



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
- SALA LABORAL -

Santiago de Cali, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA NÚMERO 249

Acta de Decisión N° 085

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Apelación de la Sentencia N° 88 del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **BLANCA STELLA MARTINEZ BASTIDAS** en contra de **PORVENIR S.A.**, siendo llamada en garantía **COLPENSIONES** e integrado de oficio y en calidad de litisconsorcio necesario el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, el asunto está identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-012-2022-00642-01.

DEMANDA

Las pretensiones impetradas por la demandante tienen como fin que, se condene a **PORVENIR S.A.** al pago de la indemnización plena de perjuicios, estimados en la suma de \$86.103.912; se condene a **PORVENIR S.A.** a reliquidar su pensión a partir del 22/02/2021 y en cuantía de \$1.422.078 de forma vitalicia; se condene a **PORVENIR S.A.** al pago de las sumas de dinero dejadas de recibir por la frustración de no pensionarse bajo los postulados del RPMPD, valores debidamente indexado y que a la fecha de la demanda se estiman en \$2.954.546; se condene a **PORVENIR S.A.** a todo derecho prestación o pensional que llegare a probarse bajo las facultades extra y ultra petita, más costas procesales.

Refieren los hechos respecto de la demandante que, nació el 23/02/1964; que cotizó 622,43 semanas ante el ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 31/01/1984; que luego



se trasladó a **PORVENIR S.A.**; aduce que el traslado se dio sin asesoría, cálculos, proyecciones e información.

Que, para el 31/01/2022, recibe comunicación de **PORVENIR S.A.** en la cual se le informa que la solicitud de pensión de vejez fue aprobada en la modalidad de garantía de pensión mínima y en cuantía de \$1.000.000.

Que, de conformidad a cálculos estimados por su apoderado, la mesada que tendría en **COLPENSIONES** sería más alta, pues esta ascendería a \$1.422.078.

Que para el 31/05/2022, elevó derecho de petición ante **PORVENIR S.A.**, solicitando la indemnización plena de perjuicios y reliquidación de su mesada, como secuela de la omisión de información en que incurrió el fondo al efectuarse el traslado de régimen pensional; que **PORVENIR S.A.** genera respuesta a la petición el 24/06/2022, sin reconocer lo solicitado.

REPLICAS

PORVENIR S.A. frente a los hechos manifiesta que, son ciertos el 3°, 6°, 7°, 8° y 9°, que no le consta el 1°, 2° y parcialmente el 8°, respecto del resto aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepción previa: **INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO¹** y las excepciones de fondo: **PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.**

COLPENSIONES en cuanto a la demanda señala que, son ciertos los hechos 1° y 2°, respecto del resto indica que no le constan. No se opuso a las pretensiones dado que no están dirigidas en su contra y manifiesta que se atiene lo que resulte probado. Propuso como excepciones de mérito: **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA; PRESCRIPCIÓN GENÉRICA; BUENA FE Y LA GENÉRICA.**

¹ El juzgado de conocimiento, mediante Auto Interlocutorio No. 294 del 06/02/2023, se abstuvo por sustracción de materia resolver la excepción previa presentada por Porvenir S.A., toda vez que, previamente a través del Auto Interlocutorio No. 4118 del 03/11/2022, el juzgado de oficio vinculó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no se presentaron recursos.



El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, frente a los hechos indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones: **BUENA FE Y EXCEPCIÓN GENERICA.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 88 del 26 de abril de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** como litis consorte necesaria por pasiva, en consecuencia, se **ABSUELVE** a la misma de todas las pretensiones incoadas por la señora **BLANCA STELLA MARTÍNEZ BASTIDAS**.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** respecto de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** en consecuencia, se **ABSUELVE** a la misma de todas las pretensiones incoadas por la señora **BLANCA STELLA MARTÍNEZ BASTIDAS**.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por **PORVENIR S.A.**, y en consecuencia se le **CONDENA** a título de indemnización por lucro cesante, a pagar con su propio patrimonio, las diferencias generadas entre la mesada otorgada por ésta y la mesada que debió concederse en el régimen de prima media con prestación definida a la señora **BLANCA STELLA MARTÍNEZ BASTIDAS**, a partir del 23 de febrero del año 2021 y los que se continúen causando. Se advierte que dicha diferencia deberá pagarse coetáneamente con la mesada mensual reconocida por **PORVENIR S.A.**, y de forma indexada teniendo en cuenta la fecha de causación de cada mesada y la fecha en que se efectúe el pago. La cuantía de la obligación con corte al 31 de marzo de 2023 asciende a \$6.276.984.

