ACLARACIÓN DE VOTO

ORDINARIO DE LUIS HERNÁN ACEVEDO RIASCOS contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**,
RADICACIÓN N° 76001-31-05-012-2020-00532-01.

Me permito aclarar el voto en los siguientes términos:

1.-Comparto la decisión de conformidad con el nuevo precedente que se cita en la sentencia emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte, dentro del radicado SL373 de 10 de febrero de 2021.

2.- La sentencia deja varias inquietudes y vacíos, que considero no pueden pasarse por alto.

3.- La sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que no es posible declarar la ineficacia a pesar de no existir consentimiento informado…sin embargo, deja abierta la puerta del interesado para reclamar daños y perjuicios, hablando de reparación integral, para después decir que puede demandar la indemnización total de perjuicios y termina diciendo que la prescripción se cuenta desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado.

Considero que antes de acudir a instituciones civiles de la responsabilidad civil, como la reparación y la indemnización, lo pertinente es circunscribirse al denominado restablecimiento de derechos, que es una institución ajena a la culpa, al daño y al nexo de causalidad, simplemente se afectó un derecho subjetivo, el cual debe restablecerse en términos semejantes a como ocurre en la Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, o en el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la Acción de Tutela.

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 Pombo 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:

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

2°) 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 repararen 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”.

“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.”

Ahora bien, 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 unja verdadera reparación.

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 en presencia de 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.

Hay otros vacíos en la sentencia, verbigracia, ¿si hubo traslado entre varios fondos quién debe indemnizar? ¿Existe solidaridad?.

En estos términos dejo sentado mi aclaración de voto.

Atentamente,

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Sala Laboral