



San Andrés Isla, 24 de octubre de 2023.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MIGUEL GUILLERMO ZULETA RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RADICADO: 88-001-31-05-001-2022-00047-01

Aprobado en Acta No.: 9703

Temas: Improcedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación frente a pensionados del régimen de ahorro individual con solidaridad; Indemnización de perjuicios y debido proceso.

I.- OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala de decisión a proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

II.- ANTECEDENTES.

Narra el actor que nació el 09 de septiembre de 1960 y que al momento de la presentación de la demanda tenía 60 años de edad; afirma que existen registros de sus cotizaciones desde abril de 1976 a junio de 1996, fecha en la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, trámite que se realizó sin su consentimiento libre y debidamente informado, pues se omitió explicarle en qué consistía tal manifestación, y no se le comunicó la información necesaria y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se desprendían del cambio de régimen pensional, mucho menos se le indicó cómo sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos para obtenerla. En virtud de lo anterior, solicita que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen y como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A trasladar los aportes a COLPENSIONES y a ésta recibirlos.

2.1 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda.

Mediante auto del 05 de octubre de 2022, el Juzgado Laboral del Circuito resolvió admitir la presente demanda y en consecuencia ordenó correr traslado de la misma a las demandadas, para lo cual le concedió un término de 10 días a fin que ejercieran su derecho de defensa y allegaran las pruebas que tuvieran en su poder; igualmente ordenó

notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de conformidad con los artículos 610 al 612 del C.G.P.

La **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A.**, a pesar de haber sido notificada vía email el día 6 de octubre del 2022 guardó silencio (Ver PDF No. 04, cdo 1era inst).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, propuso las siguientes excepciones: “**Inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir**”, “**Buena fe**”, “**innominada o Genérica**” (Ver PDF No.06, lb).

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A- quo, en Sentencia del 26 de julio de 2023, resolvió absolver a las demandadas **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, al encontrar probadas las excepciones de fondo propuestas por esta última, denominadas inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; como consecuencia, condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, señaló que no era posible declarar la ineficacia de la afiliación del actor, por cuanto la calidad de pensionado adquirida desde abril del presente año en el régimen de ahorro individual con solidaridad, era una situación jurídica consolidada que no se podía revertir, como quiera que para el otorgamiento de la pensión se destinan saldos de la cuenta de ahorro individual y además en algunas circunstancias intervienen terceros que contribuyen a su financiamiento a través de bonos pensionales del Ministerio de hacienda en caso de que se trate de una garantía de pensión mínima o de aseguradoras e inversionistas, según sea la modalidad pensional que se escoja, siendo la dinámica propia del RAIS la que impide darle efecto práctico a esa pretensión. Finalmente, no accedió al reconocimiento extra petita de una indemnización o una reparación integral a favor del accionante, por no haberse acreditado los perjuicios sufridos por éste y que debieran ser reconocidos por Porvenir.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo anterior, la parte actora señaló que la sentencia de primera instancia violó sus derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital y desconoció la mora judicial acaecida en la resolución del asunto, teniendo en cuenta que la demanda se admitió el 6 de octubre del 2022, y casi un año después se celebra la audiencia concentrada de decisión, por lo cual, se vió en la necesidad de solicitar el reconocimiento de su pensión, lo que aconteció con posterioridad a la oportunidad para reformar la demanda, razón por la que sólo hasta los alegatos de conclusión pudo informar tal acontecimiento al despacho. Estimó probado que el perjuicio sufrido se dio cuando **PORVENIR** incumplió su deber de información, y como consecuencia de ello, recibió una pensión mucho menor a la estimada en el RPM, lo que lo hace acreedor de su reparación en los términos del artículo 2341 del código civil y la jurisprudencia SL-373 del 2021 de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual, el pensionado que perjudicado en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar a la administradora la indemnización total del perjuicio. Además, asegura que la decisión recurrida incurrió en defecto fáctico, al abstenerse de valorar los elementos materiales probatorios que obran en el plenario, así como también de usar su facultad ultra y extra petita para reparar a los daños ocasionados actor en su mínimo vital, pretendiéndose equivocadamente revertir la carga probatoria imponiéndola en el demandante. Asevera que la circunstancia de no haberse contestado la demanda por esa administradora, daba lugar a tener por probados los hechos contenidos en la misma, lo que no aconteció así, pues no se dio aplicación a las consecuencias procesal derivadas de tal incumplimiento; sin embargo, a pesar de haber actuado de buena fe se impone condena en costas, cuando aquí la víctima es el afiliado. Por lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia.