CUARTO: COSTAS a cargo de **PORVENIR S.A.**, en favor de la demandante. Tásense por secretaría del despacho incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: ABSOLVER a **PORVENIR S.A.**, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora **BLANCA STELLA MARTÍNEZ BASTIDAS**.

SEXTO: DECLARA PROBADA la excepción denominada **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** a favor de la llamada en garantía **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de **PORVENIR S.A.**, en favor de **COLPENSIONES**. Tásense por secretaría del despacho incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

El A quo esgrimió como fundamentos centrales de su decisión que, para evaluar la procedencia de la indemnización debe tenerse en cuenta los elementos de la culpa, el daño y el nexo causal; que al no consolidarse una decisión clara, consciente e informada de la demandante respecto de su vinculación al RAIS y las consecuencias del mismo, encontrándose un déficit informativo y por lo tanto probándose la culpa; que la carencia inicial de no habersele proporcionado a la demandante información, no se suple con actos posteriores; que si hay afectación en los intereses de la demandante, porque en el RPMPD hubiera podido percibir



una pensión mejor a la reconocida en el RAIS; que respecto de la liquidación, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que se aplica Ley 797 del 2003, que la liquidación calculada y más favorable para la pensionada es el IBL de los últimos diez años por valor de \$1.789.129, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 64,52%, arrojando una mesada para el 2021 de \$1.154.346, por lo que la mesada mínima del año 2021 asciende a \$908.526, se genera una diferencia a favor \$245.820, por lo que se demuestra el daño causado porque la prestación económica se vio reducida por el traslado al RAIS; en cuanto al nexo causal, se tiene que si la demandante no se hubiera trasladado, hubiera percibido una prestación más alta de no darse el traslado.

Que la convocatoria de las otras entidades se tiene que, frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que la demandante se conserva en el RAIS debe seguirse con el trámite normal del bono pensional si hay lugar a ello, por lo que no existe responsabilidad de la cartera ministerial; en cuanto a Colpensiones como vinculada, tampoco le atañe responsabilidad alguna, la demanda no fue dirigida en su contra y nada se le reprocho, por otro lado, respecto del llamado en garantía no existe un título que le permita a Porvenir convocar a Colpensiones, no hay contrato, pacto o póliza que se le pueda exigir responsabilidad, además si el llamado tuviera como fin imponerse responsabilidad a Colpensiones porque administraba el otro régimen y los aportes de la demandante, no es procedente imponerle cargas que no existía para la época a Colpensiones, pues la doble asesoría es un desarrollo normativo posterior y se le endilga a Porvenir que no hubiera dado información de cómo funciona el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita se revoque el numeral 3° y subsiguientes en los que se le condena en costas, toda vez que, si cumplió con su deber de información contrario a lo considerado por el A quo respecto de que no se allegó prueba documental para acreditarlo, pues para aquella época en que se dio el traslado de régimen, no existía la carga que hoy se le atribuye, sin que se le pueda aplicar retroactivamente desarrollos jurisprudenciales y normativos posteriores al acto; que respecto del precedente del Tribunal de Cierre, este estipula que hay unas etapas del deber de información, por lo que solo pueden endilgarle lo estipulado en la Ley 100 de 1993



y Decretos Reglamentarios; que conforme al interrogatorio de parte y el formulario de afiliación, se acredita que la afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales, pues manifestó la demandante que si se le ofertaron las ventajas y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada entre otros; que deben tenerse en cuenta los actos de relacionamiento, pues la demandante incluso solicitó su pensión lo que demuestra su voluntad de permanencia en el RAIS; que sobre la pensionada también recae una carga informativa, es decir, debe informarse a efectos de establecer su situación pensional y/o trasladarse en el término previsto, no demuestra inconformidad con el RAIS.

