene por objeto la protección de los derechos y situaciones subjetivas devolviendo al titular el derecho subjetivo violado o la situación jurídica lesionada; por su parte, la tutela restitutoria tiene por objeto devolver las cosas a su titular o, poseedor; en cambio la tutela reparadora o curativa tiene por finalidad la reparación de un daño producido, sea contractual o extracontractualmente, fin que puede conseguirse por diversos medios que de manera genérica consisten en medidas específicas o medidas de reparación económicas o equivalentes.¹

La responsabilidad civil contractual o extracontractual no tiene por misión reintegrar o restituir derechos subjetivos o reales, sino que su función es netamente reparadora.

De lo visto, se tiene que, el restablecimiento del derecho es una institución del derecho de carácter general distinta del resarcimiento y, en ese orden, la función de las normas de protección de derechos subjetivos absolutos y otras situaciones jurídicas, buscan reintegrar un estado de cosas correspondientes a la situación

¹ Tapia Gutiérrez, Paloma *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, editorial Dykinson, Madrid 2013, pág. 124.



jurídica que confieren para lo cual es irrelevante la culpa, el daño y la relación de causalidad, en cambio, las normas de responsabilidad civil no requiere la lesión de un derecho subjetivo sino la existencia de culpa, daño y relación de causalidad².

Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA³ reclama para las acciones de reintegración de los derechos de la personalidad la misma tipicidad y el mismo carácter principal que se le atribuye a las acciones de restitución (reivindicatoria, negatoria o declarativa de dominio), como acciones típicas de tutela del derecho de propiedad, al servicio de las cuales, de manera subsidiaria, en ambos casos se hallan las acciones de daño, sin que éstas últimas puedan ser típicas acciones de defensa del derecho agredido, como tampoco son del derecho de propiedad. En el mismo sentido PANTALEON PRIETO.⁴

Y de manera contundente TAPIA GUTIÉRREZ⁵ señala:

“Por tanto, la tutela restablecedora persigue la cesación y/o remoción de un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico mediante un juicio actual de adecuación a las exigencias de la normativa vigente, y su presupuesto es la mera contradicción con el Derecho, sin dependencia alguna de la verificación de un daño ni de la realización de una conducta típica y culpable.”

Lo anterior, se traduce para el caso concreto en que, al ser desconocidos los artículos 271 y 272 y demás normas citadas en esta providencia, por falta de información en el traslado de régimen pensional y al ser afectado el derecho fundamental a la pensión de vejez, derecho subjetivo en general, corresponde la reintegración del derecho, esto es, reconocérsele el derecho a la pensión en los términos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, condenándose al pago de la pensión en forma completa, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios, sin indagar sobre la triada de la responsabilidad civil: culpa, daño y relación de causalidad.

Un ejemplo de tutela restablecedora se encuentra en el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 sobre acción de tutela, al señalar *“Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la*

² Tapia Gutiérrez, Paloma *La reparación del daño en forma específica...* op. cit. pág. 136

³ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *La ley del honor*, veinte años después DLL, No 5591, 2002, pág. 4

⁴ Pantaleón Prieto, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en *estudios de responsabilidad civil (en homenaje al profesor R. López Cabana*, editorial Dykinson 2001, pág. 440.

⁵ Tapia Gutiérrez, Paloma, *La reparación del daño en forma específica...* op. cit. pág. 138



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible”. Otro ejemplo de esta tutela es la clásica acción de nulidad y restablecimiento del derecho en lo contencioso administrativo.

Pasando por alto lo anterior, la expresión reparación integral prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, no solo comprende la indemnización de perjuicios, ya que, la indemnización es la especie, siendo el género la reparación in natura o específica. Aún más, la principal forma de reparación es la específica; y, ante la imposibilidad de volver al estado anterior, se procede a la indemnización de perjuicios.

El profesor Llamas Pombo⁶ precisa al respecto:

“Para poner algo en orden en tanto embrollo, si se reflexiona un poco sobre el asunto, creo que se pueden admitir las siguientes conclusiones:

1º) Reparar constituye el género al que pertenecen todas las formas de liberar o compensar al perjudicado, de enmendar, corregir o remediar el daño.”

2º) Esa reparación, obviamente, puede efectuarse por muy distintas vías, que requerirán ser adecuadamente denominadas. Y muy principalmente, las dos que clásicamente se mencionan: reparación en forma específica o in natura, y reparación mediante el pago de una compensación pecuniaria...”

(...)

