

REF. ORDINARIO DE RUFINO CUERVO BETANCOURT VS. PORVENIR S.A.,
PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES LITIS: NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y
CREDITO PUBLICO RADICACIÓN: 760013105 001 2018 00208 01

ACLARACIÓN A SENTENCIA No.387 del 30-09-2021 CON PONENCIA DRA. MONICA TERESA
HIDALDO OVIEDO

Para este sincrético escrito de ACLARACIÓN DE VOTO, lo hago con base en el estudio realizado a la sentencia CSJ-SL373-2021 FEB 10 DE 2021, a manera de crítica -examen y con glosas a la manera de la escuela de los glosadores, del siglo XIII-, para arribar a una matización de las distintas posibles soluciones que se pueden adoptar ausentes en la ponencia, so pretexto de no pedir perjuicios y o.>, para aplicar una buena justicia material; por lo que tomo las base factuales de aquella sentencia, y no las de la ponencia de Sala, porque se trata de evidenciar tales matizaciones posibles con los aspectos fácticos y teóricas de la sentencia matriz, porque es lo que interesa para entender el tratamiento que en esa sentencia de la Corte y la de ponencia dan a un tema que requiere más profundidad teórica, por ello no modifíco de la matriz los supuestos de que parte:

- 1.- PIDE QUE PROTECCIÓN PIERDA LAS MESADAS PAGADAS DESDE 19-06-2008, BAJO LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO Y EN CUANTIA DE \$669.179;
- 2.- COTIZA E RSPMPD 1455,57 SEMANAS<ACEPTADO POR COLP> Y 257,42 SEMANAS EN RAIS< DESDE 05-10-1999 MIGRA A AFP SANTANDER, LUEGO EL 09 05 2000 A AFP PROTECCION; FORMULARIO QUE RECIBÍ INFORMACIÓN Y ASESORÍA, EN SEPT-2006 FUE REASESORADO>, TOTAL 1.713 SS;
- 3.- PROTECCIÓN ACEPTO PUNTO 2 Y PROPUSO EXCEPCIONES VALIDEZ DEL TRASLADO Y RATIFICACIÓN DE LA AFILIACION AL RAIS, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA, PRESCRIPCIÓN, PAGO, COMPENSACIÓN, BUENA FE Y LA INNOMINADA.
- 4.- PROTECCIÓN FORMULA DEMANDA DE RECONVENCIÓN QUE EN EL EVENTO QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, SE CONDENE AL ACTOR A REINTEGRARLE LAS SUMAS DE DINERO PAGADAS, ESTE SE OPUSO Y EXCEPCIONA FALTA DE LEGITIMACIÓN, INEXISTENCIA DEL DERECHO, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA.

ES UNA FALACIA DECIR QUE POR SER SSI-ENPENSIONES, QUE LO QUE HAGA COLPENSIONES A PETICON DEL AFILIADO AFECTA A LOS RAIS, NI FINANCIERA, JURIDICA, LEGISLATIVAMENTE, NI ECONOMICAMENTE COMO TAMPOCO AFECTA NI AL RAIS NI AL SSI, IGUAL, LO QUE HAGA EL AFILIADO AL RAIS Y LE PIDE NO AFECTA PARA NADA NI AL SSI-PENSIONES-COLPENSIONES NI A LOS OTROS RAIS, PORQUE EN ESTE EL AFILIADO ES DUEÑO EN SU CUENTA INDIVIDUAL DE AHORROS DE SUS APORTES, RENDIMIENTOS Y BONO PENSIONAL, ART.63 Y 62, LEY 100/93 Y EL RAIS NO LE VA A DAR MÁS ALLÁ DE LO

QUE TENGA DE CAPITAL <EXCEPTO EN LA GARANTIA DE PENSION MÍNIMA, ART.65,IB.>, SON TOTALMENTE INDEPENDIENTES Y OPERA CADA RÉGIMEN AUTÓNOMAMENTE Y CON LA LEGISLACIÓN, QUE TAMBIÉN ES PARTICULAR Y ESPECÍFICA PARA CADA RÉGIMEN.