Que se opone a la indemnización, toda vez que, no se dieron los presupuestos de la responsabilidad civil, no hubo actuar negligente del fondo pensional, se le brindó a la demandante toda la información, por lo que no existe actuar culposos; que se le calculó la pensión al momento de afiliarse al RAIS e incluso cuando se le aprobó la misma, la cual aceptó y firmó en la leyenda que dice que si vinculación fue libre y voluntaria y la pensión reconocida respectivamente; que en los postulados de la indemnización no opera la inversión de la carga de la prueba, por lo que la demandante debió probar sus supuestos; que la obligación de informar al afiliado es de medio mas no de resultado; que no se tenía certeza de la pensión en ambos regímenes a futuro debido a diferentes variables y factores; que la estimación del perjuicio debe darse por medio de un perito objetivo y no simplemente por las diferencias generadas entre las pensiones por operaciones aritméticas del juzgado.

Que respecto de la responsabilidad de Colpensiones expone que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la creación de ambos regímenes, la afiliada tuvo la opción de permanecer en el RPMPD o trasladarse al RAIS, por lo que el deber de información se suscita frente a todas las administradoras y la libertad de elección, el cual se soslaya con la falta de información, por lo que la permanencia tacita de la demandante hasta el año 1997 en el RPMPD, le impone a Colpensiones un deber de información, por lo cual también estaba llamada al pago de los perjuicios; así las cosas, colige que tampoco hay lugar a la indexación y costas, entonces, solicita se revoque en su integridad el fallo.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

Objeto de la Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar si le asiste derecho a la señora **BLANCA STELLA MARTINEZ BASTIDAS**, al reconocimiento y pago a título de indemnización de perjuicios, el reajuste de su mesada pensional a cargo de **PORVENIR S.A.** regente del RAIS de conformidad con los postulados normativos que rige el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, así como las condenas accesorias derivadas de la principal.

Caso concreto

Conforme a la controversia planteada debe traerse a colación sucintamente lo dispuesto por el órgano de cierre en materia de ineficacia de traslado e indemnización y/o reparación de los pensionados del RAIS.

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al rememorar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **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:**

“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 (...)

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.”



Profundizando en el **deber de información** 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 tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“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)”

Descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, la señora **BLANCA STELLA MARTINEZ BASTIDAS** manifiesta insuficiencia de información oportuna e integral al momento del traslado de régimen, conforme a Historia de Vinculaciones de Asofondos que obra al plenario, se surtió traslado del RPMPD – ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS - **PORVENIR S.A.** con fecha de efectividad del 01/01/1996:

Hora de la consulta : 9:20:44 PM

Afiliado: CC 31908586 BLANCA STELLA MARTINEZ BASTIDAS [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 31908586							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-12-14	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1996-01-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31908586						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1995-12-14	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un item encontrado.
1

Ahora bien, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con **PORVENIR S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar a la



demandante: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

Examinado el caudal probatorio encuentra la Sala que el mismo es insuficiente y no se logra acreditar por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento del deber de información para con la demandante bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de régimen, del interrogatorio de parte no se vislumbra elementos de juicio que permitan establecer el cumplimiento del deber de información, por otro lado, la mera firma del formulario de vinculación con la entidad prueba un consentimiento, pero no un consentimiento informado, así las cosas se colige que **PORVENIR S.A.** transgredió por omisión los postulados en cuanto al deber de información, lo que generó un sesgo en la demandante que la motivó a trasladarse al RAIS sin conocer integralmente las implicaciones de su decisión, lo que generó una frustración en su expectativa de una pensión más favorable a sus intereses en el RPMPD.

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

Previo a dirimir de fondo es preciso acotar que, **PORVENIR S.A.** mediante misiva del 31/01/2022, le reconoció a la señora **BLANCA STELLA MARTINEZ BASTIDAS** garantía temporal de pensión mínima de vejez a partir del 23/02/2021, siendo así la situación fáctica de la demandante, 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 revertir 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 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 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.”

Por otra parte, en dicho precedente la Sala de Casación Laboral 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.

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.”



Pese a lo anterior, el fallo en mención deja varias inquietudes y vacíos, que considera la Sala que no pueden pasarse por alto.

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.²

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 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 causalidad³.

² 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.

³ Tapia Gutiérrez, Paloma *La reparación del daño en forma específica...* op. cit. pág. 136



Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA⁴ 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.⁵

Y de manera contundente TAPIA GUTIÉRREZ⁶ 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 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.

