

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA
BOGOTÁ D. C.**

Bogotá D.C, ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 31-2023-00053

ACCIONANTE: JOSÉ ORLANDO SILVA HERNÁNDEZ

ACCIONADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

A N T E C E D E N T E S:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por el señor **JOSE ORLANDO SILVA HERNÁNDEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a fin de que se le amporen sus derechos fundamentales de petición y debido proceso.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Indica el tutelante que, se afilio al Instituto de los Seguros Sociales ISS en junio de 1997.
- Manifiesta el actor que, se trasladó el tutelante del Régimen de Prima Media al Régimen de ahorro individual al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección en febrero de 1999.
- Informa el actor que, nuevamente se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual RAIS mediante la afiliación con PORVENIR en octubre de 1999, indicando que la decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP, por lo que no existió libertad y voluntariedad en dicho acto, por el contrario existió engaño.
- Asegura el señor JOSÉ ORLANDO SILVA HERNÁNDEZ que, la AFP tampoco le informo de la imposibilidad de trasladarse de fondo de pensiones cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho de pensión.
- Asevera el quejoso que, en el año 2018 solicitó a las accionadas el traslado de régimen habiendo cotizado semanas sin que hasta la fecha se haya obtenido dicho traslado de sus aportes pensionales de PORVENIR a COLPENSIONES.

P R E T E N S I O N D E L A C C I O N A N T E

“PRIMERO. – Solicito al despacho se sirva requerir y ordenar a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES que en el término de ley den respuesta al derecho de petición radicado frente a la solicitud de traslado de mis aportes con los rendimientos causados hasta la fecha, de PORVENIR A COLPENSIONES.

SEGUNDO. – Declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y se le ordene para que a la brevedad posible se realice el traslado de mis aportes con los rendimientos financieros de mis aportes pensionales de PORVENIR A COLPENSIONES.

TERCERO. – Ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes y rendimientos que efectué PORVENIR S.A. y tener como afiliado al accionante como si nunca se hubiere trasladado al RAIS.”

C O N T E S T A C I O N A L A M P A R O

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **MALKI KATRINA FERRO**, obrando en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, quien manifiesta que:

El señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ identificado con documento de identidad Cédula de Ciudadanía número 79.464.542, estuvo afiliado/a al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y su estado es TRASLADADO A OTRO FONDO.

Por lo anterior, es de resaltar que la presente tutela contiene una pretensión tendiente a satisfacer lo pedido por la accionante, por consiguiente, requiere una evaluación de mayor rigurosidad frente a su procedibilidad toda vez que ello puede desnaturalizar este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución, desconociendo así la norma constitucional.

Así mismo, es de resaltar que si bien es cierto, la seguridad social es un derecho irrenunciable garantizado por el Estado, también lo es que la unidad de equilibrio del Sistema de Seguridad Social en materia pensional “comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios” de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 100 de 1993, lo anterior con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera como un principio constitucional.

Resulta oportuno resaltar que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Ahora bien, en relación al caso objeto de estudio, debe resaltarse que verificadas las bases de datos de Colpensiones, no se evidencia solicitud radicada por el accionante que le permita a esta entidad conocer a fondo el derecho pretendido con relación a traslado de régimen, por lo tanto, esta Administradora no está vulnerando derecho alguno en contra de JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ; solo se tiene conocimiento sobre la tutela interpuesta que es lo único que reposa en su expediente.

Es pertinente indicar que el accionante puede radicar el formulario correspondiente a su solicitud, junto con los documentos necesarios de acuerdo a lo prestación que requiera, para que posterior, se le pueda entregar una respuesta de fondo, clara y concreta y como en derecho corresponda, y si ante dicha respuesta presenta desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues aunado a lo anterior, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, o tratar temas que son competencia exclusiva del Juez ordinario, pues por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Por lo tanto, todas las circunstancias de posible amparo se encuentran sujetas a que la acción negligente, arbitraria o caprichosa se encuentre en cabeza de la Administración y no del accionante, sin embargo, el accionante es quien tiene las herramientas administrativas, pero no ha hecho uso de las mismas para su reclamación.

