

TEMA: PRESCRIPCIÓN- La indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional, conforme a lo adoctrinado por la jurisprudencia nacional, prescriben transcurridos tres (3) años desde el momento en que el afiliado adquiere el estatus de pensionado, siendo que los mismos no son inherentes al derecho prestacional.

HECHOS: Solicitó la demandante que se declare el incumplimiento por parte de las demandadas del deber legal de brindar información acerca del traslado de régimen pensional; consecuentemente se ordene al pago de los intereses legales sobre los perjuicios causados. En sentencia de primera instancia, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín declaró probada la excepción de prescripción. Debe la sala determinar si la indemnización de perjuicios reclamada por la señora María Deisy Villamil Barriga se extinguió por el simple transcurso del tiempo, o si la misma es imprescriptible por estar íntimamente ligada al reconocimiento de la prestación pensional.

TESIS: El problema jurídico planteado se resuelve bajo la tesis según la cual la indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional, conforme a lo adoctrinado por la jurisprudencia nacional, prescriben transcurridos tres (3) años desde el momento en que el afiliado adquiere el estatus de pensionado, siendo que los mismos no son inherentes al derecho prestacional, que ciertamente ostenta la condición de imprescriptibilidad. (...) En el caso subexamine, está acreditado que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección SA en el año 1999 y posteriormente, se trasladó de fondo en el mismo régimen a la AFP Protección S.A. en el año 2022; a continuación, solicitó el reconocimiento de pensión por vejez a la última administradora donde se encontraba afiliada, la cual le fue reconocida a partir de noviembre de 2017. De acuerdo a la declaración de ineficacia del traslado de la demandante (...) ha sido clara la Corte en indicar que (...) "...aun cuando la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales implica dejar sin piso todos los actos derivados del mismo, en el caso de los pensionados ello no es posible dada la existencia de una situación consolidada, cuyas consecuencias no pueden retrotraerse" (...) En el contexto normativo y jurisprudencial planteado es palmario que no es posible declarar la ineficacia del traslado inicial de la demandante dado su status de pensionada. (...) Finalmente, y en lo concerniente al derecho de libre elección de régimen pensional respecto de quienes tienen consolidada la calidad de pensionados, la jurisprudencia tiene adoctrinado (...) 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. (...) Así las cosas, y al tenor de la regla fijada por la jurisprudencia, se concluye que a la señora María Deisy Villamil Barriga, ante la presunta vulneración o trasgresión del derecho de libre escogencia del régimen pensional por parte de la AFP Protección S.A., por el supuesto incumplimiento del deber de información cuando se produjo el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en efecto, le asistía el derecho a reclamar una posible indemnización total de perjuicios a cargo del fondo privado, indemnización que sufre los efectos extintivos del fenómeno de la prescripción, sino se reclama dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que adquirió el estatus de pensionado. En el sub iudice, está demostrado que la señora María Deisy Villamil Barriga fue pensionada por el riesgo de la vejez bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, por la AFP Protección S.A., mediante comunicado del 04 de diciembre de 2017, con efectos retroactivos desde el 01 de noviembre del mismo año (...) y que únicamente solicitó la indemnización total de perjuicios con la presentación de la acción judicial de la referencia, radicada el 13 de abril de 2022 (...) calenda para la que habían transcurrido cuatro (04) años, cuatro (04) meses y nueve (09) días, desde la fecha de exigibilidad de la pretensión de indemnización (SL373-

2021), superando con creces el término trienal que extingue el derecho a la indemnización total de perjuicios, en los términos previstos en la premisas normativas y jurisprudenciales descritas en las líneas que anteceden. (...) Ante la duda el fallador de primera instancia, en beneficio de la demandante, efectuó un estudio a partir de la declaración, tomando incluso, en beneficio de la asegurada, hoy pensionada, como fecha de conocimiento en extremis el 31 de diciembre de 2018, encontrando que tampoco se cumple con el término trienal de prescripción, interrupción o suspensión del mismo, y los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso, no dan cuenta tampoco de una fecha clara de conocimiento o efectividad del derecho pensional, llegando a la misma conclusión que esta sala determinó en párrafos anteriores.

MP. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 26/06/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-021-2022-00399-01
Demandante: María Deisy Villamil Barriga
Demandadas: AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A.
Garantía: Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación de sentencia
Procedencia: Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional

Medellín, junio veintiséis (26) de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**, **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN** y **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE**, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y aprobado el proyecto propuesto por la magistrada ponente, procede a resolver el recurso de apelación incoado por apoderada de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 06 de mayo de 2024 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora María Deisy Villamil Barriga contra la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. en el que se integró como llamado en garantía

a Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-021-2022-00399-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora María Deisy Villamil Barriga convocó a juicio a la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a fin de que se declare el incumplimiento por parte de las demandadas del deber legal y profesional de brindar información en los términos y en las condiciones de ley, siendo responsables de manera solidaria de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a la demandante; consecuentemente se ordene el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales (lucro cesante consolidado, lucro cesante futuro, sea este último de manera principal o subsidiaria), extra patrimoniales (perjuicios morales) y de pérdida de oportunidad; al pago de los intereses legales sobre los perjuicios causados; a la actualización o indexación de las condenas y a lo que ultra y extrapetita resulte probado en el proceso.