5.-EN SENTENCIA EL JUZGADO 5LAB DEL CIRCUITO DE CALI DECLARA PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS ANTELADAS AL 18-05-2013; DECLARA LA NULIDAD DEL TRASLADO DEL RSPMPD AL RAIS; ORDENA A PROTECCION TRASLADAR A COLPENSIONES LOS VALORES DE LA CUENTA INDIVIDUAL; CONDENA AL ACTOR A PAGAR A ESTA ÚLTIMA LA DIFERENCIA ENTRE LO AHORRADO EN EL RAIS Y EL MONTO TOTAL DEL APORTE EN EL RSPMPD, EN CASO DE NO EXISTIR EQUIVALENCIA ENTRE LOS APORTES; ORDENO A COLP RECONOCER LA PRESTACIÓN DE VEJEZ DEL ACUERDO 049/90, APLICABLE EN REGIMEN DE TRANSICIÓN; DESESTIMO LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN; IMPUSO A COLP EL PAGO DE INTERESES MORATORIOS A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE RECIBA LOS RECURSOS POR PARTE DE LA AFP PROTECCION S.A.

6.- EN SENTENCIA II INSTANCIA, AL RESOLVER LAS APELACIONES DE LAS PARTES Y CONOCER EN GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, SL-CALI REVOCÓ EL FALLO DEL JUEZ Y, EN SU LUGAR, LAS ABSOLVIÓ DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

EL AD-QUEM CENTRÓ EL PROBLEMA JURÍDICO EN DETERMINAR SI EL ACTOR RECIBIÓ INFORMACIÓN SUFICIENTE AL TRASLADARSE DEL RSPMP AL RAIS. EN SÍNTESES, DEDUJO QUE AFP CUMPLE EL DEBER DE INFORMACIÓN. OBSERVO EL FORMULARIO, EXRESO HABER RECIBIDO INFORMACIÓN AL IGUAL QUE AFIRMÓ SER BENEFICIARIO DEL REGIMEN DE TRANSICION Y QUE LE HICIERON PROYECCIÓN DEL MONTO DE SU PENSIÓN POR \$1.294.243.

QUE FUE REASESORADO EL 12-09-2006, RECIBIÓ INFORMACIÓN CLARA, ASÍ COMO LOS CALCULOS DE LA PRESTACION Y MANIFESTÓ SU INTENCION DE CONTINUAR VINCULADO A LA AFP PRIVADA.

QUE FUE PREVENIDO EN DOS OPORTUNIDADES ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DE SU VINCULACIÓN EN EL RAIS, <<PARADOJICO QUE EL ACTOR HAYA APROVECHADO SU AFILIACION AL RAIS, CUANDO SE PENSIONO ANTICIPADAMENTE A LA EDAD DE 55 EN EL AÑO 2009, EN LUGAR DE ESPERAR A LOS 60 Y AHORA SI CONVENIENTEMENTE JUZGAR SUS DESVENTAJAS...>>

CASACION

7.- El pensionable "Acusa la sentencia controvertida de violar directamente y por interpretación errónea, los artículos 13 literal b), 31, 36, 90, 91 literal d), 141 y 272 de la Ley 100 de 1993, 4.º, 5.º, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, 97, numeral 1.º, del Decreto 663 de 1993, 63, 1502, 1508 y 1604 del Código Civil, 60, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 3.º del Decreto 1161 de 1994, lo cual condujo a la infracción directa de los artículos 12 y 13 del Decreto 758 de 1990, 36 de la Ley 100 de 1993 y 48, 53 y 83 de la Constitución Política.

En autos, el a-quo condena y declara la ineficacia del traslado de RSPMPD al RAIS, y condena a COLPENSIONES a reconocer la pensión en transición y conforme a los parámetros normativos del Acuerdo 049 de 1990 y decreto aprobatorio 758 de 1990, con una pensión a partir del 01 de abril

de 2016 y en cuantía de \$1.037.027, con diferencias pensionales -sic- desde entonces hasta 31-10-2019 de \$17.361.483.

El proyecto y final sentencia en esta sede, simplemente con apego en SL373-2021, revoca y absuelve porque la parte demandante estaba ya pensionada por el RAIS.

Comienza precisando que no obstante con afirmaciones que sí se dan todos los presupuestos para declarar la INEFICACIA de todo traslado al RAIS, por lo que COLFONDOS debe hacer las devoluciones de ley y jurisprudenciales que se han establecido hasta ahora, por la jurisprudencia de alta corte y de esta Sala, empero hasta ahí llega el ejercicio del buen derecho y de la justicia material, porque con base en lo dispuesto en la SL373 del 10 de febrero de 2021, como en puntos:

“[...]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. 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 las 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 reversar 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 pensonal elegida.”.