En síntesis, de acuerdo con lo anterior análisis, Colpensiones no puede pronunciarse de fondo frente al tema objeto de la tutela, por cuanto no se tiene registro de una solicitud relacionada con el traslado de régimen, además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello, por lo que la presente tutela, debe ser declarada improcedente.

Al respecto, es oportuno destacar que, aunque la Corte Constitucional en sentencia-482 de 2015 ha previsto la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable, debe destacarse que no ocurre en el caso del señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ, ya que esta clase de protección temporal tiene condicionada su procedencia a la concurrencia.

Así las cosas, de los documentos que obran en la acción de tutela se vislumbra que el señor (JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ, no ha demostrado la amenaza de un eventual perjuicio irremediable, por lo que no sería posible acceder vía tutela a la protección reclamada, además, el actor debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión de ser trasladado vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Finalmente, solicita se DENIEGUE la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través

de **DIANA MARTINEZ CUBIDES**, obrando en calidad de Representante Legal Judicial, quien manifiesta que:

El señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ suscribió de manera libre y voluntaria, formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias PORVENIR S.A., al firmar el formulario de afiliación se acogió a las normas y disposiciones legales para este régimen, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994.

Es importante precisar que la solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida no era viable, por cuanto al momento de traslado el señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ se encontraba incurso en la prohibición de traslado entre regímenes de que trata el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto a fecha de solicitud de trasladado tiene 56 años, y de acuerdo con la norma no procedía dicho traslado.

En efecto, conforme con esta norma y teniendo en cuenta que la fecha de nacimiento de la accionante es el 09 de diciembre de 1966, se concluye que estaba inhabilitada para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues se encontraba a menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez.

Al margen de lo anterior, resulta necesario analizar la situación de la afiliación del señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ a la luz de la Sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional, que estableció que las personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados, podrán en cualquier tiempo trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente la Sentencia SU-130 de 2013 recogió todos los pronunciamientos anteriores determinado que es viable el traslado de régimen, en cualquier tiempo y conservando el régimen de transición, para aquellos afiliados que tienen cotizadas 750 semanas o más al 1º de abril de 1994 y en caso de cumplir con dicho requisito se mantendrá el traslado de la totalidad del ahorro existente en la cuenta de ahorro individual conservando de manera intacta el tema de la rentabilidad consagrado en la sentencia SU 062 de 2010.

Igualmente da un alcance al tema de la edad y reitera que son excluidos del régimen de transición aquellas personas que cumplen con el requisito de la edad, consagrado en el artículo 36 de ley 100 de 1993, en cuanto a tener, en el caso de las mujeres 35 años y en el caso de los hombres 40 años, a la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993.

En estos términos y encontrando según la historia laboral emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP que el señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ NO tiene a primero (1º) de abril de 1994 quince años o más cotizados, no procedería el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

 Ministerio de Hacienda y Crédito Público					
SUBTOTAL					
HISTORIA HASTA 31/03/1994					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3135	447.86	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS:		3135		SEMANAS: 447.86	
El número de semanas se calculó con días calendario					

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991, la Acción de Tutela resulta improcedente entre otros eventos, cuando existen otros medios de defensa judicial.

Al margen de todo lo anteriormente expuesto, es necesario llamar la atención en que la controversia a la que se refiere la presente acción de tutela no es susceptible de ser reclamada por vía de tutela en la medida que no guarda relación con afectación de derechos fundamentales, sino corresponde a una reclamación referida al traslado de régimen, la cual debe ser dirimida en los términos del artículo 2 del Código de Procedimiento laboral por la Jurisdicción Ordinaria Laboral pues se trata de un conflicto entre entidades administradoras del Sistema General de Seguridad Social y sus afiliados, resaltando que es en un tema bastante complejo y en el que es necesario que el juez pueda conocer en un debate probatorio todos los elementos que cada una de las partes tienen para proferir un fallo ajustado en derecho, lo cual resulta de suma complejidad en un trámite de tutela. También se resalta que la accionante no demuestra en ningún momento la acusación de un perjuicio, razón por la cual no es posible establecer que haya afectación ni amenaza de derechos fundamentales, como quiera que no fue acreditado por la parte accionante.

