



ORDINARIO: MARIA PATRICIA CASTILLO ZABALA C/ COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
LITIS: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
Radicación N°76-001-31-05-013-2019-00147-01 Juez 13º. Laboral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022), hora 04:00 P.M.

ACTA No.098

El ponente, magistrado LUIS GABRIEL MORENO LOVERA, en Sala, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co.; Decretos 417 y 637 del 17 de marzo, 06 de mayo de 2020,491, 564 , 806, 990, 1076 de 2020, 039 de enero 14 y 206 de febrero 26 de 2021, 0614 de 30 de noviembre de 2021, Ley 2088 de 2021, res.304 febrero 23- 2022, Ley 2191 de 2022, y demás decretos y reglas de pandemia>, conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Decreto 039 de 14-01-2021 y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, 11581, CSJVAA20- 43 de junio 22, 11623 de agos-28 de 2020, PCSJA20-11632 de 2020, CSJVAA21-31 del 15 de abril de 2021, Acuerdo 11840 del 26 de agosto de 2021, Acuerdo CSJVAA-21-70 del 24 de agosto de 2021, Resolución 666 de 28 de abril de 2022 y Ley 2213 de 2022<Diario Oficial 52064 del 13 de junio de 2022> y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la notificación, publicidad virtual y remisión al enlace de la Rama Judicial link de providencia escritural virtual del Despacho,

AUTO INTERLOCUTORIO No.164

Se estudia la apelación de parte demandante contra el auto interlocutorio No. 3445 del 24/11/2021 proferido en audiencia pública por el Juez 13 Laboral del Circuito de Cali en que decidió *“El juzgado despacha desfavorablemente la impugnación presentada por la parte pasiva tácitamente, y en sede de reposición, da el uso de la palabra a la abogada de la parte que impugna PORVENIR S.A. para efecto de la presentación y sustentación de su recurso de apelación.”*

APELACIÓN PORVENIR S.A.: sustenta que: *“En contra del auto que negó la solicitud y práctica de las pruebas solicitadas por mi representada PORVENIR en la contestación de la demanda y la reforma, la demanda, la contestación a la reforma de la demanda como primer punto es que en este tipo de procesos la jurisprudencia ha decantado, que la carga de la prueba en cabeza de los fondos de pensiones y en ese orden de ideas, con las pruebas que pretendía hacer valer dentro del presente proceso en referente a la pretensión principal de la ineficacia, pues es conducente, pertinente llamar a juicio al asesor a la señora Ana Bolena, que dé cuenta de las capacitaciones que recibían de manera personalizada a los asesores comerciales y con esto dar cuenta de la educación a la formación que tenían los asesores para así poder realizar una afiliación idónea a los posibles afiliados. Respecto de la pretensión subsidiaria debe ponerse de presente, que si bien la demandante al solicitar la reparación integral de prejuicios no es menos cierto, que existen unas etapas previas antes de que la demandante se afiliara a PORVENIR SA ello es la afiliación, pero lo hizo, está el régimen de prima media en ese orden de ideas, el régimen de prima media también tenía en su cabeza el deber de información de darle las características de este régimen a la actora y, por lo tanto, no se puede predicar solamente en cabeza de PORVENIR a la falta del deber de información, por cuanto COLPENSIONES también tenía en su cabeza el explicarle a su afiliado las condiciones y características y las*

consecuencias del TRASLADO que estaba realizando, y en este caso, pues, evidentemente la prueba del representante legal o informe que se solicitaba señores magistrados, era para que se viera o que se diera cuenta, pues, el despacho se ilustrara sobre la información que brindó COLPENSIONES a la afiliada, por lo anterior es conducente, pertinente y útil, el decreto de las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda y la reforma a la demanda como quiera, pues que con estos medios probatorios se lograría vislumbrar, aclarar la actuación que realizó porvenir y la actuación que realizó mi representada en pro de demostrar el cumplimiento del deber de información y demostrar que no se causó ningún perjuicio a la actora por cuanto la afiliación que ella realizó, pues la hizo de manera libre, voluntaria e informada. Solicita se revoque el auto apelado y se permita la práctica de las pruebas solicitadas.”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA II INSTANCIA

ANTECEDENTES PROCESALES: Se tiene que el juez a través de auto interlocutorio No. 3444 del 24 de noviembre de 2021 proferido en audiencia pública No. 540, decretó las pruebas, resolviendo:

“Teniendo en cuenta el litigio fijado, dispone primero las pruebas documentales allegadas por los sujetos procesales. Adicionalmente PORVENIR SA solicita interrogatorio de parte a la demandante.”