Consideramos con base en el principio de todo ordenamiento jurídico que las cosas se deshacen como se hacen, y que para el juez no hay nada vedado que se lo impida la Constitución con base en sus principios, reglas, valores y aspiraciones sociales, y en derechos sociales atinentes a las pensiones de los trabajadores y cotizantes a los distintos regímenes compatibles en un SSSI en pensiones, como el contemplado en el art. 12, Ley 100/93 <y todas sus reformas posteriores>, pues, aquí se deben hacer prevalecer los derechos fundamentales sobre las formalidades legales y procedimentales, y aún sobre las sustanciales, cuando se trata de hacer brillar y que prevalezca la justicia material, pues, el Estado legislador ni el Estado administrador/ejecutivo, tuvieron la función protectora al cotizante activo de seguridad social previsional al ISS, de entonces administrador del RSPMPD hoy COLPENSIONES, ni de extender una barrera JURÍDICA protectora al fondo público o gubernamental administrador de pensiones ISS, sino que dejaron al garete a unos y a otro, y por

ello el codicioso capital financiero internacional y nacional entra a saco y mansalva a capturar a incautos trabajadores más antiguos de las empresas, en campañas no controladas por el Estado;

Ello conllevó que en los primeros diez años de vigencia de la Ley 100 de 1993, descapitalizaran al ISS que, junto con otros problemas históricos, obligaron a que la Ley 1151 de 2007, lo extinguiera y entrara en liquidación en todos sus negocios, y en el artículo 155 de la misma ley, ordenara la creación de COLPENSIONES, gracias a la presión social de algunos sectores de trabajadores y de la clase media para que se conservara el RSPMPD, como contraste con el RAIS o capitalismo puro en pensiones.

Esa ausencia de estado legislador y administrador obliga hoy al estado-juez, a reivindicar a los cotizantes del ISS y supervivientes en COLPENSIONES, para que retornen, de una u otra manera, al RSPMPD para que sus economías de subsistencia con una mesada pensional quede algo representativa y superior al salario mínimo del momento. Y es la función que venía desempeñando la jurisdicción de la seguridad social en pensiones frente a la desesperada acción de nulidad del traslado o afiliación que habían hecho miles de ciudadanos, con el miedo y propaganda negra de los FAP-RAIS que el ISS se iba a terminar y perderían sus ahorros, ni pensión para ellos ni herencia para sus hijos, con violación de todas las reglas de información veraz y documentada, de proyección de pensión con base en la ciencia financiera y en la teoría de juegos, de un análisis del pro y contra entre RSPMPD y RAIS, con la debida consejería, acompañamiento y buena orientación, pero siempre abusando de su posición dominante los RAIS lograron obtener en esos primeros , así como en los siguientes años, miles de millones de regalías que giraban en billones de pesos a las matrices, nacionales y extranjeras, sin ningún control del estado; y el estado dejaba de largo la miseria de los pensionados en RAIS con pensiones mínimas -porque así lo exige la ley, de lo contrario serían inferiores- y éstos buscaron en la jurisdicción que les hiciera justicia material ante tanto abuso del mercado del dinero.

Justicia que venía aplicando el estado-juez en seguridad social en pensiones, en alguna medida, pero hoy se ve truncada ante este aparente obstáculo jurídico que es la SL373 del 10 de febrero de 2021 fundada en el Estado de Derecho del siglo pasado, sustentada totalmente en los principios del derecho civil y comercial, que contienen reglas y principios sobre los negocios de las cosas, por supuesto referidos a las personas, propio del estado de derecho decimonónico, y olvidando que en Colombia desde el 04 de julio de 1991 existe un Estado Social para las personas, en un marco jurídico moderno; y viene a impedir esa nueva sentencia que el estado-juez siga desarrollando progresivamente los principios de la seguridad social, con miras a dar mayor cobertura a los trabajadores y a mejorar sus condiciones económicas a través de una mesada digna y que compense realmente sus esfuerzos de 20 o 30 años de trabajo.

Esa progresividad se trunca, porque , matizando en la situación jurídica que el trabajador <muchas veces apresuradamente y acosado por su FAP-RAIS> viene al proceso de ineficacia <para volver al statu quo ante> con pensión pírrica otorgada por el fondo privado, y so pretexto de situación consolidada, se siente <hacen incapaz al juez > incapaz de quebrar los cánones tradicionales de los negocios privados civiles y comerciales -las pensiones, en cualquier fondo, son públicas-, y por ello el estado-juez queda reducido a un infra papel de sentenciador porque le impiden <violando principios constitucionales, derechos fundamentales y normas de bloque de constitucionalidad> que modifique lo realizado a espaldas del trabajador, del pensionado o beneficiario de la pensión,

que involucra personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y ,por tanto, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