Así pues, PORVENIR S.A. no ha vulnerado ni pretende vulnerar derechos fundamentales en cabeza de la accionante, por cuanto esta Sociedad Administradora HA CUMPLIDO A CABALIDAD CON LAS OBLIGACIONES LEGALES A SU CARGO.

En el caso que nos ocupa es palmario que la accionante no allega una sola prueba tendiente a demostrar que se encuentra ad- portas de sufrir un perjuicio de naturaleza irremediable; pues tal como se expresa en la jurisprudencia en cita, deben aportarse los elementos fácticos que indiquen el cumplimiento de cada uno de los requisitos señalados, por cuya razón la acción debe ser desestimada.

A la fecha de la presente acción constitucional NO se ha realizado ninguna solicitud por parte del accionante NI ESCRITA NI VERBAL. Ahora bien, si el mismo informa que dicha petición fue realizada de forma verbal, se evidencia en el plenario de la acción de tutela que la accionante no aporta ninguna recepción automática a través de la página porvenir@encontacto, es dable acotar su señoría que dicho buzón de recepción al momento de radicarse una petición de manera automática se envía correo de confirmación de la petición allegada a la entidad, y observando la petición allegada no contiene ningún elemento probatorio que permita dilucidar la radicación efectiva.

Ahora bien, para efectos de clarificar el procedimiento de radicación de peticiones efectuadas a través de la página que afirma la accionante, debe contener una respuesta automática en la que se evidencie la siguiente información, se aclara que el presente adjunto es a modo de ejemplo de una petición radicada por otro ciudadano ante la dirección electrónico porvenir@en-contacto.co.

Es necesario indicar que la ley 1755 de 2015, bajo los presupuestos de inclusión ha determinado que no solamente se podrá presentar peticiones de tipo escrito, sino que también podrán ser validas todas aquellas que sean presentadas de forma VERBAL. Mientras que el mismo peticionario lo informe de forma clara.

A lo cual como se pudo indicar dentro del palmario no se evidencia una petición frente a la presente, sino simplemente una información de donde puede ser atendido de manera coherente frente a una solicitud.

Por lo que se puede evidenciar, que en ningún momento se ha presentado petición escrita o verbal por parte del accionante y por lo tanto no se está bajo la oportunidad de poder dar una respuesta de lo mismo.

Cuando se realiza una petición verbal, la misma es resuelta del mismo modo y solo en los eventos donde se presente inconformidad respecto a la respuesta recibida se hará constar por escrito, para dentro del término legal establecido en la mencionada ley estatutaria se resuelva dicha solicitud. Situación que no se vio reflejada en el presente caso. (No existe derecho de petición)

Finalmente, solicita NO tutelar los derechos pretendidos por la accionante contra PORVENIR S.A., ya que es claro que esta Sociedad Administradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno al señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ por los motivos expuestos.

T R A M I T E P R O C E S A L

La mencionada acción fue admitida por auto del veintiséis (26) de enero de 2023, en el que se ordenó la notificación a las entidades accionadas y se les concedió el termino perentorio de dos (02) días, para que se pronuncien sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S :

1.- La acción de tutela se implantó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de autoridad y, también por los particulares por los mismos motivos, pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

En primer lugar, debe recordarse que conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, llamado a proceder sólo frente a los casos particulares de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales por parte de las

autoridades o de particulares en los precisos casos establecidos por el legislador.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.

Es por ello por lo que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.

Sin embargo, también se ha indicado que la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela, porque el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.