V.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 28 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, y se ordenó de conformidad con el numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, correr el traslado respectivo, surtiéndose

inicialmente para la parte apelante, quien guardó silencio, y seguidamente a los no recurrentes, oportunidad en la cual, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con escrito del 10 de agosto de 2023, solicitó la confirmación de la sentencia, al estimar que las nuevas circunstancias expuestas por el demandante en sus alegatos de conclusión en primera instancia, se constituían en hechos nuevos que no podrían ser objeto de contradicción, habiendo fenecido el momento procesal para presentar una reforma a la demanda. Agregando que, si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que por regla general la ineficacia de la afiliación implica devolver las cosas al estado anterior, la situación varía en aquellos eventos en los cuales se adquirió la condición de pensionado. (Ver PDF No. 09 expediente digital del Tribunal).

VI. CONSIDERACIONES:

6.1 COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mandato del numeral 1 del literal B del artículo 15 del CPT. -

Adicionalmente, revisada la actuación no se observa irregularidad procesal que pueda invalidar el proceso o que conlleve a emitir una sentencia inhibitoria, por lo que pasará a emitirse el fallo que en derecho corresponda.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Surge como problema jurídico sometido a nuestra consideración: 1). Determinar si en el presente asunto, acaeció una mora judicial que derivara en la vulneración del debido proceso y mínimo vital del actor; 2) Establecer si se encuentra probada la configuración de un perjuicio a cargo de la administradora de pensiones, y en favor del usuario, que permita la intervención extra petita del juzgador; 3). Esclarecer si había lugar a condenar en costas al demandante.

TESIS: La tesis que sostendrá este Tribunal es que la sentencia debe confirmarse con fundamento en los siguientes razonamientos:

6.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

Los fundamentos bajo los que se sustenta la presente sentencia son los siguientes:

➤ **IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LA AFILIACION FRENTE A PENSIONADOS DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

Al respecto, en sentencia SL 373 del 10 de febrero del 2021, la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló: (...) “Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. 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 al RPMPD (...) 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 (...) 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 (...) 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. (...) 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”.

Más adelante, la misma Corporación en sentencia SL 3707 del 18 de agosto del 2021, M.p., LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, precisó: “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 (...)En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó

a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si lo considera pertinente”.