En respaldo de tales pedimentos narró la señora María Deisy Villamil Barriga que inició sus aporte en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) donde cotizó 591 semanas; en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) reporta 930 semanas, sumando un total de 1.591 semanas en el Sistema General de Pensiones; en 1999 se trasladó a la AFP Porvenir SA, entidad que incumplió con su deber legal y profesional de brindar información frente a las características, condiciones, efectos, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes vigentes para el momento del traslado; posteriormente en el año 2002 se afilió al fondo privado administrado por la AFP Santander, hoy AFP Protección SA, la que tampoco incumplió con su deber de suministrar información objetiva, clara, oportuna, simple y comprensible con las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Igualmente indica que la actora es pensionada por vejez por parte de la AFP Protección SA desde el 01 de noviembre de 2017, bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, la que adelantó atendiendo a su situación médica, aclarando que al momento del reconocimiento aún desconocía la omisión de las demandadas frente al deber de información, puesto que la entidad encargada de la prestación no le explicó las características de las modalidades de pensión, adquiriendo la prestación económica con una mesada por valor de \$737.717, momento en el que también desconocía que podía tener una situación pensional más favorable en el RPMPD, donde le habría correspondido una mesada por valor de \$1.889.541.

Insiste la demandante que la falta de información por parte de las demandadas, le impidió tomar una decisión de abstenerse del traslado de régimen privado y retornar al público, en aras de recibir una mejor mesada pensional, encontrando que esta disminución gravosa en dinero, que soporta la accionante al recibir la pensión de vejez, la ha llevado a experimentar aflicción, congoja, desasosiego y profunda tristeza, por lo que presentó demanda ordinaria laboral, tramitada por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en aras de la declaratoria de ineficacia del traslado, tramitada bajo el radicado 11001310502820190005500, el que terminó de manera absoluta tanto en primera como en segunda instancia, en virtud de los lineamientos establecidos en la sentencia SL 373 de 2021.

Culmina indicando que el 02 de julio de 2022 presentó derecho de petición ante las demandadas pretendiendo el reconocimiento de la indemnización de los perjuicios ocasionados, siendo negadas por ambas entidades (doc.02, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de apoderada judicial legalmente constituida, la **AFP Protección S.A.** aceptó como cierto la totalidad de semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones, así como su afiliación a la AFP Santander, hoy protección en el año 2022, el estado de pensionada desde el 01 de noviembre de 2017 en la modalidad de garantía de pensión mínima reconocida por la entidad que representa, con una

mesada pensional para dicha data de \$737.717; la existencia de la demanda indicada por la parte demandante, aclarando que la absolución se dio porque la afiliada actualmente acredita el estado de pensionada, configurándose un hecho consumado; igualmente acepta la presentación de derecho de petición y la negativa del mismo, aclarando que la asesoría brindada por el empleado de su representada cuenta con toda la preparación, el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para brindar la información en debida forma a los posibles afiliados, la que en el presente caso se dio de manera clara, oportuna, suficiente y comprensibles, señalando las características del mismo, tales como cotizaciones, monto para adquirir el derecho prestacional y todos los factores diferenciadores con el Régimen de Prima Media, por lo que no existe engaño o vicio en el consentimiento, quedando la información plasmada en el formulario de afiliación, tanto así que, siempre llevó al demandante a permanecer con ellos en dicho régimen lo que concluye en una buena fe y lealtad de la demandada y sus asesores.

Plasma reiteradamente que no son ciertos los hechos relativos a la falta de información de su representada, indicando que lo informado fue de manera clara, señalando las características propias del RAIS, sus implicaciones frente al cambio de régimen y las diferencia con el RPMPD, mostrándole que son excluyentes, por lo que cada uno tiene sus propias condiciones, beneficios y desventajas, la construcción del capital en su cuenta de ahorro, la rentabilidad financiera de acuerdo al comportamiento del mercado y el perfil del riesgo elegido por el afiliado; capital que es de su propiedad y puede ser heredable, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, de adquirir el estados de pensión anticipada, siempre y cuando cuente con un capital superior al 110% de un salario mínimo legal, las modalidades de pensión, las que se informan con anterioridad a adquirir la prestación económica de vejez y que son de elección posterior a la afiliación de los usuarios; lo que llevó al demandante a tomar la decisión de forma libre, consciente, informada y voluntaria; advirtiendo que la entidad siempre ha contado con diferentes canales de comunicación mediante los cuales los afiliados pueden resolver sus dudas, tales como página web, atención telefónica y presencial, los que son de conocimiento público; así mismo como la remisión trimestral de los extractos de movimientos

de las cuentas de ahorro de sus usuarios con el fin de que estén atentos a su situación pensional, lo que lleva a concluir que nunca ha existido una falta al deber de información.