En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela. Al respecto en la sentencia T-580 de 2006 se indicó:

"La aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos: i) el objeto de la opción judicial alternativa y ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial. El juez constitucional deberá observar, en consecuencia, si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente."

2.- El derecho al mínimo vital, reconocido como de estirpe constitucional ligado a la dignidad humana, surge como una idea de condiciones mínimas que garantiza la satisfacción de las necesidades del ser humano en condiciones decorosas, que no se encuentra limitada a la cuantificación de los requerimientos biológicos para su subsistencia, sino a esa valoración material del trabajo desplegado, las condiciones propias de cada individuo, y un profundo respeto por su particular condición de vida.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T716 de 2017 señaló:

"...el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado

por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia..."

Vistas ambas dimensiones, el mínimo vital debe garantizarse no a través del imaginario de lo que otro ser humano puede necesitar para su subsistencia, sino que para ello debe tenerse en cuenta las especiales condiciones que cada individuo tiene, y así verificar dentro de su ideario de vida y las condiciones actuales, cuáles son las necesidades que deben ser satisfechas, sin que pueda afectarse sus condiciones particulares afectando su dignidad.

3.- Ahora bien, respecto al requisito de inmediatez, es pertinente aclarar que la Corte Constitucional, ha dicho:

"el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional. Entre las circunstancias que la Corte ha reconocido como motivos justificantes para la tardanza, se encuentran las circunstancias de analfabetismo, desplazamiento forzado o de tratarse de madres cabeza de familia" [T-199 de 2015].

Dicho lo anterior, esta Sede Judicial constata que la acción de tutela que nos ocupa cumple en el requisito arriba descrito, pues si bien los hechos que dieron origen a la presunta vulneración de los derechos incoados se originaron desde 1999, lo cierto es que desde el año 2018 el actor viene reclamando el cambio de régimen de PRIMA MEDIA a AHORRO INDIVIDUAL, por tanto, tales acciones persisten inclusive hasta la fecha.

4.- Frente al caso en concreto, el accionante JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ interpuso acción de tutela, en defensa de sus derechos fundamentales de PETICION y DEBIDO PROCESO presuntamente vulnerados por las accionadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) al afirmar que, cuando se trasladó del régimen de PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL no le indicaron las consecuencias que ello traería y ahora que quiere volver al REGIMEN DE PRIMA MEDIA, no le quieren dar solución alguna.

Frente a este punto, es importante analizar si efectivamente por este mecanismo excepcional se pueden reclamar este tipo de acreencias y si los derechos conculcados se ven afectados o no por la decisión de la entidad accionada.

Así las cosas, es preciso traer en cita lo afirmado por el máximo tribunal de lo constitucional en Sentencia T-00191 de 2020, así:

"La Corte Constitucional entiende el régimen de prima media con prestación definida como aquel en el que el afiliado o sus beneficiarios acceden a la pensión (previamente definida) tras haber cumplido los requerimientos de edad y de tiempo fijados en la ley, sin importar el monto de los aportes que se hayan realizado a un fondo de naturaleza pública. Este sistema se financia, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, "a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema".

El régimen de ahorro individual con solidaridad, por su parte, se maneja por medio de una cuenta individual a nombre del respectivo afiliado, en la cual se consignan los aportes para pensión, los que, junto con los rendimientos, permitirán al mismo acceder al beneficio pensional una vez acumulado cierto capital cotizado a un Fondo de capitalización de naturaleza privada. En este plan no es condición necesaria –como en el de prima media- tener cierta edad para poder retirarse, la misma se determinará según la modalidad específica de ahorro que elija el ciudadano. Este sistema se financia, a su vez, "a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión".