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

⁵ 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.*

⁶ Tapia Gutiérrez, Paloma, *La reparación del daño en forma específica...* op. cit. pág. 138



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 Pombo⁷ 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

⁷ 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.



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 PÉREZ⁸, 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 RODRÍGUEZ⁹

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 la demandante de no ser conculcado y el derecho como quedó producto de la afectación por la conducta del demandado **PORVENIR S.A.**

⁸ Henao J.C, *Revista de derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No 28, enero-junio 2015, pp 277-366.

⁹ La reparación in natura del daño, *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana 2005, pág 187 S.S.



El derecho a la pensión es imprescriptible, sólo prescriben las mesadas no cobradas oportunamente, en consecuencia, solo prescribirán las diferencias de las mesadas producto de la reparación no cobradas oportunamente, o 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.

No resulta desacertado que, al analizar la triada de los presupuestos de la responsabilidad civil, se pueda tener en cuenta la figura de la *res ipsa loquitur*, que puede traducirse como las cosas hablan por sí misma, la cual ha sido utilizada mucho en los procesos de responsabilidad médica y sin constituir responsabilidad objetiva “presume”¹⁰ ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causante del daño, en este caso, es el fondo privado en quien descansaba la responsabilidad de informar y no lo hizo en los términos en que un consumidor del servicio de seguridad social debió recibir, faltando al deber de información en los términos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese mismo orden de ideas, la figura estudiada parte de unos presupuestos a saber: a) que, el daño no puede ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien, lo cual se traduce en que el daño no pudo ocurrir por factores de factores diferentes a la culpa de alguien, en este caso la falta de información en los términos señalados; b) otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben ser eliminadas por la evidencia presentada, de lo cual es palpable que no es otro suceso el que produce el daño en la pensión sino la aludida falta de consentimiento informado; c) el hecho debe estar en la esfera de control del demandado, lo cual es

¹⁰ En este caso es una presunción de hombre o judicial aceptada en nuestro ordenamiento en todo el componente probatorio.



indudable porque era quien conocía las condiciones del RAIS en toda su extensión; d) el hecho generador del daño no ocurrió debido a la contribución del demandante y es el demandado quien tenía un mayor conocimiento o un conocimiento superior con respecto a las causas del suceso y ello deriva del control que tenía de la actividad.

En cuanto al aspecto de la causalidad una de la teoría más aceptada en la doctrina y jurisprudencia es la de la causalidad adecuada¹¹, según la cual tiene la categoría de causa aquél suceso que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable), sea el más adecuado, el más idóneo para producir el resultado, atendiendo por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosa que pudieron decidir la producción del resultado, lo cual llevado al caso concreto, la causa eficiente de no tener una pensión suficiente y permanecer en el RAIS es la falta de una información adecuada, sin que, las fluctuaciones del mercado, las tasas de intereses, las políticas macroeconómica o las diversas variantes económicas hayan incidido en el resultado.

Quiere insistir la Sala en que, no es la responsabilidad civil la rectora de la situación del caso, sino la reintegración del derecho, empero, como la única sentencia de referencia va encaminada por ese tramo, la Sala hace el análisis en argumentación en cascada, partiendo del argumento principal de reintegración de derechos donde no se analiza la triada propia de la responsabilidad, para luego centrarse en la inadecuada aplicación de la responsabilidad que también se cumpliría, pero atendiendo una flexibilidad en la aplicación de sus requisitos, entre otros, acogiendo la regla *res ipsa loquitur*.

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.

¹¹ CSJ Sala de Casación Civil, sentencias de 26 de septiembre de 2002, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros, Exp. 6878; sentencia de 9 de diciembre de 2003 Rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01, reiterada en sentencia de 9 de diciembre de 2013 y en sentencia de 30 de septiembre de 2016 Rad.05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Dr. Ariel Salazar, entre otras.



Por vía de comparación el artículo 10:102 de los PELT¹² 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.”

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.

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.¹³

Se ha sostenido que, la teoría de la diferencia tiene el inconveniente de ser una teoría abstracta de comparación de patrimonio, sin embargo, si se trata de concretar tal institución, la tesis que pregonan la Sala es una tesis concreta, por cuanto no es la comparación del patrimonio antes o después del acto que afectó al derecho lo

¹² Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.