Manifiesta que, desde el momento en que la demandante comenzó su trámite pensional el 03 de marzo de 2017, le explicaron las modalidades de pensión, con la claridad que ella iba a adquirir la prestación bajo la modalidad de garantía de pensión mínima por lo que su mesada correspondería a un salario mínimo legal vigente, por lo que la afirmación de la diferencia de la mesada pensional en uno u otro régimen no la acepta, al factores diferentes los que se toman para la liquidación de la prestación están establecidos por ley, por lo que la liquidación presentada debe someterse a los parámetros del dictamen pericial consagrados en el artículo 226 del Código General del Proceso.

Sobre los demás hechos relativos las circunstancias particulares de la demandada y lo concerniente a la codemandada, señala no constarles, toda vez que son aspectos ajenos a su entidad, ateniéndose a lo probado en el proceso.

De consiguiente, resistió la prosperidad de las pretensiones excepcionando de mérito la proyección pensional efectuada por la parte actora no corresponde con la realidad; cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP Protección SA; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; cumplimiento del deber de información por parte de Protección SA; buena fe; culpa de la demandante; prescripción; falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, innominada o genérica y compensación y pago (doc.05, carp.01).

La codemandada **AFP Porvenir SA**, igualmente elevó réplica a la demanda, mediante apoderada judicial, la que direccionó en el sentido de revelar que no constan los hechos relativos a las afiliaciones y cotizaciones efectuadas a otras entidades, así como las circunstancias que ocurriendo estas, por ser ajenas a ellas, ateniéndose a lo que se apruebe en el proceso; aclara que con su entidad la demandante sólo alcanzó a cotizar 141.4 semanas entre el 01 de noviembre de 1999

hasta el 30 de septiembre de 2002; tampoco le consta el estado de pensionada de la demandante y la información que le brindaron en el momento de su reconocimiento.

Sobre los demás hechos indica que, la demandante presentó formulario de afiliación el 30 de septiembre de 1999, siendo efectiva desde el 01 de noviembre del mismo año, la que duró hasta el 30 de septiembre de 2002, y se dio bajo el cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha del acto jurídico con la debida asesoría; que la obligación de otorgar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de afiliación surgió con el Decreto 2241 de 2010, pero que en su momento le informaron a la demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado, compuesto por los aportes, rendimientos, aportes voluntarios y bono pensional, permita obtener una mesada superior al 110% del salario mínimo legal; le indicaron sobre los excedente de libre disponibilidad, la devolución de saldo, la posibilidad de heredad el capital de la cuenta, la pensión de garantía mínima; aclara que no es su obligación brindar asesoría del régimen público y más que la misma tenía conocimiento de este por haber estado allí afiliada, por lo que la información que le dieron fue clara, suficiente y comprensible lo que desencadenó en una selección libre y voluntaria, conociendo las implicaciones de su traslado, escogiendo el régimen que mejor se ajustó a sus intereses, ratificando esta decisión con la adquisición del derecho pensional.

Resalta que el hecho de que la mesada pensional en el RPMPD hubiera sido más beneficiosa para el demandante es irrelevante, puesto que debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, del que puede verse perjudicada o beneficiada, en función de factores diferenciales que lo reglamentan, como la fluctuación del mercado de trabajo o la evolución de los salarios entre otros aspectos del RAIS, por lo que debe ser la entidad que lo pensiona la que debe continuar determinado el valor de la mesada pensional.

Por último, acepta el trámite del proceso que se adelantó en el Circuito Laboral de Bogotá, el que si bien indica que el resumen presentado es incompleto y descontextualizado del que reposa en el expediente por lo que se remiten al mismo.

Como excepciones de mérito para enervar las pretensiones de la demanda, al resistir la prosperidad de las mismas; presenta prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; inexistencia de los perjuicios reclamados; buena fe; pago y compensación (doc.06, carp.01).

Colpensiones E.I.C.E., en calidad de entidad llamada en garantía por parte de la AFP Porvenir SA, dio respuesta a la demanda indicando que acepta como ciertos los hechos relacionados con la afiliación a su entidad, la densidad de semanas cotizadas en ambos regímenes, el traslado al RAIS, tanto a Porvenir SA como a Protección SA, el estatus de pensionada; así como el valor de la mesada pensional adquirida; la demanda tramitada en el Circuito Laboral de Bogotá, las solicitudes y negativas de las demandadas en este proceso, frente la indemnización pretendida, todo esto acorde a la documentación aportada dentro del proceso.