En ese sentido, en sentencia SL3136 del 30 de agosto de 2022, M.P., DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, se indicó: “A juicio de esta corporación, tal circunstancia sobreviniente acaecida después de instaurar la acción judicial no impide que, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación al RAIS, la situación del demandante pensionado del RPM vuelva al mismo estado en que se encontraba antes del traslado; caso distinto ocurre cuando quien pretende tal ineficacia obtiene el estatus pensional en el RAIS, como se precisó en decisión CSJ SL373-2021. En dicho pronunciamiento, se explicó que la calidad de pensionado en el RAIS era una situación jurídica consolidada que no se podía revertir, dado que ello generaría una serie de disfuncionalidades que afectaría a terceros, pues incidiría en diferentes relaciones jurídicas, actos, derechos, operaciones, obligaciones e intereses de otros sujetos del sistema y del mismo régimen pensional, precisamente en virtud de la dinámica propia del sistema privado de pensiones. Así, en el caso de un pensionado del RAIS, la imposibilidad de retrotraer la actuación al estado anterior a la afiliación a ese régimen y, por tanto, de darle efecto práctico a la ineficacia de tal acto, se fundamenta en el inevitable deterioro del capital con que se financia la prestación de vejez en ese sistema privado de pensiones y que afectaría al régimen público o RPM de ordenar su retorno a él. Esto, básicamente, porque las características del RAIS hacen que para el otorgamiento de la pensión se destine el saldo de la cuenta de ahorro individual y, además, intervengan terceros como el Ministerio de Hacienda y/o entidades oficiales contribuyentes en el evento de requerirse financiación a través de bonos pensionales, del referido Ministerio en caso de que se trate de una garantía de pensión mínima o de aseguradoras e inversionistas según sea la modalidad pensional que se escoja. Además, ante la posibilidad de adquirir una pensión anticipada o de optar por excedentes de libre disponibilidad, el capital se desgasta o desfinancia, lo que claramente conllevaría un déficit para el RPM, de recibir a un pensionado del RAIS en esas condiciones. Son estas situaciones y dinámicas propias del RAIS, las que impiden darle efecto práctico a la ineficacia del traslado, que es en esencia, el fundamento de la jurisprudencia para no acceder a declarar la ineficacia del traslado en el caso de quienes adquirieron el

estatus pensional en este régimen privado. Tales consideraciones fueron reiteradas en decisión CSJ SL1113-2022 (...):

➤ **CONDENA EXTRA PETITA**

En materia laboral, el legislador concedió al juez de primera instancia, la facultad de reconocer acreencias e indemnizaciones al trabajador más allá de las solicitadas, siempre y cuando los hechos que la motivan hayan sido objeto de debate y se encuentren debidamente probados en el proceso, según el tenor literal del art. 50 del CPL:

Sobre el tópico, la sentencia SL 8716 del 20 de julio del 2014, de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P., Rigoberto Echeverri Bueno, señaló: **“En torno a la decisión tomada por el ad- quem respecto de la condena por indexación, sobre la cual recae la única objeción de los cargos subsidiarios que se examinan, se observa que, en efecto, esa condena no fue objeto de pretensión alguna en la demanda inicial (folio 1), ni en la primera audiencia de trámite (folio 86), y tampoco se pronunció sobre ella el juzgador de primer grado en uso de la facultad de fallar extra o ultra petita, de tal suerte que el sentenciador de segunda instancia carecía de competencia funcional para pronunciarse respecto de ella, por lo que al disponer su pago en la sentencia que resolvió los recursos de apelación interpuestos por las partes incurrió en violación del principio de congruencia, al suponer la existencia de una reclamación que en realidad no existió.”**

En ese sentido, la misma Corporación en providencia AL 3480 del 9 de agosto del 2021, indicó: **“Teniendo en cuenta las facultades ultra y extra petita, el juez no puede desbordar el marco trazado por las partes en conflicto, de modo que le está vedado pronunciarse, sin más, sobre supuestos y peticiones no incluidas ni discutidas por las partes al interior del proceso y que, por ello, nunca pudieron ser debidamente consideradas pues, sin perjuicio de que puedan presentarse eventos que al momento de presentación de la demanda no se preveían o que el funcionario judicial pueda declarar derechos más allá de lo pedido, lo cierto es que ello se enmarca en un respeto de los derechos de defensa y contradicción de las partes y debe guardar total correspondencia con los hechos y pretensiones planteados desde el comienzo, debidamente probados y alegados por la parte interesada (....) Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar**