A lo que PORVENIR S.A. manifestó su inconformidad, pero, sin interponer recurso alguno frente a la providencia, indicando que:

“En la contestación a la reforma la demanda, solicitó que se citara a interrogatorio de parte del representante legal de COLPENSIONES o en su defecto, se sirviera que el despacho oficiara a COLPENSIONES a rendir un informe sobre los hechos debatidos, Conforme se relacionan el numeral dos del acápite de pruebas de la contestación a la reforma a la demanda.

Adicionalmente, se solicitó que se decretara favor una prueba testimonial de la señora Ana Bolena Calero que es una funcionaria de PORVENIR que puede brindar cierta información y puede rendir información sobre los hechos de la demanda.

Lo anterior para que señor Juez las concrete”

El a-quo interpretó que la apoderada de PORVENIR S.A. presentó recurso de reposición en contra de la providencia No. 3444 del 24 de noviembre de 2021, por lo que, profirió auto interlocutorio No. 3445 de la misma diada, donde consideró:

“Dando alcance a la intervención de PORVENIR SA. respecto al decreto de prueba, a una impugnación del decreto de prueba, en cuanto se omitió unos medios probatorios solicitados al momento de la contestación o pronunciamiento sobre la reforma a la demanda.

Entra el juzgado para establecer su pertinencia y conducencia a revisar nuevamente la reforma de la demanda que obra en el expediente, donde puede advertirse que, en materia de hechos de la demanda, consisten solo en la actuación de la demandante frente al fondo pensional accionado en solicitud de reparación integral.

Como también en la respuesta que ésta le da ha sido hablando solo de hechos en materia de esa solicitud, la que calenda la parte actora el miércoles 17 de marzo del año 2021.

Se adiciona también la demanda, en la oportunidad de reforma en los fundamentos de derecho se precisan las pretensiones de la acción, las cuales como principal pasa a pretenderse la ineficacia del traslado.

A través de esa institución de ineficacia del traslado, con todas las consecuencias que le son propias en cuanto a la eventual transferencia de recursos económicos del fondo privado al fondo público o común.

Ahora bien, hace también la reforma de la demanda, una modificación en las condenas, solicitando una condena solidaria a los dos fondos, tanto el fondo común de COLPENSIONES, como el fondo privado que administra PORVENIR SA.

Se ocupa la reforma de la demanda de las pretensiones subsidiarias y en este caso, y solo en el hipotético caso que no prosperare la ineficacia y todo lo que ella contrae, solicita la reparación integral de perjuicios, de lo cual hace responsable solo a PORVENIR SA y advierte que lo será en el comparativo de reconocimiento pensional, que hubiese

estado a cargo de COLPENSIONES y el que está a cargo de PORVENIR S.A., conforme al régimen actual que regiría en COLPENSIONES para lo que establece valores cifras, inclusive la legislación pertinente.

Insistiendo en la reparación integral no solamente a la parte como tal, sino en una eventualidad, a sus deudas, pues bien, al encontrar la esencia de la reforma de la contestación de la demanda y las pretensiones que se modifican, unas adicionan otras, respecto al material probatorio, se advierte, sí que en tiempo la accionada solicita un interrogatorio de parte, como bien lo señala, al representante legal de COLPENSIONES.

Que en su defecto, se rinda un informe escrito, aporta unos documentos y adicionalmente pide como prueba testimonial a la señora Ana Bolena Calderón.

Encuentra el juzgado que para que se acredite en juicio, por un lado, la pretensión inicial de nulidad, y la pretensión ahora modificada pero también inicial de ineficacia, que son los 2 puntos importantes de la discusión, porque de ahí derivan los otros, no es menester, no es conducente, no es pertinente interrogatorio de parte alguno, bien se sabe que ambas figuras bien sea la de nulidad o bien sea la ineficacia, no depende de la confesión del representante legal de la entidad, menos cuando no es esa la que participa en la huida del afiliada del fondo común hacia el fondo privado.

Tampoco lo es la testimonial que se solicita que se expresan las razones de tal solicitud que se hacen consistir en la capacitación brindada opciones comerciales y la información que debía ser proporcionada a los eventuales afiliados.

Porque esa testimonial tampoco resulta conducente y pertinente, porque lo que se trata es de establecer qué pasó al momento de la afiliación inicial de la demandante, y para eso quien debe concurrir es quien surtió la afiliación, no quien fue capacitado para hacerlo, sino quien surtió y tapó que él fue el que generó la capacitación, carga de la prueba que le corresponde al fondo privado, a decirle el asesor que fue la afilió y se decreta la prueba testimonial respecto a ese asesor, pero como bien lo dice la solicitud de la prueba se está convocando, dejar un asesor que es la que hace la capacitación a los asesores, eso no es vinculante para el proceso, por cuanto lo que necesitamos conocer es la versión de quien realizó la afiliación, lo cual pudiera conocerse a través del formulario y los controles internos que tenga el fondo privado.