Sobre los demás hechos indica no constarle, por estar relacionado con situaciones ajenas a la entidad que representa, las que deberán ser probados en el transcurso del proceso; aclara en lo que respecta a la afirmación de diferencia de liquidación de los regímenes que, si bien es cierto que pueda ser inferior a la que le correspondería en el RPMPD, la misma está permitida por Ley, indicando que el valor puede aumentarse cuando se interactúa con los fondos pensionales, encontrándose freten a un simple desacuerdo de monto pensional y no de un vicio del consentimiento; afirmando que las variaciones de mesadas son imprevisibles para el momento en que se tomó la opción de trasladarse, por lo que no existe un verdadero perjuicio, recordando que la elección fue voluntaria y la consecuente diferencia es a causa de esta decisión.

Como excepciones de mérito el togado en representación de la entidad presentó falta de legitimación por pasiva; carga dinámica de la prueba – particularidades del

caso; imposibilidad de declarar la ineficacia de traslado a pensionados; artículo 107 cambio de plan de capitalización o de pensión y de entidades administradoras; imposibilidad de retornar al statu quo ante (sic) por múltiples afectaciones al sistema general de pensiones; inoponibilidad por ser un tercero de buena fe; improcedencia de decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación; inexistencia de vicio en el consentimiento; improcedencia de intereses moratorios; intereses moratorios cuando requisitos de la prestación no se probaron en sede administrativa; intereses moratorios por reliquidaciones; intereses moratorios por cambio de jurisprudencia; improcedencia de la indexación; inexistencia del derecho de afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; falta de causa para demandar; falta de interés en su vida pensional; buena fe de Colpensiones; mala fe/temeridad; devolución de cuotas de administración – seguros previsionales – comisiones. Indexados; imposibilidad de condena en costas; prescripción y compensación (doc11, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 06 de mayo de 2024, negó las pretensiones formuladas por la señora María Deisy Villamil Barriga contra la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., declarando probada la excepción de prescripción; y condenó en costas a la demandante, en favor de la entidad demandada y a la AFP Porvenir SA respecto al llamado en garantía (doc.19, carp.01).

Como sustento de la decisión del a quo, al hacer un análisis del caso, indica que, atendiendo a las pretensiones de perjuicios elevadas por la demandante, el asunto se resuelve bajo tesis absolutoria con fundamentado en la prescripción propuesta por las demandadas; señala no existir discusión frente a la fecha de nacimiento de la parte demandante, su vinculación al Régimen de Prima Media; su traslado al RAIS, inicialmente a Provenir y posteriormente a Protección; el reconocimiento por parte de la AFP Protección SA de la pensión de vejez bajo la modalidad de

garantía de pensión mínima la que fue reconocida en un salario mínimo legal, ni la interrupción de la prescripción por solicitudes elevadas por la demandante a las accionadas en la misma fecha, 13 de abril de 2022.

En lo que respecta a la prescripción, señala que, de conformidad con la sentencia referenciada por la parte demandante, es decir la SL 373 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, se establece la procedencia del reconocimiento de perjuicios, pero también indica desde cuándo se debe contar el término prescriptivo de tres (03) años, contemplado en el artículo 151 del CST, cuando el que demanda es un pensionado, estimando en este caso que no procedería la declaración de ineficacia del traslado, pero sí es posible reclamar la indemnización de perjuicios que se hayan causado en virtud de la misma situación, bajo el principio general del derecho según el cual el que comete un daño por culpa está obligado a repararlo y del principio de reparación integral en la valoración de daños, haciendo referencia en la sentencia al párrafo que indica: “Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información 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”.

Para efectos de la contabilización de esa prescripción, tuvo en cuenta el momento en el cual la persona tiene conocimiento del reconocimiento de la prestación económica y el momento de la presentación de la demanda, resultando para el fallador evidente que dejó transcurrir más de los 3 años, puesto que a la demandante se le reconoció la prestación mediante comunicado del 4 de diciembre de 2017, desconociendo un momento exacto en que le fue notificado ese documento, por lo que de conformidad con la declaración rendida por la demandante, esta se enteró de la situación, en el año 2018 sin dar fecha exacta, por lo que al darle crédito a esta afirmación, colocando él último días de este año, aclarando que la actora que se debió enterar cuando le empezaron a pagar la nómina de lo que no hay certeza, que seguramente fue con anterioridad al 31 de diciembre de 2018, pero toma dicha fecha, concluye que operó el fenómeno de la prescripción toda vez que la reclamación ante los fondos privados del 13 de abril

de 2022, la hizo fuera del mencionado término, teniendo hasta el 31 de diciembre de 2021, para de haber presentado la demanda o haber interrumpido la prescripción, aclarando que la demanda fue presentada el 3 de octubre de 2022, por lo que consideran innecesario entrar a estudiar la configuración de los elementos de la responsabilidad contractual (doc.23, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la señora **María Deisy Villamil Barriga** interpuso el recurso de alzada, en procura de que sea revocado el fallo de primer grado, y en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda, aclarando esta sala que los mismos fueron presentados de manera general y no específica frente a la decisión tomada por el Despacho, sin enervar de manera concreta lo indicado por el a quo frente a la prescripción; los que reitera y aclara de manera discriminada al momento de presentar alegatos de conclusión en esta instancia, por lo que se procederá a indicar el sustento presentado en la audiencia de juzgamiento.