que dicho principio tiene algunas excepciones como son: (i) los hechos sobrevinientes, es decir, aquellos ocurridos con posterioridad al escrito inicial y que tienen la capacidad de afectar aspectos relacionados con los hechos y pretensiones allí planteados, lo cuales deberá tener en cuenta el juez al momento de proferir la sentencia, siempre que aparezcan probados y que hayan sido alegados por la parte interesada, como por ejemplo, la liquidación de la empresa -caso en el cual el operador jurídico deberá abordar otras soluciones jurídicas en orden a esa nueva realidad- y (ii) la posibilidad del juzgador en materia laboral, de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita) (...). Entonces, la facultad extra petita –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Mas adelante, en sentencia SL 3980 del 25 de agosto de 2021, M.P., Gerardo Botero Zuluaga, reseñó: “Ahora, si bien es cierto que en materia laboral, se permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las facultades extra y ultra petita que consagra el artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, ello no implica que por el hecho de que el objetivo principal del proceso hubiese sido el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, era suficiente para que el Tribunal pudiera válidamente entrar a modificar el petitum de la demanda inicial y fallar por fuera de lo pedido inobservando el principio de congruencia al que se ha hecho mención en párrafos precedentes.”

➤ CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Relacionado lo anterior con esta figura procesal, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado: “Claramente el artículo 305 del CPC hoy 281 del CGP, norma aplicable en virtud de lo contemplado en el 145 del CPTSS, precisa: «No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta» , mal haría el Tribunal en conceder al actor, luego de efectuar la valoración probatoria relativa a su calidad

de beneficiario de la convención colectiva y a que esta se aportó legalmente, una indemnización distinta a la allí regulada. Esta Corporación ha conceptuado que la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso, pues en últimas el juez debe fallar entre los límites de lo pedido y lo controvertido (CSJ SL17741-2015), pero ello no obsta para que interprete la demanda, es más, constituye su deber dado que está en la obligación de referirse «a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales» (art. 55, L. 270/1996), de modo que su decisión involucre las peticiones de la demanda en armonía con los hechos que le sirven de fundamento. Y es que no podría ser de otra manera, puesto que las pretensiones, si bien delimitan los términos exactos del litigio a resolver, están conformadas por razones de hecho y de derecho, tal y como desde antaño lo ha explicado esta Sala de la Corte, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 19 de feb. 1999, rad. 5099”. (SL131 del 26 de enero del 2021, M.P., Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez).

CONFESIÓN FICTA Y SU APLICACION

Se ha explicado en la sentencia CSJ SL6849 del 25 del 25 de mayo del 2016, M.P., Rigoberto Echeverri Bueno: “No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes”.

La confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPT es una presunción legal que admite prueba en contrario; por tanto, si, en el *sublite*, el *ad quem* tomó la decisión fundado en otras pruebas como la testimonial, los interrogatorios de parte y las documentales, sin hacer alusión expresa a la confesión ficta en comento, bien se puede entender que le dio más peso a aquellas pruebas para efectos de establecer las premisas fácticas, lo cual es perfectamente legítimo en arreglo al precitado artículo 61 del CPT”. (Reiterada en sentencia SL080 del 31 de enero del 2023, M.P., Ana María Muñoz Segura).

CASO CONCRETO:

Procederemos a resolver la apelación que nos ocupa, limitándola a los puntos sobre los cuales viene estructurada la pretensión impugnativa.

Del análisis del acervo probatorio, se desprende que no existe discusión en torno a que el demandante nació el 09 de septiembre de 1960, por lo que para la fecha en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones (1 de abril de 1994), contaba con 34 años de edad, razón por la que no es susceptible del régimen de transición, hecho que no es objeto de debate.

Que ha estado cotizando al sistema de seguridad social, habiendo realizado aportes al ISS entre el 22 de abril de 1976 y 9 de junio de 1996, efectuándose el traslado en fecha 21 de junio de ese año, continuando cotizaciones en el fondo de pensiones Porvenir S.A, a partir del mes de julio de esa anualidad, conforme al reporte de semanas cotizadas de Colpensiones y la historia laboral consolidada de Porvenir, allegados como anexos de la demanda (Ver PDF No. 01- demanda).

Adicionalmente, según manifestación en los alegatos de conclusión de la parte actora, a la fecha ya cuenta con reconocimiento pensional por parte de Porvenir S. A, lo que se surtió en el mes de abril de la cursante anualidad. (Escuchar Minuto 17:43 de la audiencia concentrada del 26 de julio del 2023).