Entonces, frente al primer punto grande en discusión, permítame decirlo, así como grande nulidad, y/o ineficacia, no resulta relevante la participación de representante legal de COLPENSIONES, quien no tuvo nada que ver en el proceso que nos pueda llevar a una nulidad o ineficacia, y tampoco la testimonial, al menos la solicitada, pudo haberse solicitado la testimonial, pero no de la capacitadora o asesora de que los asesores, a su vez, que eran los que iban a tramitar las afiliaciones hay que establecer en la situación al momento de la afiliación.

Ahora bien, frente a la pretensión subsidiaria que lo es, la reparación integral, que aquí se depreca respecto a la demandante en la reforma de la demanda, tampoco ninguno de los dos medios probatorios resulta vinculantes, por un lado ni el interrogatorio de parte ni la testimonial, por cuanto esa reparación deviene es precisamente del defecto del negocio jurídico, que al aflorar, trae consigo una afectación que no resulta esa afectación.

Probada o improbada con COLPENSIONES en la medida de que quien viene a juicio no es frente a esa pretensión COLPENSIONES, sino que quien viene a juicio es precisamente PORVENIR en consecuencia de una actuación u omisión de esta al momento de la afiliación y lo propio, la testimonial, tampoco resulta. Frente a una pretensión subsidiaria vinculante en la medida de que tal testimonio en la forma como se explica al momento de la contestación de la demanda, en nada tiene que ver con la causación o no de los perjuicios o con la liquidación o no de la reparación integral, que tampoco depende ya de los sujetos procesales, sino de nuestro ordenamiento jurídico, incluso civil sobre la materia.

Por esa razón el juzgado despacha desfavorablemente la impugnación presentada por la parte, pasiva, tácitamente y en sede de reposición, da el uso de la palabra a la abogada de la parte que impugna.

Porvenir SA para efecto de la presentación y sustentación de su recurso de apelación.”

DEBIDO PROCESO Y FORMA DE INTERPONER APELACION CONTRA DECISIÓN QUE NIEGA UNA PRUEBA:

Bajo el principio de trámite reglado obligatorio, cuando no hay ausencia de procedimiento ni libertad para su trámite<art.40,CPTSS>, cuando se impugna por una de las partes una decisión negatoria de prueba <en este caso por PORVENIR S.A.>, como en autos negar interrogatorio de parte al representante legal de COLPENSIONES o en su defecto se le libre oficio para que informe, o la negación de un testimonio de funcionaria de PORVENIR S.A., hay dos formas y dos tiempos o momentos para impugnar:

i.-) Las formas son: a) que interpone únicamente reposición contra la decisión;

b) que interpone el recurso de reposición como principal y la apelación como subsidiaria, simultáneamente en la misma audiencia<art.3,CGP.>;

c) Interponer solamente, directamente como principal el recurso de apelación;

ii.-) El tiempo o momento, de b) es que deben interponerse simultáneamente - cuando es en audiencia y en procedimiento de la oralidad-, reposición como principal y apelación como subsidiario, contra la decisión que niega la prueba, enseguida que el a-quo profiere la decisión sobre decreto de pruebas; bajo una misma sustentación o con sustentación separada para cada recurso;

iii.-) El tiempo o momento, de c) interponer directamente la apelación y sustentación contra la decisión que niega la prueba, enseguida que el a-quo profiere la decisión sobre decreto de pruebas; debe sustentarla debidamente para que se le conceda;

Igualmente, este orden exige al a-quo decidir en el siguiente orden, que en b) debe resolver primero el recurso de reposición contra la decisión negativa de prueba, si no accede a revocarla o reponerla, la confirma debidamente sustentada, y en segundo lugar, entra a conceder de inmediato el recurso subsidiario de apelación contra la decisión negativa de prueba <art.65, num.4,CPTSS.>.

El a-quo, en c), procede a conceder directamente el recurso de apelación contra la decisión que niega la prueba, sin mayor sustentación, solo califica la legitimidad de quien la formula, facultad de postulación, el interés jurídico, la procedencia del recurso y la concede o niega si está enlistada en el art.65,CPTSS, como apelable la respectiva providencia referida a la prueba o pruebas negadas.