Argumenta que durante el trámite procesal no se logró demostrar que las demandadas no incurrieron en la omisión a su deber de información, ni al momento del traslado o afiliación de la demandante ni durante toda la vinculación durante la construcción del camino pensional de la afiliada, en este momento pensionada; resalta que no procede la presunción de la superación de la omisión, por el hecho de la reclamación pensional por no ser prevista por el legislador; que se tiene la certeza de la fecha en la que la demandante accedió a reclamar el reconocimiento de su derecho pensional pero no se probó que se conociera la existencia ni la magnitud del daño sufrido por la demandante en ese instante.

Recalca la conducta omisiva de los fondos por lo que existe una falta evidente de los compromisos que la ley le exige a las administradoras de los fondos de pensiones que no solamente manejan un contrato de aportes para capital, sino que esto tiene una relación directa con los derechos fundamentales de las personas que se ven en una situación desfavorable; que una cosa es que a partir del

reconocimiento de la pensión se pueda cuantificar el daño y otras es que quien lo haya sufrido tenga conocimiento de la dimensión del mismo al momento del reconocimiento, insistiendo que quien se acerca es con la intención de que le reconozcan un derecho y no un daño; considera que reliva claramente la falta de su deber de información, tanto así, que ni en el proceso anterior con las mismas partes, ni en el presente, las demandadas demostraron el cumplimiento de sus obligaciones sin aportar medios probatorios de convicción; solicita tener en cuenta las características de este tipo de procesos, el daño, que por definición es toda lesión que se pueda causar al interés legítimo de una persona, y este puede recaer en derecho pecuniarios o no pecuniarios. (Doc.24, carp.01)

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la poderhabiente judicial de la señora **María Deisy Villamil Barriga** indica que de conformidad con lo establecido en la Sentencia SL 373 de 2021 ante el incumplimiento del deber de información de las administradoras en pensiones, se incurre en culpa, generando un perjuicio en la cuantía de la pensión de la actora, dando el derecho a demandar la indemnización total, daño que sólo es perceptible al momento de adquirir la calidad de pensionado, momento desde el cual se debe contar el término de prescripción; que en el presente caso recae la lesión en la imposibilidad de seleccionar de manera voluntaria y verdaderamente informada el régimen pensional, quedando probados los daños materiales, morales y de pérdida de oportunidad, situaciones frente a las que considera las partes demandadas no aportaron prueba que refutara lo pedido, siendo atribuibles a las mismas.

Frente a la prescripción señala que no se configura, puesto que ha recurrido en dos oportunidades a la jurisdicción en busca de justicia, siendo resuelta en el primer caso bajo los parámetros que surgieron con la sentencia SL 373 de 2021, que estimó que no era posible declarar la ineficacia de traslado de régimen en personas en condición de pensionado, la que fue notificada dos años después de que el demandante iniciara con el primer proceso de declaratoria de ineficacia; pero en lo

que respecta a la indemnización de perjuicios por omisión en el deber de información, el término de prescripción es de tres años contados a partir del momento en que se adquiere la condición de pensionado, por ser el momento en que resulta apreciable el daño, afirmación que es cierta, siempre y cuando se pruebe que dentro del proceso la parte actora concurre al reconocimiento de su pensión debidamente informado, es decir se debe establecer que la omisión en la que incurrieron cesó en algún punto de la relación jurídica entre la administradora y su afiliado, de modo que cuando éste último solicita el reconocimiento de su pensión conoce que con ella no sólo se le reconoce un derecho sino un perjuicio. Los demás argumentos presentados son los que interpuso en la sustentación del recurso de apelación.

La togada de la entidad demandada **AFP Porvenir SA**, presentó alegaciones de instancia, indicando que se debe confirmar la sentencia proferida en primera instancia, toda vez que, para reclamar algún perjuicio la parte demandante ya perdió su oportunidad con el simple pasar del tiempo, al no ser pedidos dentro de los términos establecidos en los artículos 488 del C.S.T. no del 151 del C.P.T. y S.S., es decir, 3 años; el que se computa a partir del momento en que podía ejercerse la acción, esto es al momento en que concurren los presupuestos de responsabilidad civil, esto es, el daño, por lo que en el presente caso es exigible desde el momento en que el afiliado advierte que podrá existir una diferencia en el monto de la mesada pensional que sería reconocida en ambos regímenes pensionales, sin que sea necesario el reconocimiento de la prestación económica por vejez, de conformidad con lo establecido en el Sentencia SL 373 de 2021.