El primero de ellos se caracteriza por ser un régimen solidario de prestación definida; por tener un fondo común de naturaleza pública constituido por aportes de los afiliados y rendimientos y; por la obligación del Estado a pagar los beneficios a que se hacen acreedores sus afiliados, de acuerdo al artículo 32 de la ley 100 de 1993. El segundo régimen tiene las siguientes características de este régimen son: a) los aportes realizados a pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, junto con, el de las indemnizaciones, estarán destinadas, una parte, a capitalizar la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado y, por otra parte, al pago de prima de seguros; b) las cuentas de ahorro pensional constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora; c) las entidades administradoras garantizarán una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran, según el artículo 60 de la ley 100 de 1993.

La Corte Constitucional ha sostenido que la principal diferencia entre estos dos regímenes radica en los requisitos para obtener la pensión de vejez. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad exige reunir en la cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiarla. El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida requiere del cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización.

La jurisprudencia constitucional y el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 reconocen el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer. Este derecho comprende la facultad que tiene toda persona de optar en su primer momento el régimen al cual desea pertenecer, así como de trasladarse de un régimen a otro, conforme a los requisitos establecidos por la ley. En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el ámbito irreductible de protección –núcleo esencial– del derecho a elegir libremente se vulnera, cuando se impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o administradora de fondo de pensiones.

La libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección.

El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro.

La Corte Suprema de Justicia entiende que la justificación de este principio se encuentra en que la Ley 100 de 1993 reconoce dos regímenes pensionales, en los que podía presentarse asimetrías en la información, sobre todo en las administradoras de fondos de pensiones, y, por tanto, se hacía necesario consagrar unas consecuencias a éstas, para reconocer así la trascendencia de un cambio de régimen.

Si la persona fue asesorada y conoce las ventajas y desventajas de un régimen pensional, la elección –el traslado– de éste se regirá por unas reglas concretas. La Corte Constitucional ha sostenido que la libertad de elección no es absoluta. El legislador puede imponer límites a ésta, a fin de evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.

Para ello, el legislador ha establecido dos límites, a saber, el tiempo mínimo de cotización y la edad. Las leyes y normas reglamentarias han establecido, en términos generales, que las personas no podrán trasladarse de un régimen a otro si no han cumplido un periodo de cotización –que ha oscilado entre los tres (3) y los cinco (5) años– y si se no se ha alcanzado una edad próxima para la pensión. La Corte Constitucional ha entendido que estos límites son legítimos, pues "(...) se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión

del resto de cotizantes"(...) (negrilla y subrayado por el Despacho)

De la anterior cita jurisprudencial, se infiere que existen dos regímenes pensionales en Colombia, el primero el cual es del fondo publico llamado REGIMEN DE PRIMA MEDIA, el cual permite que una persona se pueda pensionar cumpliendo la edad y el tiempo de semanas cotizadas, sin importar el monto de dinero que haya cotizado y el segundo, es el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, el cual es manejado con patrimonio privado y cuando ya se haya alcanzado el dinero para indicado para pensionarse, lo podrá hacer sin necesidad de cumplir con un tiempo y una edad mínima. También se observa que es posible que una persona se traslade de un régimen a otro cumpliendo con ciertos requisitos establecidos por el Legislador y además, tal traslado debe ser de manera libre, voluntaria e informada, pues la responsabilidad de las AFP no solo son la de afiliar a las personas y administrar sus dineros, sino que también deben dejarle claro a los usuarios los beneficios y las consecuencias de cada uno de los regímenes para que estos puedan tomar la decisión que mejor les convenga.

Ahora, en punto a la situación que aqueja al accionante JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ, ha de decirse que si bien su descontento radica en que desea cambiarse nuevamente al REGIMEN DE PRIMA MEDIA y que la entidad accionada AFP PORVENIR le impide tal cambio, lo cierto es que al interior de este trámite tutelar no demostró que haya desplegado las diligencias tendientes para tal cambio, pues no se aporta ni una sola prueba que permita inferir a esta Falladora que en efecto desde el año 2018, esta tratando de realizar ese cambio y hasta la fecha la entidad encartada no le haya solucionado, pues la documental aportada como la certificación de afiliación, el reporte de semanas cotizada, la historia laboral consolidada y el certificado de cámara y comercio de la AFP PORVENIR, no son documentales suficientes para concluir que se le esta violando derecho alguno al accionante, máxime si se tiene en cuenta que aun cuenta con los medios judiciales ordinario efectivos para hacer valer sus derechos, misma situación ocurre con el derecho de petición que afirma le esta siendo vulnerado, pues no existe fundamentos facticos que concreten que en realidad se ha hecho la petición de traslado así sea verbal y el accionado ha guardado silencio.