“Sin embargo, el necesario rigor técnico-jurídico obliga, a mi juicio, a ver las cosas desde otra perspectiva, para reservar la expresión indemnizar para los supuestos de reparación de carácter sustitutivo-pecuniario, de manera que la indemnización no es sino una especie del género reparar. La indemnización (o su sinónimo resarcimiento, según hemos propugnado) reparar el daño por una vía muy concreta, que es la de establecer una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido, por utilizar las palabras de De Cupis. Cuestión diferente a la estrictamente terminológica que aquí nos ocupa, es que uno no admita la posibilidad metafísica de una reparación en forma específica y se piense, como Fischer, que ante la imposibilidad ‘de borrar lo ya ocurrido’, de eliminar de la realidad histórica del daño ya ocurrido, no hay otra solución que acudir al remedio indemnizatorio pecuniario: “quod factum est, infectum fieri nequit. Desde tal perspectiva, reparar equivale a indemnizar porque no hay otra manera de hacer lo primero. Sin embargo, si se admite la posibilidad de reparar en forma específica, es obligado concluir que la indemnización es justamente ‘la otra vía’, la del sustantivo económico: todo el que indemniza repara (por equivalente); pero no todo el que repara indemniza, pues existen otras vías de reparación distintas al resarcimiento económico”.

(...)

“...la restitución de las cosas a su estado anterior o, desde una visión patrimonialista, la recomposición material del activo patrimonial de la víctima es, sin duda, la forma más elemental a forma genuina de reparar el daño”.

⁶ Llamas Pombo, Eugenio, Problemas actuales de la responsabilidad civil, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2011; y, “Las formas de prevenir y reparar el daño”, editorial la Ley, Madrid 2020, págs. 212 a 276.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“Sin embargo, si tratamos de precisar algo mejor este concepto vemos que, en realidad, siempre resulta metafísicamente imposible retornar al estado anterior, sino que, más bien, en realidad, lo que hacemos es ‘imaginar’ cómo habría evolucionado el estado de cosas en caso de no haberse producido el daño, es decir no tanto contemplar ‘cómo estaba entonces el perjudicado’ como averiguar ‘cómo estaría hoy de no haberse irrogado el daño’, y llevar al perjudicado a dicha situación ideal, hipotética o imaginaria. En otras palabras, construir ‘la situación que, según los cálculos de la experiencia humana y las reglas de lo probable, existiría de no haber acontecido el daño’, idea que va mucho más allá que limitarse a ‘devolver las cosas al estado anterior’ mediante una sustitución estática de activos, pues incluye dentro del perjuicio reparable todo aquello que hubiera podido obtener, realizar o disfrutar la víctima está dentro del curso normal y razonable de los acontecimientos, desde una perspectiva dinámica del patrimonio.”

En el mismo sentido la doctrina colombiana dentro de los que destacamos JUAN CARLOS HENAO PÉREZ⁷, en el artículo *“Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacía su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”*. En igual forma, el profesor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ⁸

Por otro lado, también surge del derecho de daños el principio que se enuncia: cada tipo de daño tiene su forma de reparación, de lo que deviene que para cada modalidad de daño merece una forma de reparación diferente.

No podemos quedarnos en los términos del artículo 2341 del Código Civil cuando enuncia que todo el que causa un daño debe indemnizarlo, pues, es norma posterior y más moderna la expresión reparación integral que se desprende del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, lo cual se compagina con el derecho afectado por el daño, respecto al cual nos referiremos enseguida.

El derecho afectado con el daño de la falta de información es la pensión de vejez en su cuantía, cuya naturaleza jurídica va ligada al derecho social fundamental de la Seguridad Social, amén de ser un derecho de tracto sucesivo, vitalicio y transferible a los beneficiarios al momento de la muerte, por lo tanto, la reparación debe darse en los mismos términos característicos del derecho afectado.

Bajo las anteriores caracterizaciones la reparación debe ser de tracto sucesiva, es decir, pagada bajo mensualidades, vitalicia y transmisible a los beneficiarios, pues de no tener esas connotaciones, no estamos en presencia de una verdadera reparación. Adicionalmente, en este caso es posible aplicar la teoría de la diferencia entre el derecho que recibiría el demandante de no ser conculcado y el derecho

⁷ Henao J.C., *Revista de derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No 28, enero-junio 2015, pp 277-366.

⁸ La reparación in natura del daño, *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana 2005, pág 187 S.S.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

como quedó producto de la afectación por la conducta del demandado **PORVENIR S.A.**

El derecho a la pensión es imprescriptible, sólo prescriben las mesadas no cobradas oportunamente, en consecuencia, solo prescribirán las mesadas producto de la reparación no cobradas oportunamente, de lo contrario no estaríamos frente a una reparación. Ahora bien, es posible que surjan otros perjuicios concomitantes con la reparación antes prevista, en cuyo caso, la forma de reparación es la indemnización, la cual si está sujeta a la prescripción de cualquier daño.

La culpa en este caso viene dada por la conducta negligente de la administradora al no suministrar la información en los términos indicados en esta providencia; el daño se encuentra acreditado y consiste en las diferencias de pensión que deja de percibir el afiliado a la seguridad social y, por último, la relación de causalidad está acreditada, pues, de mediar dicha información el daño no se hubiera producido.