En lo atinente al caso especifica que a la demandante le fue reconocida la pensión a partir del 2017, la presentación de la demanda fue en el año 2022, por lo que el término de prescripción de tres años se configuró, al recibir el primer pago de la mesada pensional, aunado al hecho que, durante el término antes indicado, la demandante no efectuó acciones en aras de interrumpir o suspender el término de prescripción.

Hace énfasis en el principio de la carga probatoria para indicar que era competencia del demandante, en cuanto a la acreditación del daño patrimonial causado y los elementos en que se funda el mismo, como los son, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre los dos, tal como lo establecen las sentencias C-609 de 2019 y C-1008 de 2018 emitida por la Corte Constitucional, aclarando que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada por partirse de negaciones indefinidas las que no son susceptibles de ser probadas, así como la acreditación de la falta de información que alega la demandante como causante de los mismos (doc.04, carp.02)

Por último, la representante judicial de **AFP Protección SA**, en la oportunidad legal pertinente alega que debe de ser confirmada la decisión de primera instancia en su totalidad; arguyendo que la demandante se trasladó a su representada el 28 de agosto de 2002, proveniente de otra AFP del régimen de ahorro individual, por lo que en su posición no deben pronunciarse sobre el cambio de régimen, pero el que respecta frente a su prohijada está revestido de validez. Advierte que la demandante, por voluntad propia, se acercó a las instalaciones de su poderdante para solicitar el trámite de pensión de vejez el 03 de marzo de 2017, recibiendo asesoría, el 22 de mayo de 2017 entregó la documentación completa por lo que se acusó el recibido, el que fue reconocido y por tanto desde el mismo año viene gozando del estatus de pensionada, siendo este el momento en el que debió encontrar la inconformidad que aflora sobre la mesada pensional y los perjuicios que le fueron ocasionados, pero al dejar pasar 3 años, como lo indica la Corte Suprema de Justicia, se debe aplicar la excepción de prescripción, lo que aunado a que no fue probada la responsabilidad de la protegida, entonces no habría lugar a la indemnización de perjuicios bajo los parámetros de la Ley civil.

Señala finalmente que, en materia de responsabilidad civil, se sostiene que a pesar de cumplirse con los parámetros de la misma (hecho imputable, daño y nexo de causalidad), existen factores que pueden eximir de responsabilidad como la culpa exclusiva de la víctima, situación frente a la cual, alega que el comportamiento de la demandante la optar de manera libre y voluntaria por permanecer afiliada al

régimen y solicitar el reconocimiento y pago de la prestación económica, da cuenta de ello, solicitando tener en cuenta esta situación, puesto que en caso de considerarlo procedente, se debe aplicar lo estipulado en el artículo 2357 del Código Civil, frente a la reducción de la indemnización por perjuicios (doc.05, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por la poderdante de la señora **María Deisy Villamil Barriga**, entendiéndose que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que la señora María Deisy Villamil Barriga nació el 13 de marzo de 1960 (págs.16-02, carp.01); estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales el 15 de septiembre de 1981 (doc.14, carp.01); se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 30 de septiembre de 1999 (pag.52, doc.06, carp.01) y se trasladó a la AFP Protección S.A. el 19 de septiembre de 2002 (pág.28, doc.05, carp.01)
- Que el 22 de mayo del 2017 solicitó el reconocimiento de pensión de vejez (págs.25-50, doc.05, carp.01), prestación que la AFP Protección S.A. le reconoció mediante comunicado del 04 de diciembre de 2017, bajo la modalidad de garantía de pensión mínima temporal, con una mesada inicial de \$737.717, a partir del 01 de noviembre del mismo año (págs.32-40, doc.05, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la indemnización de perjuicios reclamada por la señora María Deisy Villamil Barriga se extinguió por el simple transcurso del tiempo, o si la misma es imprescriptible por estar íntimamente ligada al reconocimiento de la prestación pensional?

2.4.- TESIS DE LA SALA

El problema jurídico planteado se resuelve bajo la tesis según la cual la indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional, conforme a lo adocinado por la jurisprudencia nacional, prescriben transcurridos tres (3) años desde el momento en que el afiliado adquiere el estatus de pensionado, siendo que los mismos no son inherentes al derecho prestacional, que ciertamente ostenta la condición de imprescriptibilidad. De consiguiente, el fallo desestimatorio de primer grado será **confirmado**.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

2.5.1. Improcedencia de la declaratoria de Ineficacia de Afiliación respecto de pensionados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Inicialmente señala la Sala que respecto del tema de la ineficacia de la afiliación en personas que se encuentran pensionadas en el RAIS, la Sala Especializada Laboral de este Tribunal, profirió sentencia de unificación, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Luis Alfonso Galvis Torres en contra de Colfondos S.A., Colpensiones y la Compañía de Seguros Bolívar S.A., radicado único nacional 05001-31-05-007-2015-01295-01, en la cual se puntualizó:

“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a

PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, la Corte arguyó lo que se esbozará enseguida. Esta es la disposición

(...)