En cuanto a que el actor solicita en su escrito tutelar que se tenga en cuenta los múltiples fallos de los Juzgados laborales y de la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tal solicitud tampoco puede considerarse pues, no tiene en cuenta que tales decisiones hacen referencia a procesos laborales debidamente instaurados a fin de agotar el requisito de subsidiariedad que caracteriza este trámite sumario y preferente y que como se le ha indicado, brilla por su ausencia que el señor JOSE ORLANDO ya haya tan siquiera iniciado.

En hilo a lo anterior, es importante precisar que sin que se demuestre la vulneración de algún derecho fundamental esta Juez de lo constitucional esta imposibilitada para tomar una decisión de fondo que acoja las pretensiones del tutelante, toda vez que se insiste, no se vislumbra que se haya agotado el tramite ordinario laboral para que haya tenido que llegar a esta última instancia y menos cuando el actor, asegura que al momento de trasladarse de régimen fue engañado por parte de la AFP, situación que sin duda alguna no puede ser determinada por esta instancia judicial, como quiera que esta discusión debe adelantarse ante la jurisdicción laboral donde se puedan decretar y debatir pruebas para llegar a la verdad.

De otro lado, se tiene que tampoco se demostró que con el actuar de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, se estuviere causando un perjuicio irremediable, que en palabras de la H. Mg. NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Tercera de Familia, en decisión en segunda instancia de la acción de tutela 11001-31-10-031-2021-00343-01, preciso que:

"Ahora bien, conforme al artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, pese a que la accionante cuente con otros medios de defensa judicial, la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, esto es, aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto, no se puede retornar a su estado anterior, el cual tiene como requisitos esenciales la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad, los cuales, no aparecen acreditados en el expediente.

En consecuencia, la improcedencia de la presente acción de tutela no solo surge del desconocimiento del accionante del principio de subsidiariedad que caracteriza este mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, en tanto existen otras vías judiciales, sino también por la ausencia de demostración de la existencia de un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales, pues es claro que, este no es el escenario para debatir si le asiste o no el derecho de poderse cambiar nuevamente del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL al REGIMEN DE PRIMA MEDIA, pues es un tema que requiere de un debate donde se analicen los presupuestos jurídicos a fondo y se estudien de manera detallada una a una las pruebas que presenten tanto accionado como accionante.

Memórese, además, que no le está dado a esta jurisdicción entrar a reemplazar al funcionario natural que, en línea de principio, es el llamado a resolver ese litigio, ni mucho menos sustituir los mecanismos ordinarios, pues ello equivaldría, ni más ni menos, una intromisión indebida de sus competencias, máxime cuando este Estrado no encuentra elementos de juicio suficientes que permitan conceder la tutela ni siquiera en forma transitoria, pues reitérese el señor JOSE ORLANDO SILVA HERNANDEZ, cuenta con los medios ordinarios dispuestos por el Legislador para reclamar los derechos que cree le han sido vulnerados.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – NEGAR POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO. - Comuníquesele a las partes, en forma rápida y por el medio más expedito, de conformidad a lo consagrado en el Art.16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Si este fallo no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE,
LA JUEZ;**

MARIA EMELINA PARDO BARBOSA

YPEM

Firmado Por:
Maria Emelina Pardo Barbosa
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 031 Oral
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **73f100b4fcf33a4f17ed9e8e266af35c554ae7e984383ae992a568b07d9d036a**

Documento generado en 08/02/2023 11:14:13 AM

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