¹³ Citado por Llamas Pombo, op cit. Pág. 195



que se busca resarcir, sino la pensión en su cuantía que es lo verdaderamente afectado.

En ese orden de ideas, se ha dicho¹⁴ 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.

No es de extrañar que, el resarcimiento que se ordenó y hasta el mismo restablecimiento del derecho, sea las diferencias pensionales por los actos omisivos de **PORVENIR S.A.**, por ende, se confirmará el fallo atacado, pues, a la demandante le asiste derecho a la reintegración o restablecimiento del derecho deprecado.

Llamado en Garantía

Aduce la recurrente, **PORVENIR S.A.**, que sobre **COLPENSIONES** también recae responsabilidad en el acto generador de la indemnización plena de perjuicios a la que fue condenada, toda vez que, como administradora de fondo de pensiones también se le impone un deber de información para con los afiliados al sistema, cuyo caso de la demandante dada su afiliación tacita en el RPMPD con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no obstante, la Sala no comulga con dicha tesis con el propósito de extender a **COLPENSIONES** la obligación que **PORVENIR S.A.** tenía para con la demandante en materia informativa, pues, la esencia de la obligación radica en el fondo del RAIS que promovió la movilización de régimen de la demandante, el cual adolece de una falta de: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*. Por tal razón, no hay lugar al llamamiento en garantía.

¹⁴ Llamas Pombo, op. cit. Pág. 197



Condena Accesorias

Si bien, no se argumenta por la parte apelante por qué no procede la indexación, es preciso aclarar en gracia de discusión que, se impone indexación dado a que se debe actualizar la condena con base en los artículos 53 Constitucional en armonía con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Costas Procesales

La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, por lo que el artículo 365 numeral 1 del C.G.P. impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, para lo cual solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables, por ende, analizado el asunto en cuestión se observa que **PORVENIR S.A.** se opuso, excepcionó y no prosperó el llamado en garantía, razón por la cual resulta procedente la imposición de costas a su cargo, así las cosas, se impone la confirmación en este aspecto en revisión.

Finalmente, se advierte que no hubo disconformidad por parte de **PORVENIR S.A.** respecto de las liquidaciones de la indemnización realizadas en primera instancia ni otros tópicos esenciales frente al reajuste de la prestación, por lo cual dichos aspectos no son objeto de revisión por parte de la Sala al no ser materia de controversia por las partes.

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.

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 N° 88 del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Cali, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

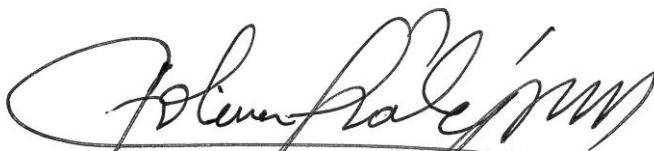


SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada **PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se impone la suma de \$1.500.000 en favor de la parte demandante **BLANCA STELLA MARTINEZ BASTIDAS**.

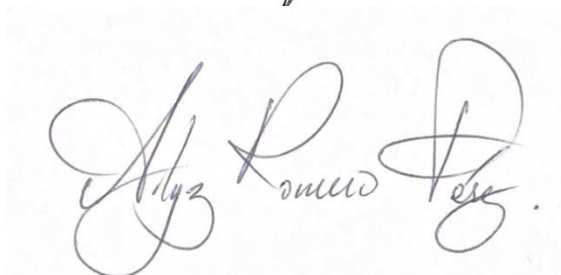
TERCERO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

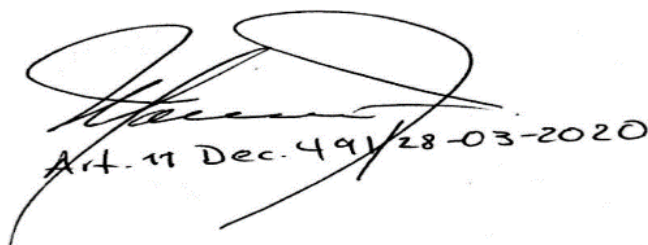
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala

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: **0ec680a091a03b831e2f38b3f0796a8e12cbd69d850e3d0007f9b288f2e47eca**

Documento generado en 22/09/2023 09:51:10 AM

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