Ahora bien, si persistimos en la indemnización como forma de reparación, tenemos que, en el derecho moderno de obligaciones, la indemnización puede revestir la modalidad de una renta periódica o vitalicia, sobre todo en aquellos casos de daños continuados, como sería el evento analizado donde la afectación tiene vocación de permanecer en el tiempo.

Por vía de comparación el artículo 10:102 de los PELT⁹ señala: *“La indemnización se otorga mediante suma alzada o renta periódica según resulte apropiado en atención, de modo especial, a los intereses de la víctima”*.

En idéntico sentido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de diciembre de 2012, expediente 05266-31-03-001-2004-00172-01, donde se señaló:

“Tampoco logró demostrar el recurrente que la orden de pagar una renta vitalicia le haya resultado desfavorable por ser superior a la suma de dinero solicitada en la demanda, pues el cálculo que formular esa hipótesis partió de la base de la vida probable del lesionado de 50 años. Lo cual no tiene ningún asidero probatorio como quiera que el Tribunal concluyó que no había manera de pronosticar cuantos años más podía llegar a vivir la víctima. De ahí que ese argumento sea más que una mera conjetura o especulación, sin la virtualidad suficiente para atacar las bases del fallo.”

⁹ Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.



Cabe destacar que, la renta vitalicia no es ajena a nuestro ordenamiento de la Seguridad Social, pues, la misma está prevista como modalidad de pensión en el Régimen de Ahorro Individual cuya descripción viene dada en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993. Del mismo modo en los artículos 2287 a 2301 del código Civil también se encuentra esta figura jurídica.

Como colofón se tiene que, el señor **SHMUEL SAMUEL SHOVAL** ostenta la calidad de pensionado en el RAIS bajo la modalidad de retiro programado y a través de su apoderado solicitó subsidiariamente a título de indemnización la diferencia de la mesada conculcada por la omisión al deber de información resulta procedente al resultar inviable el camino de la ineficacia.

Resulta importante indicar que, desde el ámbito de la responsabilidad civil, si se acoge el criterio de la Corte Suprema de Justicia, para efectos de reparar los daños, una de las primeras teorías que se construyó en el moderno derecho de obligaciones es la de que el daño se repara a partir de la diferencia de patrimonio. Así Friedrich Mommsen lo entendió como la diferencia entre el importe del patrimonio de una persona, como es en un determinado momento, con el importe que tendría este patrimonio en el momento en cuestión sin la intromisión de un determinado acontecimiento dañoso.¹⁰

En ese orden de ideas, se ha dicho¹¹ que el daño es el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito

Así las cosas, no es de extrañar que, el resarcimiento que aquí se ordena y hasta el mismo restablecimiento del derecho, sea las diferencias pensionales por los actos omisivos de las entidades condenadas.

¹⁰ Citado por Llamas Pombo, op cit. Pág. 195

¹¹ Llamas Pombo, op. cit. Pág. 197



Es pertinente dejar constancia que, esta sentencia no tiene el efecto de revocar el reconocimiento pensional del actor parte de **PORVENIR S.A.**, pues, ese aspecto no fue objeto de debate, entonces, por todo lo esgrimido en precedencia se confirmara el fallo en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

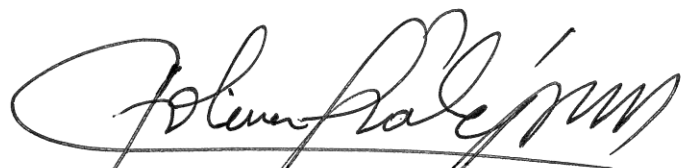
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia Apelada N° 236 del 21 de julio del 2021, emanada del Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.500.000 en favor del demandante **SHMUEL SAMUEL SHOVAL**.

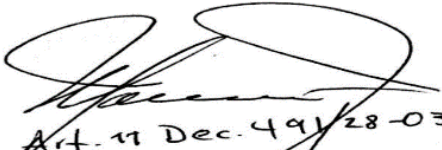
TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

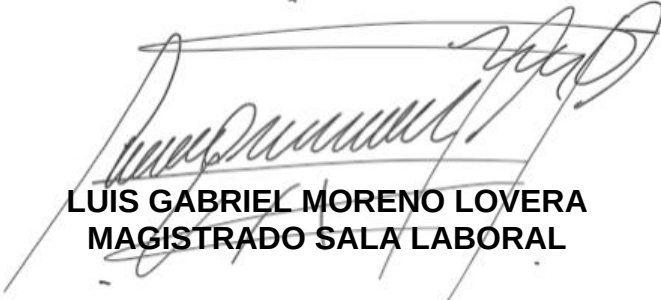
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
MAGISTRADO SALA LABORAL




Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADA SALA LABORAL


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
MAGISTRADO SALA LABORAL

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **2dac4c7751254dc8834bc17db33e06d27e9d9546334090bfd37b71939d2371da**

Documento generado en 09/03/2022 09:44:32 AM

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