La pregunta que lógicamente ha de plantearse este Tribunal es si la prohibición de movilidad para pensionados que el legislador estableció y la Corte Constitucional prohibió, en el caso citado para trasegar dentro del régimen de ahorro individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Esto es, mutar su régimen pensional.

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas. Este párrafo abunda en estas últimas:

(...)

*Nada nos impide, pues todos los jueces al fin de cuentas somos jueces constitucionales, situarnos en esa perspectiva y entender con MacCormick que ante dos soluciones igualmente “consistentes y coherentes”, se opte por la que menos impacto negativo genere en el sistema. Y resulta una verdad incontestable que **una declaratoria masiva de ineficacias de la afiliación de pensionados en el régimen de ahorro individual y el correspondiente traslado COLPENSIONES, generaría una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia. Y sobre cada colombiano.***

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia,

verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado. (negrilla de la Sala)

Postura que fue encontrada acertada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al decidir recurso de casación del citado pronunciamiento, en sentencia SL3707 del 18 de agosto de 2021:

“Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarreararse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia. Y es que el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, esto no es posible.”

Es pertinente subrayar que, si bien, en la sentencia SL, Radicado 31989 del 2008, fundadora de la línea jurisprudencial sobre el tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aplicó la teoría de la nulidad de la afiliación por incumplimiento del deber de información respecto a un accionante pensionado por el RAIS, posición que reiteró en la sentencia SL, Radicado 31314 del 2011; a partir de la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, el órgano de cierre abandonó el criterio anterior para responder de manera negativa la pregunta relativa a si un pensionado del RAIS, puede obtener judicialmente la ineficacia del traslado a ese régimen pensional, precisando:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto 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) 1, 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 relevar 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.

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.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la

devolución de una parte de su capital aborrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.

La línea de pensamiento anterior quedó igualmente consignada en la sentencia SL3535 del 04 de agosto de 2021, así:

“Pues bien, en la sentencia CSJ SL373-2021, esta Sala abandonó el viejo criterio plasmado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 y respondió el referido cuestionamiento de manera negativa. Adoctrinó en esa ocasión, que aun cuando la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales implica dejar sin piso todos los actos derivados del mismo, en el caso de los pensionados ello no es posible dada la existencia de una situación consolidada, cuyas consecuencias no pueden retrotraerse”.

Postura que hoy es pacífica y ha sido reiterada en sentencias SL5169, SL5704, SL2563 de 2021 y SL1113, SL1518, SL2198 y SL 2563 de 2022.

De manera que *“una vez el afiliado tome la decisión de pensionarse y se consolide el derecho prestacional, cualquier discusión sobre un eventual perjuicio causado por el actuar de la administradora corresponde resolverlo en el terreno de la responsabilidad y su consecuente indemnización de perjuicios, según la voluntad y a iniciativa del pensionado, no siendo posible declarar la ineficacia del traslado de régimen para dejar sin efecto el acto jurídico del otorgamiento, por tratarse de una situación consolidada e irreversible como ya la Sala lo explicó. (SL1577 de 2022).*

En el caso subexamine, está acreditado que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección SA en el año 1999 y posteriormente, se trasladó de fondo en el mismo régimen a la AFP Protección S.A. en el año 2022; a continuación, solicitó el reconocimiento de pensión por vejez a la última administradora donde se encontraba afiliada, la cual le fue reconocida a partir de noviembre de 2017.

Reiterando entonces, de acuerdo con el precedente citado, que el traslado es una prerrogativa propia del afiliado y no del pensionado y las diferencias en el monto

de la pensión, no resultan suficientes para afectar la seguridad jurídica y la estabilidad financiera del sistema, cuando el demandante tiene garantizada la cobertura de la contingencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C086 de 2002 *“El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. **De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.**”* (negrilla extratexto)

En el contexto normativo y jurisprudencial planteado es palmario que no es posible declarar la ineficacia del traslado inicial de la demandante dado su status de pensionada.

2.5.2.- De la prescripción del derecho a la indemnización de perjuicios

Cumple destacar que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como *“... un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*; en paralelo, el artículo 2535 ibídem preceptúa que *“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”*.

De manera especial, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la regla general de prescripción en materia del derecho de trabajo y la seguridad social:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

Así mismo, desde la óptica procesal, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, prevé el mismo término de tres años, para la extinción de la acción:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Sin embargo, memórese que el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.*

Finalmente, y en lo concerniente al derecho de libre elección de régimen pensional respecto de quienes tienen consolidada la calidad de pensionados, la jurisprudencia tiene adoctrinado:

“Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto 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 anterior), 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.