En realidad de verdad no se evidencia tal intervención o perjuicio, por ejemplo, los bonos pensionales <que existen cuando el trabajador antes de ley 100/93, trabajaba para entidades del sector público que no cotizaban a ningún sistema previsional estado o que fungían en el pasado como cajas pagadoras de pensión, o que en tiempos de la nueva ley no cotizaban a ningún fondo, o que las empresas privadas a las cuales sirvieron en el siglo pasado no cotizaron , deben responder con la cuota aparte o con el título pensional pertinente, o que ya en el pasado u hoy cotizaron al ISS-LIQUIDADO HOY COLPENSIONES , y en virtud del traslado , el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe responder con bono pensional ante el RAIS>, son dineros y derechos que el fondo pensionante debe reclamar para completar el capital mínimo necesario para, bajo las distintas modalidades de pensión que le permite el artículo 79,Ley 100 de 1993 <renta vitalicia inmediata, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida y las que autoriza la Superfinanciera en su Circular 13 de abril de 2012, tres modalidades adicionales: 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>.

No hay problema con el capital que arroje el bono pensional, porque, en principio, las mesadas en el RAIS se deben financiar primero con los recursos producto de aportes, sus rendimientos y otros, y hasta que no se agote, no debe comenzar a descontar el capital del bono, es decir, éste debe ser el último que se tome para enjugar cada mesada, y no al contrario, que sea el primero. Luego, válidamente se pueden, sin mayor traumatismos para el Estado , es capital que éste recibe o cobra de otras entidades, no es capital del presupuesto nacional, y de todas formas no es suyo y presupuestalmente está destinado a enjugar pensiones>, no sufren las cuentas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues, estos dineros los debe manejar en cuentas separadas e individuales. No es cierto que produzca traumatismos ni disfuncionalidades.

Que se afectan relaciones jurídicas, es posible<si se piensa en negocios civiles y comerciales entre sujetos>, pero esto parte de la responsabilidad de caja sujeto de derecho desde el inicio<en cada negocio o transacción va envuelta la condición resolutive>, y es el devenir consecencial cuando se trata de proteger derechos sociales de las personas, si pensamos en un Estado Social que está al servicio de las personas y no en un estado de derecho social que utiliza al ser humano como eje de sus políticas públicas.

Por supuesto que, en todo procedimiento jurídico y financiero, en que se reversen operaciones, se van a afectar derechos, obligaciones e intereses de terceros, porque éstos tienen conciencia que obran en un contexto social en que lo que importa es la persona y los intereses pensionales de los individuos.

No es tan cierto que se afecte el sistema, porque se involucran cuentas individuales e intereses pensionales, que en el caso de decretarse la ineficacia del pensionado en el RAIS, se ordena cesar la pensión a cargo del RAIS <este debe devolver todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales si los hay, comisiones y gastos de toda índole con los rendimientos que debieron producir esas sumas como si el traslado nunca se hubiese dado del RSPMPD al RAIS>, las devoluciones o compensaciones sobre los retroactivos de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, lo que en realidad de verdad no afecta NINGÚN sistema, ni el RSPMPD ni el RAIS.

En cuanto a las modalidades de pensiones que pueden ofrecer los RAIS <tanto las del art. 79, Ley 100/93 como las de la Circular 13 de abril de 2012 de Superfinanciera: 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>. Por supuesto cada modalidad tiene sus propias reglas, métodos de cálculo y requisitos, pero ninguna se calcula sin conocer el capital total que va a financiar la pensión, que conjunto con el conocimiento del grupo familiar del beneficiario, va a determinar el monto. Pero es que aquí se olvida que el FAP no es el que da la pensión, es un mediador frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y frente a la Compañía aseguradora de vida, que es con la que celebra el contrato de seguro, según la modalidad de pensión, para que esta compañía le pague la pensión, bien sea directamente o a través del FAP; como también se olvida que esta compañía de seguros de vida en las cuatro últimas modalidades de pensión <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>, cuando hay pensionado y al morir éste no se ha agotado el capital, pero no deja beneficiarios sustitutos de la pensión, tampoco deja herederos en el orden civil y de Ley 100/93, ese capital no agotado que ante ausencia de herederos debería con Ley 100/93 ir al FOSYGA en pensiones, hoy en día, con la citada Circular 13 de abril de 2012, se apropia la compañía de seguros de vida de ese capital sobrante o no agotado. El afiliado termina trabajando para la compañía aseguradora de vida, que, por regla general, pertenece al mismo grupo económico del RAIS.

En derecho social de la Seguridad Social en Pensiones, sí debe ser posible que el estado-juez tenga la potestad jurisdiccional de reversar no solo todo acto de traslado y de reconocimiento de pensión, sino también todas las operaciones, actos y contratos celebrados entre el afiliado, el FAP-RAIS, las compañías de seguros de vida, entidades oficiales y de los inversionistas, pues, todos son mercaderes del capital de pensiones. Lo cual en el contexto público y social, no tienen por qué resultar afectados, porque se están restableciendo los derechos conculcados del trabajador.

