

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 057 2021 00559 00

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir el fallo dentro de tutela de la referencia previos los siguientes,

ANTECEDENTES

1. La señora Martha Diana Flórez Guarín a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela en contra de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., manifestando vulneración al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

Como elementos fácticos de su accionar, de manera concreta manifestó que nació el 20 de febrero de 1962, contando actualmente con 59 años, con fecha de nacimiento 20 de febrero de 1962.

El 2 de abril de 2019 solicitó a la entidad encartada la devolución de saldos que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Indica que una funcionaria del área encargada de la atención integral a clientes de Porvenir le informó que era deber de las entidades administradoras de fondos de pensiones, verificar el cumplimiento de los requisitos legales de sus afiliados para el acceso a la pensión de vejez, que sólo excepcionalmente existía la posibilidad de acceder a la devolución de los aportes pensionales, en el evento de presentarse alguna de las situaciones previstas en la citada Ley (100).

Acudió a las oficinas de la accionada en la ciudad de Bucaramanga, en búsqueda de asesoría con el fin de verificar si reunía los requisitos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993 para obtener la devolución de sus aportes pensionales, donde le manifestaron que no cumplía los previstos para acceder a la pensión por lo que podía reclamar sus aportes pensionales.

Llenó los formularios respectivos para la devolución de aportes pensionales, pero el 7 de enero de 2021 recibió comunicación del señor Joan Sebastián Cuadros Ramírez de la dirección de consolidación de historia laboral del ente accionado, quien le indicó que *“...con la información que había reportado la accionante y los datos de su cuenta individual, se evidenciaba que estaba pendiente de validación, su historia laboral con otros fondos privados”*, situación que advierte un hecho dilatorio por parte del fondo para no realizar la devolución de los aportes a los afiliados, forzándola a que siga cotizando para *“...terminar no se sabe en cuantos años, reconocerle una pensión de vejez que en este momento no es la aspiración de la demandante”*.

No ha vuelto a cotizar aportes para pensión de vejez, pese a la insistencia de los asesores de Porvenir, ya que no es su intención optar por una pensión de vejez, sino la devolución de la totalidad de sus aportes al tenor del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, quebrantando su derecho al libre desarrollo de la personalidad en su libertad de decisión en cuanto a la devolución o el bono pensional.

2. Pretende a través de esta queja el amparo de la prerrogativa deprecada, con el fin de que la entidad accionada devuelva los saldos previstos en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, así como el bono pensional que existe a su favor.

3. Mediante auto de fecha 8 de junio de los cursantes, el Despacho dispuso la admisión del libelo y, la notificación del ente acusado.

4. La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A** al descorrer el traslado señaló que la señora Martha Diana Flórez Guarín presentó un derecho de petición referente al trámite de devolución de saldos, la cual no se equipara a una reclamación formal de pensión, sin embargo, la misma se encuentra incompleta, como quiera que no está acompañada de la información obligatoria para realizar el estudio pensional, por lo que, no podrá definir una prestación sin la documentación base para su estudio, luego al tenor de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, la petente deberá acudir a la oficina más cercana de Porvenir y radicar la información necesaria para realizar el estudio pensional.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para acceder a alguna prestación de las previstas en el sistema general de pensiones, debe realizarse un estudio pensional y evaluar necesariamente los siguientes elementos:

- Núcleo familiar del afiliado
- Historia laboral debidamente firmado en señal de aceptación por parte del afiliado
- Bono pensional que necesariamente deberá encontrarse acreditado en la cuenta de ahorro individual

De no tener en cuenta los elementos anteriormente relacionados no podrá determinarse la prestación que en derecho corresponda, por tanto, deberá agostarse el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico, esto es, radicar reclamación formal de pensión acompañado de los documentos establecidos para dicho fin.

CONSIDERACIONES

Como lo señala la Corte Constitucional “...Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario (...) que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: i) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o iii) cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental”. Es decir, siempre que exista otro medio judicial que garantice la eficacia de la protección de los derechos de la tutelante, deberá acudirse a estos y no a la acción de tutela (Sentencia SU-772/14).

Si bien es cierto la acción de tutela busca la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública, esta también procede contra las acciones u omisiones de los particulares en tres situaciones específicas: i) preste un servicio público, ii) exista una relación

que implique subordinación o indefensión, iii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo.¹

Frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad

La Corte Constitucional la ha definido como “...*La libertad de elección, como una de las manifestaciones del derecho fundamental a la libertad, encuentra sustento en el preámbulo, los artículos 22 y 163 de la Constitución. La jurisprudencia constitucional explica que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica la libertad in nuce, es decir que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a lo previsto en la cláusula general de libertad que se encuentra en el citado artículo 16. Con relación a este aspecto, por una parte, en la sentencia SU-642 de 1998 señaló: “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”. Por otra parte, en la sentencia C-221 de 1994 expresó: “Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad ‘in nuce’, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino*”.⁴

En el caso concreto

Se tiene que la señora Martha Diana Flórez Guarín solicita la protección al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad con el fin de que la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., devuelva los saldos previstos en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, así como el bono pensional que existe a su favor.

Frente al principio de subsidiariedad

Este requisito no se cumple, por cuanto, a la interposición de este trámite preferente, la solicitante aún contaba con los mecanismos ordinarios para obtener el amparo deprecado, como es acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sin embargo, la doctrina constitucional ha señalado que aquel no ofrece una garantía integral a la libertad de elegir de la accionante entre la devolución de saldos y la de continuar

¹ Así lo tiene más que decantado la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos cómo son las sentencias T-421/2017, T- 4307/2017, T-117/2018, entre otras.

2 Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

3 Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

⁴ Sentencia T- 122 de 2019

cotizando al sistema de seguridad social en pensiones⁵ establecida en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.⁶

En efecto, señala la Corte Constitucional que “...La accionante podría acudir al proceso ordinario laboral para reclamar su derecho a la devolución de saldos y, en dicha instancia, además, se podría definir si hubo vulneración o no a su libertad de elegir. Sin embargo, es altamente probable que para la fecha en que se profiera un fallo definitivo en la jurisdicción ordinaria laboral, la discusión sobre la presunta vulneración de la libertad de elección haya perdido su razón de ser. Por una parte, en caso de que la decisión judicial quedara en firme luego de que la accionante cumpliera 60 años, la decisión únicamente tendría efectos resarcitorios (de haberlos), en cuanto a la pérdida de oportunidad de haber ejercido su derecho a elegir la devolución de saldos, pues no sería ya posible hacer uso de aquel. Por otra parte, de producirse antes, cualquier demora en la decisión del juez ordinario laboral supone una desventaja en la posibilidad de ejercer aquella libertad de manera eficaz, en el sentido de poder disponer del capital que representa la devolución de saldos, pues dicha libertad se encuentra garantizada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, no es posible inferir que el proceso ordinario laboral sea un medio eficaz para el amparo de este derecho fundamental, en las circunstancias del caso (...) Sin perjuicio de lo anterior, importa recordar que el tiempo prologado que pueda demorar la finalización de un proceso ordinario laboral no implica per se la ineficacia del mecanismo. Esta, en los términos del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, debe apreciarse **“atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”**.⁷ – Resalta el Despacho-.

En ese sentido, se tiene claro que la accionante puede interponer este mecanismo preferente de manera liminar sin acudir a la jurisdicción ordinaria conforme lo expone la citada corporación con el fin de obtener la protección de su derecho a la libertad de escogencia o de elegir frente a la devolución de saldos o la de continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, sin embargo, dicha viabilidad es probable en caso de que se presente negativa por parte de la entidad administradora de fondo de pensiones y cesantías en cuanto a la devolución de saldos,⁸ caso que no se presenta en el sub-examine para tener por cumplido dicho principio (subsidiariedad), tampoco se observa quebrantamiento de la citada prerrogativa como pasa a explicarse.

De la libertad a la libre escogencia

De las pruebas aportadas al libelo y de la contestación proferida por la entidad encartada, se tiene que no se evidencia quebrantamiento alguno al derecho deprecado por la accionante, pues sí bien la señora Martha Diana Flórez Guarín mediante derecho de petición presentado el día 2 de abril de 2019 – ver página 25 PDF. 003 ANEXOS-, entre otros, solicitó al Fondo de Pensiones Porvenir la devolución de sus aportes en los términos que establece la Ley, seguidamente por misiva obrante en las páginas 33 y 36 de citado PDF (003. Anexos), se tiene que en

⁵ Sentencia T-122 de 2019

⁶ **ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS.** Quienes a las edades previstas en el artículo anterior 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 del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

⁷ Sentencia T-122 de 2019

⁸ Sentencia T-122 de 2019 “...3. Problema jurídico sustancial (...) 55.Dada la procedencia de la acción únicamente en relación con el derecho fundamental a la libertad de escogencia, **le corresponde determinar a la Sala si este se desconoció como consecuencia de la negativa de PORVENIR S.A. de ordenar la devolución de saldos**, prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, a favor de la accionante, e imponerle el deber de supeditar dicho reconocimiento hasta el cumplimiento de la edad de 60 años”. – Resalta el Despacho-

respuesta a su requerimiento la accionada le informó que “...las administradoras de fondos de pensiones se encuentran en el deber legal de verificar el cumplimiento de requisitos legales de sus afiliados para el acceso a la pensión de vejez, sin embargo y solo de manera excepcional, existe la posibilidad de acceder a la “devolución” de los aportes pensionales, en el evento de presentarse alguna de las situaciones que a continuación se describen y que están enmarcadas dentro de lo establecido en la Ley 100 de 1993 (...) **En este orden de ideas, es necesario elevar una reclamación formal diligenciado los formatos establecidos como también la radicación de documentos necesaria para que el afiliado acredite el derecho que le asiste (...)** De igual manera nos permitimos informar que mediante derecho de petición no es precedente aprobar o definir un beneficio pensional y para ello, es necesario cumplir el conducto regular establecido por Porvenir S.A”. - resalta el despacho-.

De otro lado, por misiva adiada 7 de enero de 2021, el Fondo a través de su director de consolidación de historia laboral le indicó a la accionante que “...con la información que reportó y los datos de su cuenta individual se evidencian situaciones que están pendientes y se identifican en la siguiente lista con el estado ‘Por solucionar’”, es decir, el proceso de validación de historia laboral de otros fondos privados, además, le señalaron que “...a partir de este momento gestionaremos las situaciones pendientes y en un plazo estimado de 180 días le informaremos el resultado del proceso a la dirección de contacto registrada en nuestro sistema”.

En ese sentido, el Despacho no evidencia negativa alguna por parte del Fondo accionado en cuanto a la devolución de saldos elevada por la petente, aunque se argumente que al estar pendiente la validación de la historia laboral de la requirente con otros fondos privados es un acto “dilatorio” (hecho 5), no significa que se haya presentado una negativa en cuanto a su petición, es decir, que no iba a realizar la devolución deprecada, que torne viable el amparo de la acción de tutela en los términos expuestos en el escrito genitor, y se estudie de fondo la verificación de los requisitos para su adjudicación, en tanto que no se comprobó que la accionada impide su libre derecho a la personalidad en cuanto a la libre escogencia entre la devolución de saldos o seguir cotizando al sistema general de seguridad social, pues aunque se afirme que dicha actuación “dilatoria” la obliga a seguir cotizando en contra de su voluntad (hecho 6), no se comprobó que debía proceder conforme se expone (cotizar) o que en dichos términos así lo haya expresado el ente accionado.

Es más, de la documentación aportada por la accionante, se verificó que dicha petición estaba en trámite de resolución por parte del Fondo, sin embargo, la misma fue archivada según misiva adiada 12 de marzo de 2021 dirigida a la peticionaria al correo electrónico marthadianaflorez@gmail.com - reportado como de pertenencia de la accionante-, en razón a que “... ha transcurrido 60 días y a la fecha no hemos recibido la radicación de su solicitud de beneficio pensional (...) Así las cosas (...) procedimos a archivar su solicitud” - ver página 17 de la actuación digital-, en razón de lo informado mediante comunicación del 11 de enero de los cursantes al indicarle que “...le invitamos a solicitar cita para radicación pensional dentro de los siguientes 30 días hábiles, (...) es importante que a esta cita asista con toda la documentación necesaria para radicar su solitud (...) Recuerde que la radicación debe hacerse antes de 30 días posteriores a la fecha de su cita, de no ser así, entenderemos que usted desiste de este trámite de acuerdo con la normatividad vigente, si esto sucede, usted podrá iniciar nuevamente su solicitud cuando así lo desee”. - página 16 actuación digital-.

Conforme lo anterior y, al no evidenciarse negativa por parte de la entidad encartada en cuanto a la devolución de saldos solicitada por la señora Martha Diana Flórez Guarín en previsión de lo establecido en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, no es dable acceder a las pretensiones de esta queja constitucional, por cuanto, su

solicitud fue archivada (devolución de saldos), luego, según lo manifestado por la accionada, deberá presentar nuevamente la solicitud en los términos señalados por el Fondo adjuntando los documentos correspondientes ante la entidad accionada, de acuerdo a lo indicado en su escrito exceptivo.

Empero a lo expuesto en líneas precedentes, no es óbice para que la accionante acuda a las instancias correspondientes y ejerza los mecanismos previstos en la normatividad a efecto de obtener lo solicitado por esta vía.⁹

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo invocado por la señora **MARTHA DIANA FLÓREZ GUARÍN**, en los términos aquí señalados.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR oportunamente las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si el fallo no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

MARLENE ARANDA CASTILLO

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 057 CIVIL MUNICIPAL DE 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

⁹ Sentencia T- 122 de 2019 “...si se considera que la pretensión de la devolución de saldos es correlativa a la necesidad de la accionante de garantizarse un medio de subsistencia. Desde esta perspectiva, la acción laboral sí otorga una protección eficaz y completa, pues el juez ordinario cuenta con la potestad para definir, previo cumplimiento del debido proceso, si la accionante era beneficiaria o no de la devolución de saldos”.

Código de verificación:

d506b4f497f15583fed1cc65ed083b9993e5668e8cf77c28b4b37830f08db2d9

Documento generado en 22/06/2021 04:57:05 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>