

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Acción de tutela de la señora Martha Cecilia Santos Blanco contra el Ministerio de Salud y Protección Social, Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Rad. 03 2022 00200 01

Discutido y aprobado en Sesión de Sala de Decisión de 5 de octubre de 2022, según acta N°39 de la misma fecha.

Se resuelve la impugnación que promovió la accionante contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá el 20 de septiembre de 2022, dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La ciudadana Martha Cecilia Santos Blanco invocó la acción de tutela para que le sean protegidos sus derechos fundamentales al trabajo y seguridad social, presuntamente vulnerados por el Ministerio de Salud y Protección Social, Colpensiones y Porvenir S.A. y, en consecuencia, solicitó que se les ordene que *“le permitan la afiliación como trabajadora independiente para el riesgo de invalidez y muerte por origen común en el sistema de seguridad social en pensiones”*.

2. Como fundamento de su pretensión expuso, en síntesis, que por haber cumplido 57 años y no cumplir con los requisitos para la pensión de jubilación, Porvenir aprobó la devolución de saldos en el mes de agosto de 2021 de su cuenta individual; que posterior a ello ha estado vinculada

al Estado a través de contratos de prestación de servicios, empero, no le ha sido posible afiliarse a ningún fondo, quedando sin protección en caso de invalidez o muerte.

Aseguró que, pese de haber insistido, Colpensiones y Porvenir se negaron categóricamente a afiliarla, tras argumentar que esta *“registrada en la base de datos del Ministerio de Salud y Protección Social como persona con el derecho pensional resuelto”*; determinación que le impide el ejercicio de su profesión como epidemióloga en el Instituto Nacional de Salud.

3. Notificada la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones informó que la promotora del amparo aparece en el sistema con la situación pensional resuelta en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Agregó que mediante oficio de 2 de agosto de 2022 resolvió la petición que elevó con relación al *“desbloqueo del sistema de información”*, con el fin de permitir la afiliación como cotizante independiente en el régimen de prima media.

Por su parte, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. señaló que la afiliación pretendida por la señora Martha Santos resulta improcedente, habida cuenta que recibió como prestación subsidiaria la devolución de saldos por no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, conforme lo prevé el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social guardó silencio.

4. La Jueza de primera instancia declaró la improcedencia de la tutela, tras estimar que carece del presupuesto de subsidiariedad, en virtud de que, además, de que no se probó un perjuicio irremediable, tiene a su alcance otros medios idóneos ante la jurisdicción correspondiente.

5. Inconforme con el fallo, la accionante lo impugnó, y para ello, aseguró que busca no solo la protección de la seguridad social, sino el derecho al trabajo, toda vez que al no poderse afiliarse nuevamente a *“pensión”* por el hecho de haber recibido la devolución de saldos, le impide generar un ingreso mensual; y que no existe un medio judicial idóneo para que se obligue a las entidades *“eliminar el registro que impide la nueva afiliación a pensión, para los riegos de invalidez y muerte de origen común”*, y que de existir, *“tardaría varios años”*.

II. CONSIDERACIONES

1. En aras de resolver el asunto, es necesario recordar que, respecto a la seguridad social como derecho constitucional y su protección por vía de tutela, la Corte Constitucional en sentencia SU- 856 de 2013, luego de resaltar su consagración constitucional, así como los varios instrumentos internacionales que la complementan consideró que:

(...) la garantía del derecho a la seguridad social impone la necesidad de implementar en un primer momento una infraestructura básica integrada por unas instituciones prestadoras del servicio, y unos procedimientos preestablecidos que aseguren su adecuada gestión. En segundo lugar, habrá de definirse e implementarse un sistema que asegure la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. Para ello, es de vital importancia la participación del Estado, en tanto que a través de asignaciones de recursos fiscales, éste dará alcance a la obligación que la impone la Constitución de asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.”

Así mismo, frente a la procedencia de la acción de tutela para dirimir controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos prestacionales, la jurisprudencia constitucional ha enseñado que no es la herramienta idónea para lograr tal fin, por cuanto al involucrarse derechos litigiosos de naturaleza legal la competencia prevalente le corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa administrativa; sin embargo, dicha regla general no es absoluta, pues, de manera excepcional, se ha admitido su viabilidad para reclamar prestaciones económicas cuando es *“(i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable ó (ii) como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de derechos fundamentales”*¹.

Al respecto, la jurisprudencia también resaltó la justificación de la intervención del juez constitucional en tales casos, habida cuenta que al margen que obedece a derechos litigiosos de naturaleza legal, y la competencia prevalente le corresponde a las citadas jurisdicciones, *“constatada la afectación de un derecho fundamental y la irreparabilidad del perjuicio que se deriva de esta afectación, el conflicto que en principio podría ser resuelto por la jurisdicción ordinaria por ser de naturaleza legal, se torna en un conflicto constitucional al estar en juego la satisfacción de un derecho fundamental que hace imperiosa la intervención del juez constitucional, más*

¹ Cort. Const. Sent. T-215 de 2011

aún cuando se trata de la afectación a un sujeto de especial protección.”²(se subraya)

2. En este caso, la protección reclamada por la señora Santos se dirige a que las accionadas *“le permitan la afiliación como trabajadora independiente para el riesgo de invalidez y muerte por origen común en el sistema de seguridad social en pensiones”* puesto que, si bien Porvenir realizó la devolución de saldos por razón de la pensión de vejez, el bloqueo administrativo le impide acceder a un trabajo formal.

En ese contexto, resulta necesario resaltar que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, dispone que: *“Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes...”*, de lo que se infiere que la afiliación resulta exigible tanto para el empleador como para el empleado, al margen de que se trate de un contrato de prestación de servicios, y que la negación de las entidades accionadas no pueden impedir el cumplimiento de ese deber legal, toda vez que también es su obligación garantizar la seguridad social de los empleados.

Así mismo, sobre la obligatoriedad de las cotizaciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia C-529 de 2010, al estudiar la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 100³, puntualizó que:

“Adicionalmente, el artículo demandado contempla la posibilidad de que el empleador o el afiliado puedan seguir haciendo aportes voluntarios, aun si se han reunido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez. Esta posibilidad permite que quienes opten por esa alternativa, sigan contribuyendo al sistema, no sólo en su propio beneficio, sino a favor de sus esquemas solidarios. En tal evento, lo harán, ya no obligatoriamente, sino por decisión propia, lo que es consecuente con el hecho de que ya se han satisfecho los requisitos para acceder a la pensión y han pasado, legítimamente, a ser beneficiarios del sistema.

² Cort. Const. Sent. T-014 de 2012

³ *“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”* (se subraya)

Como se explicó en el acápite anterior, el legislador presupone, como regla general, que quien ha reunido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez deja, por ese hecho, de tener un vínculo laboral o contractual. De ahí que la ocurrencia de ese evento constituya justa causa para terminar la relación laboral, y constituya también el supuesto de hecho para que se extinga la obligación de cotizar al sistema. No escapa a la Corte que puede ocurrir la situación en la que el afiliado siga devengando ingresos, a pesar de haber reunido tales requisitos. Pero el legislador, como ya se analizó, previó esa hipótesis y de hecho, la reguló, estableciendo para ella una consecuencia jurídica: que el afiliado o el empleador puedan seguir haciendo aportes, pero no ya obligatorios, sino voluntarios.

La circunstancia de que a un afiliado que reciba ciertos ingresos se le exima de la obligación de cotizar al sistema –por haber reunido los requisitos para acceder a la pensión–, y otro afiliado, que no ha reunido aún los requisitos y tenga los mismos ingresos, siga obligado a cotizar, se explica porque respecto del primero se predica la circunstancia de satisfacción de los requisitos, y por lo tanto de cumplimiento con los deberes mínimos hacia el sistema, circunstancia que no se predica del segundo. Desde la perspectiva del principio de solidaridad, la Corte encuentra que esa diferenciación está plenamente justificada, en la medida en que distingue entre personas que ya cumplieron sus deberes de solidaridad para con el sistema de quienes aún no los han cumplido.

En síntesis, la Corte encuentra que la disposición demandada, al establecer como causal de extinción de la obligación de cotizar a los regímenes del sistema general de pensiones el que se hayan reunido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, constituye un ejercicio cabal de la facultad que la Constitución le otorga al legislador para configurar los elementos específicos del principio solidario en el sistema de seguridad social. La medida presupone que los afiliados han cumplido con el tiempo y las semanas de cotización, y han llegado a la edad legalmente exigida, o han acumulado el capital suficiente para satisfacer sus necesidades mínimas vitales, y por lo tanto han satisfecho de manera suficiente su deber de solidaridad para con el sistema y ya se han hecho acreedores de sus beneficios. La medida encaja razonablemente dentro de la libertad de diseño de que goza el Congreso en esta materia, y teniendo en consideración los distintos componentes solidarios del actual sistema pensional colombiano, se concluye que no constituye una medida que afecte el principio solidario, lo desconozca, o lo atenúe de manera injustificada. Nada obsta para que el legislador, dentro de la competencia amplia que la Constitución le otorga en esta materia, opte por establecer otro régimen de nacimiento y extinción de la obligación de cotizar al sistema pensional. Pero el régimen actualmente vigente es una opción legislativa entre varias posibles, y desde el punto de vista del principio de solidaridad, no vulnera la Constitución, en la medida en que la exención que crea es a favor de personas que ya cumplieron con sus deberes hacia el sistema, hasta el punto que, realizado el supuesto, pueden ser sus beneficiarios, especialmente teniendo en cuenta que la legislación vigente, en ambos regímenes, les permite continuar cotizando voluntariamente.” (se subraya)

Y es que lo anterior no escapa del evento en que el afiliado haya solicitado la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en razón a que tal acontecer no imposibilita que pueda seguir cotizando al Sistema General de Pensiones.

Al respecto, en reciente pronunciamiento y en un caso de similares contornos, la citada Corporación en sentencia T-307 de 2021, consideró que:

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como ya se explicó, se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, con el fin de “*garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley*”. En él, se encuentran integrados dos regímenes excluyentes, pero que coexisten, “*el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*.”

5.2. Dicha norma dispone que, en el evento en que el afiliado no cumpla con los requisitos necesarios para acceder a una pensión, cada uno de los regímenes cubre la contingencia, en los siguientes términos: La *pensión de vejez* se obtiene una vez el afiliado cumple los requisitos para su reconocimiento, esto es, haber cotizado un determinado número de semanas y/o, según el régimen de que se trate, acreditar una cierta edad^[32]. Quienes a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, en el caso de las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la “*devolución de saldos*” o del capital acumulado^[33].
(...)

5.4. La Corte Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “*la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, son prestaciones que actúan como sustitutas de la pensión tanto de vejez como de invalidez, en aquellos eventos en los cuales la persona no satisface a plenitud los requisitos que se establecen en la ley para obtener el reconocimiento y pago de la misma*.”^[34]

5.5. Según se advierte, la devolución de saldos por invalidez constituye una prestación que suple de alguna manera la contingencia que enfrenta una persona que no cumple los requisitos necesarios para acceder a una pensión por dicha eventualidad, sin que ello sea óbice para continuar construyendo un capital que a futuro le permita obtener un beneficio pensional por vejez^[35].

5.6. Esta Corporación ha entendido que cuando el afiliado solicita la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en forma voluntaria al fondo de pensiones, reemplaza con ello la prestación que pretende obtener, ya sea por vejez o invalidez, lo cual no le impide continuar cotizando al Sistema para efectos de cubrir aquella contingencia que pueda sobrevenir en el desarrollo de una relación laboral o mediante contrato por prestación de servicios, toda vez que no son incompatibles. Por ejemplo, en caso de que el trabajador obtenga la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, supliendo su pensión de vejez, podrá seguir cotizando en forma obligatoria, cubriendo las demás contingencias, esto es, la invalidez de origen común y la muerte. (subrayas fuera de texto)

5.7. Al respecto, la sentencia T-861 de 2014 reiteró un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que mediante providencia del 20 de noviembre del año 2007 (Radicación No.30123, MP. Camilo Tarquino Gallego) estudió un asunto en el que el ISS reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. El afiliado siguió cotizando y posteriormente, fue calificado con una pérdida del 63% de su capacidad laboral. La mencionada entidad prestadora le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sobre la base de que había reconocido en su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Ante la negativa, el afectado interpuso demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral que, en primera instancia, le ordenó al ISS el pago de la pensión de invalidez desde el momento de la estructuración de la misma y, en segunda instancia, el Tribunal, revocó lo decidido por el *a quo* y absolvió a la entidad de todas las pretensiones del demandante. En trámite de casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, casó la sentencia del Tribunal y confirmó la sentencia proferida por el *a quo*.

La Corte Suprema consideró que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiese

recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Señaló que, “si bien, con base en lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, quedan excluidos del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, quienes hubiesen recibido la indemnización sustitutiva, no debe entenderse que se encuentran cobijados por dicha exclusión, quienes tienen la posibilidad de pensionarse por un riesgo distinto al que corresponde la indemnización sustitutiva. Así, si alguien recibe la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, no podría pensionarse por esa contingencia, pero sí podría hacerlo por un riesgo distinto, por ejemplo, por invalidez, sobre la base de que se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles. Lo contrario, conduciría al total desamparo del afiliado y el flagrante desconocimiento de los principios que irradian el derecho a la Seguridad Social.”

Sostuvo que, “resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.”

5.8. En conclusión, no hay impedimento alguno para que quienes continúen asegurados y cotizando de forma obligatoria al Sistema de Seguridad Social, accedan a una pensión que cubra un riesgo distinto al que eventualmente se hubiera reconocido por medio de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos. (subrayas fuera del texto legal)

(...)

6.10. La Sala advierte en el presente caso que, según afirmó la apoderada del accionante, este tiene 35 años y se encuentra en buenas condiciones de salud, pero no ha podido acceder a un trabajo formal porque la entidad administradora de pensiones Porvenir lo bloqueó o desactivó del sistema. Claramente, esta decisión arbitraria no solo desconoce la condición de sujeto de especial protección constitucional debido a su condición de invalidez, sino que compromete su mínimo vital ya que del producto de su trabajo obtiene su congrua subsistencia.

6.11. Así las cosas, se concluye que la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales invocados por el señor Wilmar Sánchez Parra, al bloquearlo o desactivarlo del sistema y no permitirle continuar cotizando.

6.12. En el contexto expuesto, esto es, que la norma (i) confiere al demandante la posibilidad de mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para construir el capital necesario para obtener una pensión de vejez, a pesar de haber recibido el ahorro que se encontraba en su cuenta individual por concepto “devolución de saldos de invalidez”; y (ii) que la obligación de cotizar al sistema cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez y no haya vínculo laboral, la Sala Séptima de Revisión revocará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla, el día 19 de noviembre de 2020, que negó por improcedente el amparo constitucional.”

Del texto del pronunciamiento citado *in extenso* por su importancia y porque aclara la situación de la accionante frente a las entidades accionadas, se extracta que no constituye impedimento alguno el hecho de la persona haya recibido la indemnización sustantiva para que pueda seguir cotizando de forma ya no obligatoria sino voluntaria al Sistema de Seguridad Social con el objeto de acceder a una pensión que cubra un riesgo distinto al que se le reconoció por medio de esa indemnización sustitutiva o devolución de saldos, como en forma clara lo expuso la Corte Constitucional.

Por lo tanto, resulta un desacierto que las accionadas consideren que la accionante por el hecho de haber recibido la devolución de saldos, ello constituye un baremo para proceder con su afiliación para la protección de otros riesgos, porque además de que ello desconoce su derecho al trabajo, a la seguridad social y mínimo vital, como ya se explicó, quebranta el principio de confianza legítima de los administrados en cabeza del Estado.

3. Por consiguiente, erró la juzgadora de primera instancia al denegar el amparo, en razón a que, en este caso, sí resulta justificable la intervención del juez constitucional para garantizar, no sólo el derecho a la seguridad social y por lo tanto el acceso a la afiliación de la ciudadana Martha Santos, tal como lo dispone la norma y lo ha explicado la jurisprudencia, sino su derecho al trabajo, habida cuenta que el obstáculo hace inviable el ejercicio de su profesión y, con ello, un ingreso económico para su subsistencia.

En esas condiciones, se revocará la sentencia impugnada, para en su lugar, conceder el amparo a la seguridad social y ordenar a Colpensiones y Porvenir que procedan a desbloquear o activar en el sistema a la señora Martha Cecilia Santos Blanco, con el fin que pueda afiliarse y seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, *“como trabajadora independiente para el riesgo de invalidez y muerte por origen común en el sistema de seguridad social en pensiones”*, conforme lo reclamó, al ser éstas diferentes a la pensión de vejez de la que ya recibió la devolución de saldos, como lo afirmó.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá el 20 de

septiembre de 2022, para en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental de seguridad social de la ciudadana Martha Cecilia Santos Blanco.

SEGUNDO. ORDENAR al Fondo de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a desbloquear o activar en el sistema a la señora Martha Cecilia Santos Blanco, con el fin que pueda afiliarse y seguir cotizando al Sistema General de Pensiones. Lo anterior, bajo los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada en la parte considerativa de este fallo.

TERCERO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a desbloquear o activar en el sistema a la señora Martha Cecilia Santos Blanco, con el fin que pueda seguir cotizando al Sistema General de Pensiones. Lo anterior, bajo los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada en la parte considerativa de este fallo.

CUARTO. ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. DISPONER la remisión de lo actuado ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTÍFIQUESE Y CUMPLASE,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De 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: **62ee53a1c07e66fe48d813753c8e0788d7c7fc8cab630ecacda92900e8ff02f2**

Documento generado en 12/10/2022 04:01:45 PM

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