(...)

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” (CSJ SL373-2021, reiterada, entre muchas otras, en las Sentencias SL3535-2021, SL3707-202, SL5169-2021, SL3871-2021, SL5653-2021, SL5704-2021, SL5174-2021, SL5172-2021, SL655-2022, SL1108-2022, SL1113-2022, SL2480-2022, SL1577-2022, SL2160-2022, SL591-2023, SL1242-2023, SL1513-2023 y SL1803-2023).

Así las cosas, y al tenor de la regla fijada por la jurisprudencia, se concluye que a la señora María Deisy Villamil Barriga, ante la presunta vulneración o trasgresión del derecho de libre escogencia del régimen pensional por parte de la AFP Protección S.A., por el supuesto incumplimiento del deber de información cuando se produjo el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en efecto, le asistía el derecho a reclamar una posible indemnización total de perjuicios a cargo del fondo privado, indemnización que sufre los efectos extintivos del fenómeno de la prescripción, sino se reclama dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que adquirió el estatus de pensionado.

En el sub iudice, está demostrado que la señora María Deisy Villamil Barriga fue pensionada por el riesgo de la vejez bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, por la AFP Protección S.A., mediante comunicado del 04 de diciembre de 2017, con efectos retroactivos desde el 01 de noviembre del mismo año (págs.32-41, doc.05, carp.01), y que únicamente solicitó la indemnización total de perjuicios con la presentación de la acción judicial de la referencia, radicada el 13 de abril de 2022 (pags.17-183, doc.02, carp.01), calenda para la que habían transcurrido cuatro

(04) años, cuatro (04) meses y nueve (09) días, desde la *fecha de exigibilidad de la pretensión de indemnización* (SL373-2021), superando con creces el término trienal que extingue el derecho a la indemnización total de perjuicios, en los términos previstos en la premisas normativas y jurisprudenciales descritas en las líneas que anteceden.

Nótese también del interrogatorio de parte rendido no hay prueba de la fecha en fue enterada la demandante, toda vez que señala que es pensionada, prestación a la que accedió de manera voluntaria por haber estado de acuerdo con la asesoría que le brindaron antes de adquirir el estatus pensional, donde le indicaron las modalidades de pensión y los requisitos que tenía que cumplir para adquirir la pensión de vejez, eligiendo la modalidad de retiro programado, sólo comenzó a indagar tiempo después sobre el monto de su mesada pensional y consideró que se había incurrido en un error, situación que acaeció en el año 2018, sin presentar fecha exacta.

De cara a la prueba testimonial la única testigo, señora Yensi León Rodríguez, tampoco informar una fecha exacta de conocimiento o reconocimiento de la prestación económica de la pensión de la accionante, puesto que declara no tener conocimiento directo de los hechos que estructuran la responsabilidad contractual de la AFP, toda vez que, si bien trabajó con la actora con el mismo empleador, su situación de traslado y pensional se dieron en momentos diferentes, por lo que no estuvo presente, anunciando que recibieron asesoría grupal frente al traslado y que su calidad de vida le cambió después de recibir la mesada pensional, puesto que su vivienda ya no es un apartamento sino una pieza, y ya no sale a compartir de igual firma como lo hacía antes.

Ante la duda el fallador de primera instancia, en beneficio de la demandante, efectuó un estudio a partir de la declaración, tomando incluso, en beneficio de la asegurada, hoy pensionada, como fecha de conocimiento en extremis el 31 de diciembre de 2018, encontrando que tampoco se cumple con el término trienal de prescripción, interrupción o suspensión del mismo, y los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso, no dan cuenta tampoco de una fecha clara

de conocimiento o efectividad del derecho pensional, llegando a la misma conclusión que esta sala determinó en párrafos anteriores.

De consiguiente, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto declaró probada la excepción de prescripción respecto de la indemnización total de los perjuicios que se hubieren derivado del acto jurídico de traslado de régimen pensional, por el incumplimiento del deber de información a cargo de la AFP Protección S.A.

2.5.4.- De las costas de la segunda instancia

El numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso prevé

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

En vista de ello, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de la señora María Deisy Villamil Barriga, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación; se fijan como agencias en derecho en favor de la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A. la suma de \$650.000, que corresponde a medio (1/2) SMLMV en partes iguales para cada una, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

3.- DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el 06 de mayo de 2024 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por María Deisy Villamil Barriga contra la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A., en la que actuó como llamad en garantía Colpensiones E.I.C.E.

2.- Costas en esta instancia a cargo María Deisy Villamil Barriga; las agencias en derecho en favor de la AFP Porvenir S.A. se fijan en la suma de \$325.000 y las agencias en derecho en favor de la AFP Protección S.A. se fijan en la suma de \$325.000.

3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

(Sin firma por ausencia justificada)