Es importante tener presente las subreglas, que en a) con la interposición del recurso de reposición se agota el ejercicio de postulación de la impugnación; no puede válidamente volver a hacer ejercicio de la facultad de postulación para interponer la alzada, ni el a-quo puede habilitar tal posibilidad<como anómala e irregularmente sucedió en autos>, porque los procedimientos son de orden e interés público y de obligatorio cumplimiento <arts.13,14 y 11,CGP.>.

En autos, el a-quo en el decreto de pruebas< auto interlocutorio No. 3444 del 24 de noviembre de 2021 proferido en audiencia pública No. 540>, decretó las pruebas, resolviendo:

“Teniendo en cuenta el litigio fijado, dispone primero las pruebas documentales allegadas por los sujetos procesales. Adicionalmente PORVENIR SA solicita interrogatorio de parte a la demandante.”

... no se refiere a las pruebas solicitadas por PORVENIR S.A. en la contestación a la demandada principal y en la contestación a la reforma de la demanda, en lo que

interviene PORVENIR S.A. para recordar e insistir en su actuar procesal, lo que toma el a-quo como una reposición < auto interlocutorio No. 3445 del 24/11/2021, que resuelve el recurso de reposición, proferido en audiencia pública> y al resolverla argumenta lo que le concierne y niega el interrogatorio de parte al representante legal de COLPENSIONES o en su defecto el librarle oficio para que informe y niega el testimonio;

“El juzgado despacha desfavorablemente la impugnación presentada por la parte pasiva tácitamente, y en sede de reposición, da el uso de la palabra a la abogada de la parte que impugna PORVENIR S.A. para efecto de la presentación y sustentación de su recurso de apelación.” <subraya ajena>.

... e inmediatamente y de manera irregular, le concede la palabra a PORVENIR S.A. para que apele y sustente< auto interlocutorio No. 3445 del 24/11/2021, que resuelve el recurso de reposición, proferido en audiencia pública>, y así lo hace PORVENIR S.A. Esto no habilita la irregularidad ni hace legal la apelación extemporánea interpuesta por esta entidad.

Frente a dicha providencia< auto interlocutorio No. 3445 del 24/11/2021, que resuelve el recurso de reposición, proferido en audiencia pública y niega las citadas pruebas> es que PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación<a decisión de recurso de reposición, que niega el interrogatorio de parte, librar oficio de información y la prueba testimonial>, apelación que ya no es susceptible de interponer<porque al interponer solamente reposición contra la decisión que le negó las pruebas a PORVENIR S.A., ya estaba procesalmente agotada la posibilidad de interponer apelación, por lo tanto, se declara improcedente el recurso de alzada en contra del Auto Interlocutorio No. 3445 del 24/11/2021, que no es apelable.

En gracia de discusión, ante la decisión rotunda del a-quo de decretar el interrogatorio de parte al representante legal de COLPENSIONES, o en su defecto, de librarle oficio de información y la prueba testimonial de la funcionaria de PORVENIR S.A., el a-quo hizo bien en negarlas, pues, *“el juez se abstendrá de negar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente” <recordando que hay tutela a derecho fundamental de petición, art.86,CPCo. y Decreto 2591 de 1991>.*

En razón de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

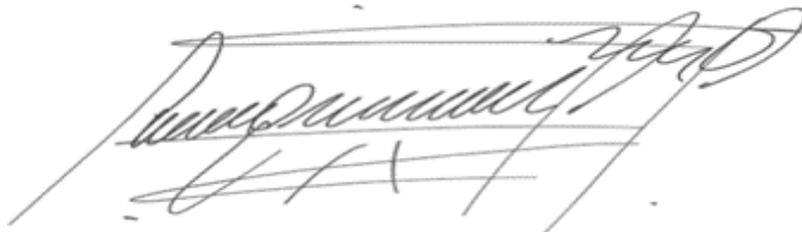
PRIMERO. - **DECLARAR** improcedente el recurso de apelación incoado inoportunamente por la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, en contra del Auto Interlocutorio No. 3445 del 24/11/2021. **COSTAS** a cargo de la apelante demandada infructuosa y en favor de la demandante, se fija la suma de un millón quinientos mil pesos como agencias en derecho. **DEVUÉLVASE** el expediente a su origen y **LIQUÍDENSE** de conformidad con el art. 366 del C.G.P..

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE por Estados Electrónicos, los cuales se encuentran fijados en el siguiente enlace en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral < <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/137>.

TERCERO. - **ORDENAR A SSALAB: DEVUÉLVASE** por Secretaría inmediatamente ejecutoriada esta providencia, el expediente al juzgado de origen. Su incumplimiento es causal de mala conducta.

APROBADO SALA DECISORIA 14-10-2022. NOTIFÍQUESE <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/137>. OBEDÉZCASE y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO