

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO****JUZGADO DECIMOSEXTO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD**

Medellín, siete (07) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Tutela No. 070
Accionante	Verónica Velásquez Zuluaga
Accionado	AFP Protección SA
Vinculados	Asofondos; Colpensiones
Radicado	05001 40 03 016 2021 00321 00
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia No. 076 de 2021
Decisión	Concede tutela

Procede el despacho a resolver la acción de tutela interpuesta entre las partes de la referencia, con fundamento en el artículo 86 de nuestra Carta Política, Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

1. Pretensión.

Se pretende por la parte accionante la señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, la protección de los derechos fundamentales de libre elección de régimen pensional, habeas data, petición, seguridad social, igualdad, los cual considera vulnerados por la accionada, AFP PROTECCIÓN SA, por no autorizar el traslado hacia COLPENSIONES, por lo tanto solicita que se le ordene al accionado: (i) proceda a corregir que reposa en sus bases de datos a fin de poder trasladarse; (ii) que dé respuesta al derecho de petición de manera clara, precisa y de fondo; (iii) que actualice la información en la página web de ASOFONDOS, con el fin de que COLPENSIONES le pueda brindar al doble asesoría y pueda trasladarse.

2. Fundamentos De Hecho

Indica la señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, que el día 18 de diciembre de 2020, realizó llamada a AFP PROTECCIÓN SA, buscando asesoría para poder trasladarse, siendo asignada cita para el 23 de diciembre.

El día 24 de diciembre, en asesoría con COLPENSIONES, le fue informado que según la información que reposa en ASOFONDOS, no era posible trasladarse, toda vez que aparece afiliada al sistema pensional desde el año 2020, por lo que no cumple con el termino de cinco años de afiliación como requisito.

Solicito a AFP PROTECCIÓN SA, de manera directa, como a través de su empleador, aclaración de la información sobre la fecha de afiliación, toda vez que la correcta es que se encuentra afiliada desde el año 2014 y no desde el año 2020 como erradamente aparece.

Sin embargo, AFP PROTECCIÓN SA, se limita a indicar que con anterioridad al año 2020 se encontraba afiliada "por responsabilidad del empleador", y en el mes de mayo de 2020 se realizó afiliación voluntaria.

Afirma la accionante que tal afirmación es incorrecta, y que solo seis años después de su afiliación, AFP PROTECCIÓN SA cayera en cuenta de esto, y que cambiara la razón de la afiliación, a afiliación voluntaria, vulnerándose con este actuar sus derechos fundamentales.

A fin de corregir este yerro, elevó derecho de petición ante AFP PROTECCIÓN SA, solicitando se le informara el fundamento jurídico de la negación de la solicitud de traslado de fondo de pensiones; brindada respuesta con el mismo argumento de la calidad de afiliación que era "por responsabilidad del empleador", por lo que considera que la respuesta brindada no es de fondo.

3. Respuesta De La Parte Accionada

3.1. AFP PROTECCIÓN SA

Notificada en debida forma, manifiesta que la señora Verónica Velásquez Zuluaga, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. desde el día 25 de abril de 2014, con fecha de efectividad de la afiliación del día 26 de abril de 2014, vinculación que se dio por responsabilidad del empleador, dado que la accionante al momento de iniciar su vida laboral no seleccionó ningún fondo de pensiones, razón por la cual, el empleador en cumplimiento de sus obligaciones procedió a realizar cotizaciones en el fondo de pensiones obligatorias que administra Protección S.A., sin en que en ningún caso la señora Verónica Velásquez Zuluaga haya suscrito formulario de afiliación.

El día 27 de mayo de 2020, la señora Verónica Velásquez Zuluaga suscribe formulario de afiliación a la AFP Protección, afiliación que se dio por voluntad propia de la accionante y momento en el cual la citada señora hizo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, pues en ese momento, la tutelante pudo haberse afiliado tanto a Protección como a Colpensiones, escogiendo por su mera liberalidad su afiliación a esta entidad.

Para que la señora Verónica Velásquez Zuluaga pueda trasladarse de régimen pensional, debe esperar 5 años desde la selección inicial de régimen, lo cual como ya se indicó, ocurrió el día 27 de mayo de 2020, momento en el que la citada señora puede elegir afiliarse tanto al régimen de Prima Media como al Régimen de Ahorro Individual, haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, por lo que la accionante debe esperar hasta el día 27 de mayo de 2025 para poder trasladarse hacia Colpensiones.

Se insiste que en el año 2014, la señora Verónica Velásquez Zuluaga se vinculó a Protección mediante una afiliación por responsabilidad del

empleador, lo que en ningún caso se tornó como una selección de régimen pensional de la citada señora, pues de hacerlo así, en ese caso si se estaría vulnerando los derechos fundamentales de la misma, por lo que, la fecha que se toma como vinculación o selección inicial de régimen pensional, es la fecha en la que la tutelante efectivamente suscribió el formulario de afiliación, es decir, en el año 2020.

La señora Verónica Velásquez Zuluaga elevó derecho de petición requiriendo información respecto a su solicitud de traslado de régimen pensional. Con el fin de atender de fondo la petición elevada, en comunicación de fecha 24 de febrero de 2021, Protección S.A. suministró respuesta de fondo, clara, precisa y congruente con lo solicitado en el derecho de petición:

Evidenciamos que inicialmente presento afiliación en nuestra entidad marcada como una "vinculación por responsabilidad del empleador", lo anterior se debe a que, no presentaba afiliación en ninguna administradora y su empleador efectuó aportes en nuestra entidad, por ende se creo la afiliación para acreditar los mismos, esta se comprendió desde el 2014-04-26 hasta el 2020-05-27.

seguidamente el 2020-05-28, solicito afiliación en nuestra entidad y la misma se marco como vinculación inicial, debido a que en este caso se diligencio un formato de afiliación.

en este caso para efectuar el traslado de régimen debe cumplir con una permanencia de 5 años contados desde la fecha de la vinculación inicial 2020-05-28.

De acuerdo con la anterior respuesta, es claro que en el caso de la señora Verónica Velásquez Zuluaga no procede el traslado de régimen pensional, pues la misma no ha cumplido con el requisito mínimo de permanencia establecido en el literal e del artículo 13 de la ley 100 para trasladarse de régimen pensional.

3.2. COLPENSIONES

Debidamente notificada, expone que se concluye que la accionante solicita se ordene a la AFP PROTECCIÓN, corregir su información en sus bases para poder trasladarse de fondo, resolver derecho de petición radicado en PROTECCIÓN, y posterior, se actualice la información en ASOFONDOS para que Colpensiones brinde la doble asesoría.

La corrección de información y respuesta al derecho de petición reclamado por la accionante, dicho trámite no es competencia de

Colpensiones, teniendo en cuenta que la accionante no se encuentra afiliada en Colpensiones, además, no se encontró en el sistema de información de Colpensiones, que la actora haya radicado derecho de petición alguno, en el que requiera lo pretendido en el presente trámite de tutela; el fondo encargado de resolver la petición de la accionante es PROTECCIÓN y no Colpensiones, ya que dicho fondo fue el que recepcionó el derecho de petición reclamado.

Indica que el accionante puede radicar el formulario correspondiente a su solicitud, junto con los documentos necesarios de acuerdo a lo que requiera, para que posteriormente 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.

3.3. ASOFONDOS

Indica que son el administrador del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones (SIAFP), del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) esto es, presta soporte técnico a un sistema de información de las AFP, en el cual cada una de ellas gestiona de forma directa diferentes reportes y registros de novedades de sus afiliados, pero no puede modificar la información consignada por estas entidades, ni puede realizar trámites con dicha información, ya que este es un sistema propio de las Administradoras del SGP incluida Colpensiones, por lo cual, son ellas las únicas facultadas legalmente para reportar la información a su propio sistema de información y por

ende las únicas competentes para modificar la misma o corregir inconsistencias.

La accionante presentó un derecho de petición donde se le aclaro carencia de competencia para atender a su solicitud, toda vez que la única entidad competente para efectuar o pronunciarse frente a procesos de vinculación, modificación o corrección de estados de afiliación, es directamente la administradora a la cual se encuentre afiliada la persona, y Asofondos no tiene injerencia alguna en la realización de dichas funciones.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

4.1. Competencia.

Este Despacho es competente para conocer de esta acción de Tutela por mandato constitucional consignado en su artículo 86, en armonía con el decreto 2591/91 y los derechos violentados o amenazados ya que los hechos esbozados son presuntamente constitutivos de la vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

4.2. Problema jurídico

Corresponde a este Despacho resolver si la accionada y vinculadas de oficio como accionadas, vulneran los derechos de libre elección de régimen pensional, habeas data, petición, seguridad social, igualdad, de la señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, al no contabilizar desde el año 2014, su afiliación al régimen de pensiones, y por el contrario contabilizar el mismo sólo desde el año 2020, generando con esto que no se cumplan los requisitos para ejercer su derecho de libre elección de régimen pensional, y poder comenzar el trámite de traslado hacia COLPENSIONES.

4.3. Obligación de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones

Expuso la Corte Constitucional en Sentencia SU226 del 23 de mayo de 2019:

"5.2. La Ley 100 de 1993 incorporó el Sistema General de Pensiones, con el objetivo de garantizar el amparo de las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, por vía del reconocimiento de las prestaciones pensionales respectivas.¹ Se trata de un Sistema contributivo, cuya fuente principal de financiación corresponde a las cotizaciones sufragadas periódicamente por sus afiliados, lo cual materializa realmente los principios especiales que enmarcan la garantía de la seguridad social: acceso oportuno a la prestación, universalidad, solidaridad y eficiencia. De ahí que la Carta Política integre un mandato de protección reforzada de estos recursos económicos, al exigir expresamente la adopción de medidas dirigidas a su disponibilidad y mantenimiento.²

5.3. En el marco de relaciones de trabajo, surgen distintas obligaciones alrededor de la financiación mencionada, en consideración del vínculo pensional tripartita, del que participan (i) el trabajador, (ii) el empleador y (iii) la entidad administradora de pensiones. La situación lógicamente desventajosa en la que se halla el primero de estos extremos, por la naturaleza misma de la relación de trabajo, determina el alcance jurídico de las obligaciones de los demás sujetos. Así, el ordenamiento debe propender, en la mayor medida posible, por el equilibrio contractual de las partes, siguiendo la cláusula de igualdad, en armonía con la especial sujeción constitucional del derecho al empleo (Art. 13 y 25 CP).

¹ Art. 10 de la Ley 100 de 1993.

² El artículo 48 de la Constitución señala, por ejemplo, que "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. // La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante". Por su parte, el artículo 53 de la misma dispone que "el Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

5.4. Con la consolidación de las relaciones de trabajo,³ la afiliación ante el Sistema de Pensiones surge como el primer deber del empleador. Es la manera como se formaliza el aseguramiento de las contingencias de vejez, invalidez o muerte de los empleados, de modo que, ante la noticia de un nexo laboral, la entidad administradora respectiva se vincula para el cumplimiento de sus funciones alrededor de la salvaguarda de las garantías de la seguridad social. Así, este primer acto representa, en sí mismo, un auténtico derecho de los trabajadores, que materializa el cubrimiento en pensiones y permite el ejercicio de libertades fundamentales adicionales como lo es la escogencia voluntaria del Régimen al cual desean pertenecer (el de Ahorro Individual o el de Prima Media),⁴ bajo las condiciones fijadas por el Legislador. Con acierto, entonces, la Ley 100 de 1993 dispuso en su artículo 15 que "todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo" serán afiliados al Sistema General de Pensiones "en forma obligatoria".

5.5. En ese sentido, la afiliación constituye una fuente formal de derechos pensionales, pero también de obligaciones jurídicas en favor de los empleados. Su cumplimiento, entre otras cosas, viabiliza la exigencia de cotización efectiva, a la que se refiere el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, y cuya trascendencia constitucional fue reseñada anteriormente. Las condiciones para el acatamiento de este segundo deber pensional –el de cotizar– se establecen en el artículo 22 de la Ley citada, así:

"El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro

³ En esta ocasión, la Sala se ocupa de la situación de los trabajadores asalariados, razón por la cual no hace referencia a los trabajadores independientes.

⁴ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador. // La afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores dependientes es una obligación en cabeza del empleador”.

5.6. A su turno, la Entidad Administradora mantiene relaciones jurídicas tanto con el empleador como con el trabajador (en calidad de afiliado), pero de distinto orden. El primero de estos extremos asume la obligación de realizar los aportes periódicos a la Entidad, y ésta, al término del cumplimiento de los requisitos legales, se encuentra en el deber de reconocer la prestación pensional causada y de pagar al afiliado oportunamente las mesadas y/o emolumentos correspondientes.

5.7. Como se evidencia, ante la existencia de un contrato de trabajo, el empleador y las entidades administradoras está llamados a dar cuenta de deberes pensionales significativos, para garantizar la protección en seguridad social de los empleados. Esta carga jurídica especial obedece, sin duda, a las amplias obligaciones que el trabajador asume para el desarrollo del objeto de la relación subordinada. Sobre esta base, la Corte ha indicado que, desde la perspectiva del requisito de tiempo de cotización, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión se caracteriza así:

"en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional

de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable⁵ (subraya fuera del texto original).

5.8. Ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones pensionales deviene en responsabilidad de quien incurre en ello. La jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado en varias ocasiones de casos en los que el empleador cumple el deber de afiliación, pero se constituye en mora frente a las cotizaciones.⁶ Ese no es el objeto de estudio en esta ocasión. Como se puso de presente desde la formulación del problema jurídico, la cuestión dogmática que ocupa la atención de la Sala es, principalmente, las consecuencias derivadas de la omisión de la primera de las obligaciones en materia pensional, a saber: la afiliación.

5.9. En general, tratándose de las garantías de la de seguridad social, debe partirse del reconocimiento de una regla constitucionalmente clara, desarrollada de modo pacífico por este Tribunal: el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes. Una actuación contraria a este presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar.

⁵ Sentencia C-177 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ A manera de ejemplo, las sentencias C-177 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-143 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-363 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz; T-751 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-635 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-653 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-235 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-904 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1106 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-144 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-165 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-647 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1011 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1201 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-518 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-664 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1251 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-344 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-106 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-374 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1013 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-239 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-758 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-916 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-1032 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo; T-387 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-761 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa; T-870 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-726 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-906 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; T-079 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-241 de 2017. M.P. (E) José Antonio Cepeda Amarís; T-230 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; entre otras.

5.10. *Específicamente sobre el incumplimiento de la afiliación, la Corte ha indicado que su configuración puede darse en dos eventos: (i) cuando no se adelanta el trámite de afiliación inicial ante el Sistema de Pensiones; o (ii) cuando el empleador no reporta la novedad de ingreso de los trabajadores que ya han estado previamente afiliados.⁷ En estas hipótesis, se afecta la seguridad social del empleado si, pese a haber prestado un servicio en el marco de una relación laboral, el lapso durante el cual ello ocurrió no es tenido en cuenta a la hora del reconocimiento de la pensión respectiva.*

5.11. *La diferenciación de los eventos en los que se da el incumplimiento bajo mención adquiere relevancia si se tiene en cuenta que, en nuestro ordenamiento, la afiliación en pensiones tiene un carácter permanente, ya que se da por una única vez y no se extingue. Al respecto, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, dispone que: “[l]a afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones” (subraya fuera del texto original).*

5.12. *De este modo, el concepto de “trabajadores no afiliados” integra también a los “afiliados inactivos” y éstos, a su vez, pueden corresponder a personas que no han vuelto a tener un vínculo de trabajo (dependiente o independiente) o a aquellas cuya novedad laboral no ha sido reportada ante el Sistema.*

(...)

5.22. *A manera de conclusión, dada la robustez del marco jurídico pensional, las autoridades administrativas y judiciales encargadas de su*

⁷ Sentencia T-596 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

aplicación deben responder a una lectura sistemática del mismo y armónica con los contenidos de la Constitución Política. Específicamente sobre la verificación de los requisitos legales para el acceso a la pensión, es necesario observar los sujetos que participan de la relación pensional, así como las obligaciones que éstos están llamados a asumir y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, siempre teniendo presente que sobre el trabajador, bajo ninguna circunstancia, pueden recaer los efectos negativos de las omisiones en que incurran el empleador o la entidad administradora correspondiente”.

4.4. Libertad de elección

Resumió la Corte Constitucional en sentencia T 191 de 2020, que la jurisprudencia constitucional⁸ 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 pensiones⁹.

La libertad de elección presupone conocimiento¹⁰ de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección¹¹. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador¹², así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

⁸ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 1024 de 2004.

⁹ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 625 de 1998, reiterada en la sentencia C- 1024 de 2004.

¹⁰ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

¹¹ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

¹² C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 18.

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 afiliado¹³. 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 pensional¹⁴, así como las ventajas y desventajas de la elección¹⁵.

El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones¹⁶: 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 información¹⁷, 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 régimen¹⁸.

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

¹³ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

¹⁴ C. Sup. Jus., SL 1688-2019.

¹⁵ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

¹⁶ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 18: “Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a los usuarios la información necesaria para lograr la transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

¹⁷ C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 19.

¹⁸ Véase, C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 20.

elección no es absoluta¹⁹. 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 otros²⁰.

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 pensión²¹. 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*”²².

Como síntesis preliminar, puede decirse que, si una persona ha sido informada y asesorada adecuadamente, y cumple con los requisitos de periodo de cotización y de edad, podrá trasladarse de un régimen a otro.

¹⁹ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 1024 de 2004.

²⁰ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 1024 de 2004.

²¹ C. Const., sentencia de unificación SU- 856 de 2013.

²² C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 1024 de 2004.

5. Caso Concreto.

Afirma la parte accionante señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA que es su intención trasladarse de fondo de pensiones, del que se encuentra actualmente AFP PROTECCION SA, a COLPENSIONES, por lo que, de manera diligente, ha realizado llamada a los dos fondos, solicitando asesoría en este tema, a fin de poder iniciar los trámites de traslado de manera adecuada.

Sin embargo, le es informado por la AFP PROTECCIÓN SA, la imposibilidad de iniciar dicho trámite, toda vez que, con anterioridad al año 2020 se encontraba afiliada "por responsabilidad del empleador", y en el mes de mayo de 2020 se realizó afiliación voluntaria, por lo que no cumple con el requisito mínimo de permanencia establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 para trasladarse de régimen pensional.

Afirma la accionante que la información dada por AFP PROTECCIÓN SA, es totalmente errada, toda vez que su afiliación a dicho fondo de pensiones data del año 2014, pareciendo inadecuado que durante seis años, la entidad accionada tenga en su sistema el origen de afiliación como "por responsabilidad del empleador", y en el mes de mayo de 2020 se realizó el cambio a "afiliación voluntaria"; vulnerando con ello sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, habeas data y libre escogencia de fondo de pensiones.

Finalmente indica que vía derecho de petición le solicitó a AFP PROTECCIÓN SA, la rectificación de la información que reposa en su base de datos, toda vez que la afiliación inicial se dio en el año 2014, y no en el año 2020.

Por lo tanto, solicita se le ordene al tutelado: (i) proceda a corregir la información que reposa en sus bases de datos a fin de poder trasladarse; (ii) que dé respuesta al derecho de petición de manera clara, precisa y de fondo; (iii) que actualice la información en la página

web de ASOFONDOS, con el fin de que COLPENSIONES le pueda brindar al doble asesoría y pueda trasladarse.

A su vez AFP PROTECCIÓN SA, en el informe rendido indica que la señora Verónica Velásquez Zuluaga, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. desde el día 25 de abril de 2014, con fecha de efectividad de la afiliación del día 26 de abril de 2014, vinculación que se dio por responsabilidad del empleador, dado que la accionante al momento de iniciar su vida laboral no seleccionó ningún fondo de pensiones, razón por la cual, el empleador en cumplimiento de sus obligaciones procedió a realizar cotizaciones en el fondo de pensiones obligatorias que administra Protección S.A., sin en que en ningún caso la accionante haya suscrito formulario de afiliación. Y solo hasta el día 27 de mayo de 2020, la señora Verónica Velásquez Zuluaga suscribe formulario de afiliación a la AFP Protección, afiliación que se dio por voluntad propia de la accionante y momento en el cual la citada señora hizo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, pues en ese momento, la tutelante pudo haberse afiliado tanto a Protección como a Colpensiones, escogiendo por su mera liberalidad su afiliación a esta entidad.

Continúa indicando que para que la señora Verónica Velásquez Zuluaga pueda trasladarse de régimen pensional, debe esperar 5 años desde la selección inicial de régimen, lo cual ocurrió el día 27 de mayo de 2020, momento en el que la citada señora hizo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, por lo que debe esperar hasta el día 27 de mayo de 2025 para poder trasladarse hacia Colpensiones.

Finalmente, frente al derecho de petición indica que en comunicación de fecha 24 de febrero de 2021, Protección S.A. suministró respuesta de fondo, clara, precisa y congruente con lo solicitado en el derecho de petición.

Indicó la Corte Constitucional en Sentencia SU226 del 23 de mayo de 2019:

*“Con la consolidación de las relaciones de trabajo, la afiliación ante el Sistema de Pensiones surge como el primer deber del empleador. Es la manera como se formaliza el aseguramiento de las contingencias de vejez, invalidez o muerte de los empleados, de modo que, ante la noticia de un nexo laboral, la entidad administradora respectiva se vincula para el cumplimiento de sus funciones alrededor de la salvaguarda de las garantías de la seguridad social. Así, este primer acto representa, **en sí mismo, un auténtico derecho de los trabajadores, que materializa el cubrimiento en pensiones y permite el ejercicio de libertades fundamentales adicionales como lo es la escogencia voluntaria del Régimen al cual desean pertenecer (el de Ahorro Individual o el de Prima Media),²³ bajo las condiciones fijadas por el Legislador. Con acierto, entonces, la Ley 100 de 1993 dispuso en su artículo 15 que “todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo” serán afiliados al Sistema General de Pensiones “en forma obligatoria***

En ese sentido, la afiliación constituye una fuente formal de derechos pensionales, pero también de obligaciones jurídicas en favor de los empleados. Su cumplimiento, entre otras cosas, viabiliza la exigencia de cotización efectiva, a la que se refiere el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, y cuya trascendencia constitucional fue reseñada anteriormente. Las condiciones para el acatamiento de este segundo deber pensional –el de cotizar– se establecen en el artículo 22 de la Ley citada, así:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al

²³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

*momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, **y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador**, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador. // La afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores dependientes es una obligación en cabeza del empleador”.*

Así mismo jurisprudencialmente se ha indicado que el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 reconoce el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer, y que 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.

Así mismo ha indicado la Corte Constitucional, que 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.

De igual forma se ha indicado jurisprudencialmente, 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. 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. 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 y si se no se ha alcanzado una edad próxima para la pensión.

Como síntesis preliminar, puede decirse que, si una persona ha sido informada y asesorada adecuadamente, y cumple con los requisitos de periodo de cotización y de edad, podrá trasladarse de un régimen a otro.

Descendiendo al caso concreto se tiene que la afiliación inicial al régimen de pensiones, de la accionante señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, se realizó en el año 2014, como bien lo confirma el accionado al indicar que presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. desde el día 25 de abril de 2014, con fecha de efectividad de la afiliación del día 26 de abril de 2014.

Así mismo se observa del PDF No. 07 del expediente digital, y que corresponde a la HISTORIA LABORAL expedida por AFP PROTECCIÓN SA, que la accionante se encuentra afiliada a dicha administradora de fondo de pensiones de la fecha atrás indicada, 25 de abril de 2014, a través de varios empleadores, y en dos periodos, cuatro meses del año 2017, y cuatro meses del año 2018, se realizó cotizaciones de forma directa por la misma accionante, obsérvese:

2017						
VERONICA VELASQUEZ ZULUAGA 1017203764						
Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aprobar
2017/02	\$738,125	\$84,884	30	PROTECCION		
2017/03	\$738,125	\$84,884	30	PROTECCION		
2017/04	\$738,125	\$84,884	30	PROTECCION		
2017/05	\$738,125	\$84,884	30	PROTECCION		

VERÓNICA VELASQUEZ ZULUAGA 1017203764						
Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aprobar
2018/06	\$781,250	\$89,843	30	PROTECCION		
2018/07	\$781,250	\$89,843	30	PROTECCION		
2018/08	\$781,250	\$89,843	30	PROTECCION		
2018/09	\$781,250	\$89,843	30	PROTECCION		

FPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. R00088707

Confirmándose con lo anterior, la voluntad de la accionante de encontrarse afiliada al dicho fondo de pensiones desde el año 2014, y no como lo hace ver el ente accionado, que sólo hasta el año 2020, se expresó de manera cierta y sin equívocos la intención de afiliarse de manera voluntaria a dicha administradora.

Como se indicó con anterioridad, el empleador realiza las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, a las entidades que hayan sido elegidas por el trabajador, siendo la afiliación ante el Sistema de Pensiones el primer deber del empleador, más no, la escogencia de las entidades a las cuales se va a realizar la afiliación, toda vez que como ya se indicó, estas son escogidas por el trabajador.

Adicional al hecho de que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado, explicándole en detalle las ventajas y desventajas del régimen pensional; por lo que recaía en el ente accionado AFP PROTECCIÓN SA, la obligación de brindar asesoría a la accionante, tanto en el año 2014, cuando se realizó afiliación por primera vez al sistema al régimen pensional, al igual que en los años 2017 y 2018 cuando realizó cotizaciones al sistema de manera independiente, y sobremanera en el año 2020, año en el cual afirma AFP PROTECCIÓN SA, que la tutelante suscribió formulario de afiliación por voluntad

propia, siendo este el momento idóneo para que la misma hiciera uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, pues en ese momento, la tutelante pudo haberse afiliado tanto a Protección como a Colpensiones.

Por lo expuesto, considera este Operador Constitucional que le asiste razón a la parte accionante, y se presenta vulneración a los derechos fundamentales de seguridad social y de libre escogencia de régimen pensional, por lo que se le ordenará a AFP PROTECCIÓN SA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda a rectificar la información que reposa en sus base de datos, así como en la página del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones – SIAFP, la información de la accionante, aclarando que la señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, se encuentra afiliada a dicha entidad desde el 26 de abril de 2014 como afiliación inicial por voluntad propia.

Finalmente, frente al derecho de petición, se tiene que, por sustracción de materia, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno.

6. Decisión.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Décimo Sexto Civil Municipal de Oralidad de Medellín, Administrando Justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

F A L L A

PRIMERO. Tutelar los derechos fundamentales de seguridad social y de libre escogencia de régimen pensional de la señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, que han sido lesionados por AFP PROTECCIÓN SA, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: Se ordena a AFP PROTECCIÓN SA a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de

cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a rectificar la información que reposa en sus base de datos, así como en la página del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones – SIAFP, la información de la accionante, aclarando que la señora VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA, se encuentra afiliada a dicha entidad desde el 26 de abril de 2014 como afiliación inicial por voluntad propia.

TERCERO: Notificar esta decisión a las partes en forma personal o por el medio más idóneo e inmediato posible.

CUARTO. Advertir que contra esta providencia procede su impugnación ante los señores Jueces de Circuito de Medellín, y que la misma **no suspende el cumplimiento de lo aquí decidido.**

QUINTO. Remitir el expediente, si este proveído no fuere impugnado oportunamente, para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional (art. 31 del Decreto 2591 de 1991.)

NOTIFÍQUESE

Firma Electrónica

**MARLENY ANDREA RESTREPO SÁNCHEZ
JUEZ**

Firmado Por:

**MARLENY ANDREA RESTREPO SANCHEZ
JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 016 MUNICIPAL CIVIL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

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:

**a7ad08279bf19cb2a53311db553dd0f283bdeaa8d3133fdecd6c
d04844be15a6**

Documento generado en 07/04/2021 04:35:50 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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