Una forma de matizar la situación del pensionado en el RAIS que demanda que se le restablezca su situación y ubicación en el RSPMPD administrado hoy por COLPENSIONES, si se hace justicia material en derecho social, es

a)- dar prosperidad a la INEFICACIA del traslado y ordenar que el RAIS O RAIS's comprometidos devuelvan todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales si los hay, comisiones y gastos de todo género que retuvieron en la época que les concierne la administración de los recursos del trabajador ahorrador para pensiones; -b) que COLPENSIONES otorgue la pensión de vejez de acuerdo con el régimen jurídico que legalmente corresponda; -c) hacer cesar el pago de la pensión por el RAIS; -d) que a título de restablecimiento de los derechos conculcados del pensionable, el RAIS pague en una única suma con cargo a su propio patrimonio, la diferencia pensional que resulte entre las dos pensiones, asumiendo el mayor valor diferencial que dé el RSPMPD frente a la que venía disfrutando el pensionado en el RAIS, debidamente indexada;

e)- además, el trabajador tiene derecho a que se le indemnice el daño, en cualquiera de sus modalidades teóricas y jurisprudenciales, que superen la cosificación del ser humano, esto es aquellas que superan los principios del ordenamiento jurídico referido a los negocios civiles y comerciales de las cosas, pues, los derechos sociales de las personas, son esencialmente de reconocimiento o de restablecimiento cuando han sido conculcados;

f.)- otra matización, sería que el RAIS asuma la pensión bajo las reglas, proporciones y principios del RSPMPD , pues, al buscar el traslado del TRABAJADOR que válidamente estaba cotizando al ISS-LIQUIDADO HOY COLPENSIONES, antes o posterior a Ley 100 de 1993 y todas sus reformas, lo traslada con toda su personalidad, temperamento, contenidos de permanencia, carga jurídica, derechos, deberes, beneficios y situaciones que garantizaban derechos al pensionable y a su familia, luego, esa carga jurídica lo obliga a que lo pensione con las reglas y principios , así como metodologías, del RSPMPD , antes y después de ley 100 de 1993.

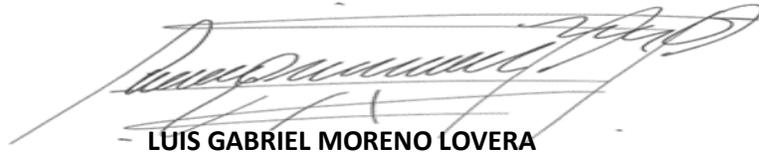
Veo contrario al Sistema Pensional, que se otorguen pensiones medias a cargo del RAIS <por el tiempo, capital y el IBC o IBL cotizado> y de COLPENSIONES < por la densidad o semanas cotizada e IBL cotizado>, un solo régimen y administradora debe asumir la pensión, porque sería fracturar los regímenes.

Pueden existir múltiples matices, para superar la pensión dada por el RAIS, a fin de restablecer los derechos sociales de los trabajadores que cotizaron antes o después de ley 100 de 1993 al RSPMPD hoy administrado por COLPENSIONES.

Se podría seguir avanzando en ideas, que no limiten al estado-juez y que garanticen los derechos sociales de los trabajadores, respetando los valores, principios, reglas y normas de la constitución y del bloque de constitucional, pero siempre sobre los formalismos y restricciones legislativas.

Data up Supra,

Cordialmente,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

MAGISTRADO

ACLARACIÓN DE VOTO

**REF. ORDINARIO DE RUFINO CUERVO BETANCOURT
VS. PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
LITIS: NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO
PUBLICO
RADICACIÓN: 760013105 001 2018 00208 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 de la Corte 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:

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”.

“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 una verdadera reparación.

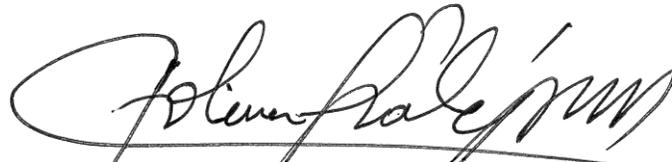
El derecho a la pensión es imprescriptible, sólo prescriben las mesadas no cobradas oportunamente, en consecuencia, solo prescribirán las mesadas producto de la reparación no cobradas oportunamente, de lo contrario no estaríamos en presencia de reparación.

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

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: **351a0776b5c94b432b8566c68c516d8496cae514af0f5ff133de5eec5bdde280**

Documento generado en 10/12/2021 02:29:16 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>