También es claro, que en este estadio procesal, lo que se pretende es obtener una indemnización de perjuicios ocasionados con un traslado realizado entre regímenes pensionales, sin el cumplimiento del deber legal de asesoría y buen consejo que le correspondía a Porvenir S.A, consistente en suministrar de manera suficiente la información clara y concisa que debía conocer el afiliado acerca de las consecuencias, o lo que es lo mismo, ausencia de un consentimiento informado al momento del traslado en comento.

Pues bien, en principio habrá que decir que, razón tuvo el Juzgado de primer grado cuando negó la petición de ineficacia de la afiliación, dando aplicación al criterio jurisprudencial pacífico que en forma meridiana se refiere a la improcedencia de dicha pretensión cuando el afiliado tenga el estatus jurídico de pensionado en el régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por haberse constituido en una situación jurídica consolidada, tal como se analizó in extensum en acápite anterior.

Ahora bien, acerca de la transgresión al debido proceso por mora judicial invocado, se tiene que sus consecuencias están bien definidas en la ley, en virtud de lo cual, el legislador otorgó al usuario de la administración de justicia, unas herramientas procesales para combatirla, éstas son entre otras, la solicitud de pérdida de competencia al Juzgado asignado (Art 121 del CGP), la vigilancia judicial administrativa ante las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales (art 101. Núm. 6 de la 270 de 1996), solicitar el impulso procesal al interior de la actuación, o en últimas, el ejercicio de la acción de tutela a fin de que el Juez constitucional, restablezca el derecho fundamental presuntamente conculcado (art 86 de la C.N).

En autos, no se evidencia actuación alguna del abogado del demandante en ejercicio del deber de vigilancia del proceso que le correspondía para promover su impulso, ni siquiera a pesar del lapso transcurrido entre la presentación de la demanda (20 de mayo del 2022) y la fecha de su admisión (5 de octubre de 2022), quedando convalidada cualquier demora, que por lo demás, no estructura la circunstancia nulitante consagrada en el art 121 del CGP, pues el plazo legal de 1 año calendario para configurar la pérdida de competencia, corre a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, lo que se surtió el 6 de octubre del 2022, fijándose fecha para la audiencia concentrada antes de que feneciera, mediante proveído calendado 30 de junio de 2023, y profiriéndose la condigna sentencia el 26 de julio del mismo año (Ver PDF No. 04 del Cdo de primera instancia).

De ahí, que no sea dable en derecho alegar mora judicial como fundamento para los daños esgrimidos tardíamente. Y si en gracia de discusión existiera una conducta omisiva del Juzgado, lesiva de sus derechos al debido proceso, acceso a la justicia y mínimo vital, que no se demostró, para este Tribunal dicha circunstancia no legitima al actor para modificar las pretensiones de la demanda en forma extemporánea, como ahora se persigue con los alegatos de conclusión y en la sustentación del recurso de alzada, donde se reconoce además, que ya había vencido la oportunidad para reformar el libelo introductor tendiente a obtener ahora una condena por perjuicios, en remplazo de la ineficacia de afiliación pensional.

Aquí, pertinente es traer a colación la línea de pensamiento jurisprudencial desarrollada entre otras en la sentencia con Rad. 41155 del 24 de Julio del 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, entorno a la imposibilidad de emitir un fallo en segunda instancia con base en hechos novedosos, sin atentar contra el derecho de defensa del sujeto pasivo: “Ello se traduce, por consiguiente, **en un medio o hecho nuevo, inaceptable en la esfera casacional, puesto que admitirlo ahora comportaría la variación de la *causa petendi* y por ende la vulneración de los principios de contradicción y congruencia. Además, que daría lugar a la violación del debido proceso, al no brindarse la oportunidad a la parte demandada de controvertir desde el comienzo de este litigio tal aspiración, exponer su punto de vista al respecto y ejercitar su consabida defensa**”. (En igual sentido, sentencia, sentencia con Rad. 38010 del 2 de Julio del 2014, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno y SL1616 del 11 de mayo del 2022, M.P., Gerardo Botero Zuluaga).

De suerte que, si bien es cierto que habiendo adquirido el status de pensionado en el régimen de ahorro individual, como se alegó adportas de proferirse el fallo que desataba la litis, solo le resta al pensionado la acción indemnizatoria frente a la administradora de pensiones, como lo explica la línea jurisprudencial en comento, en esta instancia no es posible pronunciarnos acerca de este petitum novedoso de reparación patrimonial, fundamentado en la diferencia de los valores que habría podido recibir el demandante si hubiera permanecido en el Régimen de

Prima Media, sin transgredir los principios de congruencia y contradicción al sorprenderse a la parte pasiva, para controvertir ese supuesto fáctico, que por lo demás se encuentra desprovisto de elementos de persuasión que lo demuestren, como quiera que el escrito primigenio no apuntó su arsenal probatorio a acreditar el daño sufrido en la cuantía de su pensión y obtener el pago de **“la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD”**. (SL3535 del 4 de agosto del 2021, M.P., Clara Cecilia Dueñas Quevedo). Circunstancia que no podría probarse echando mano de una confesión ficta de Porvenir SA, primero porque la demanda no se encaminó a referir hechos sobre una liquidación cuantitativa de perjuicios y segundo porque a la audiencia de conciliación no asistió tampoco el actor (Ver acta de audiencia concentrada PDF No. 14); de allí que no sea dable reclamar los efectos del art 77 del CPL.

Finalmente, en lo relativo a la condena en costas a cargo del actor en primera instancia, habrá que señalar que es procedente a la luz del art.365 del CGP, aplicable por remisión normativa del art 145 del CPL., siendo su imposición fundada en un criterio objetivo una vez se verifique su causación y en la medida de su comprobación; en este sentido, en este trámite se generaron una vez, se emitió la sentencia desfavorable a las pretensiones del demandante, y motivó la alzada que nos ocupa, por lo tanto, son de su cargo las expensas generadas, que no le pueden ser exoneradas acudiendo a criterios subjetivos, pues solo es facultativa la condena en costas por parte del funcionario judicial cuando prospere parcialmente la demanda en los términos del numeral 5 del art 365 del CGP).

Nótese que el numeral 1° del artículo 365 ib, dispone que: **«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»**. De lo que se colige que esta carga procesal incluye además de los gastos en que incurre la parte promotora del proceso judicial, las

agencias en derecho en la cuantía reglamentada por el Consejo Superior de la Judicatura.

VII. CONCLUSIÓN:

Discurrido lo anterior, serán estas las razones por las que se confirmará la sentencia recurrida, y en consecuencia ante la improsperidad del recurso, se condenará en costas en esta instancia a la parte apelante, conforme a los núm. 3 del Art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

VIII.- DECISIÓN

Por lo expuesto El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

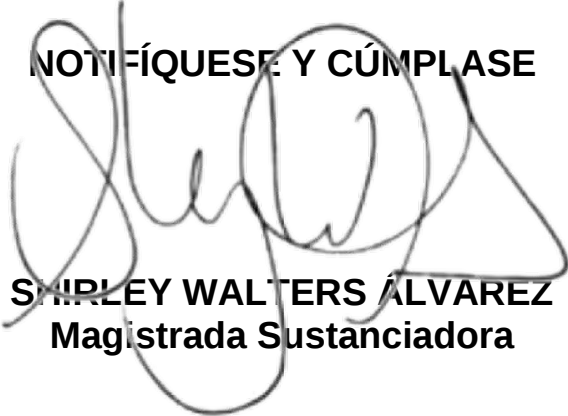
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de Julio de 2023, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario adelantado por **MIGUEL GUILLERMO ZULETA RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, en el equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: Remitir oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
Magistrada Sustanciadora



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
Magistrado



FABIO MAXIMO MENA GIL
Magistrado