

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTA
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Teléfono 601-3532666 extensión 71489
Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por la accionante **YARIMA ALEJANDRA DAGER MORA**, contra el fallo de tutela proferido el **21 de junio de 2023**, por el **Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías** de esta ciudad, en la que figura como accionadas el **FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.** y la empresa **BPM CONSULTING LTDA.**

SITUACIÓN FÁCTICA

1.- La accionante **YARIMA ALEJANDRA DAGER MORA**, relató que para su vinculación laboral con la empresa **BPM CONSULTING LTDA**, que inició el 1° de agosto de 2022, envió por correo electrónico el Formato de Registro ingreso de personal donde se encuentra la información sobre la seguridad social, y en el cual manifestó su elección de COLPENSIONES como Fondo de Pensiones, sin embargo de manera sorpresiva, el 14 de septiembre del 2022, recibió notificación del fondo privado de pensiones PORVENIR, de afiliación a esa entidad, por lo que procedió solicitar no solo ante su empleador sino ante las AFP enunciadas, la corrección de la elección, radicando el traslado de afiliación, con resultados negativos, como quiera que debe someterse a la cláusula de permanencia, esto es, esperar cinco años para poder realizar el cambio, situación que considera vulneradora del DERECHO A LA LIBRE ELECCION DE REGIMEN PENSIONAL, solicitando del juez constitucional “*Ordenar a la empresa BPM CONSULTING LTDA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, mi afiliación al fondo de pensiones de PRIMA MEDIA COLPENSIONES*”

2.- La presente actuación, fue recibida procedente de la oficina de reparto, mediante el aplicativo web, el 6 de julio de 2023.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

Mediante fallo del **21 de junio de 2023**, el **Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías**, DECLARÓ IMPROCEDENTE, la acción de tutela impetrada por la señora YARIMA ALEJANDRA DAGER MORA.

Puso de presente que PORVENIR, señaló que al firmar la actora el formulario de afiliación aceptó libremente ese vínculo; y, a su vez BPM CONSULTING, manifestó que

la señora DAGER no realizó su inscripción previa con COLPENSIONES, la cual es de forma personal, y en cumplimiento con los términos legales esa empresa la afilió a un fondo privado.

Resaltó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el traslado de un régimen a otro; ya que para debatir estas decisiones tomadas por los FONDOS ADMINISTRADORES DE PENSIONES, la accionante tiene a su alcance el proceso ordinario laboral consagrado en el artículo 2° numeral 4° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) mecanismo que resulta idóneo y eficaz para la protección de sus garantías constitucionales. Este proceso es el correcto para establecer si es procedente la anulación de la afiliación de la solicitante a la AFP PORVENIR S.A, pues es el llamado a proteger sus derechos con una mayor amplitud de pruebas. Son ellos quienes tienen competencia para establecer si las disposiciones legales que rigen el sistema pensional y las restantes normas del derecho a la seguridad social contemplan esa eventualidad.

En ese orden, la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad debido a que el medio ordinario de defensa judicial que la solicitante tiene a su alcance es idóneo y eficaz para resolver la disputa planteada ante el juez de tutela. Adicionalmente, no se advierte ni acreditó la inminente configuración de un perjuicio irremediable, grave o improrrogable que haga procedente el amparo como mecanismo de protección transitorio.

DE LA IMPUGNACIÓN

En su escrito de impugnación, la accionante solicitó se revoque la decisión, y se analice en debida forma las pruebas aportadas, que evidencian, que fue proactiva desde el primer momento ante la empresa, manifestando por escrito su voluntad de afiliarse a COLPENSIONES, tal y como da cuenta el formulario que entregó con los documentos de la contratación.

Destacó que el formulario de afiliación allegado por PORVENIR, no fue diligenciado por ella, por ende, su contenido es inexacto, tampoco la empresa le informó el trámite a gestionar ante COLPENSIONES, como lo refirió en la respuesta, por ningún canal de comunicación y en esa medida hay una violación al debido proceso frente a la afiliación a AFP.

Por último, adujo que PORVENIR, la contactó telefónicamente para sugerirle que pasara un escrito solicitando la desafiliación, asunto que radicó el pasado 26 de junio de 2023, por lo que está a la expectativa de la respuesta.

CONSIDERACIONES

➤ PROBLEMA JURÍDICO:

Verificar si el tema planteado por accionante, puede ser objeto de análisis mediante el medio expedito de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Nacional, indica lo siguiente: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública....Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Se itera entonces que la acción de tutela es un medio de protección de los derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo de defensa, o cuando existiéndolo, no resulte expedito u oportuno, o se requiera el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender la defensa por vía de tutela.

En la Sentencia T-161 de 2005, la Corte Constitucional la Corte Constitucional, dijo lo siguiente:

“... la tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito...”. (Subrayado fuera del texto)

La subsidiaridad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos específicos previstos en la correspondiente regulación común¹

➤ DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, este principio implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de manera tal que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa de carácter judicial, se ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad²: “cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo o eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.”

La primera hipótesis se refiere al análisis de la idoneidad y eficacia del medio de defensa judicial ordinario previsto en la ley a favor del afectado, el cual no puede realizarse en abstracto, sino que debe comprender el estudio de las situaciones particulares que sustentan el caso concreto. De esta manera, el juez podría advertir que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas

¹ Cfr. SU-622 de junio 14 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería ² Sentencia T-146 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados².

De otra parte, la segunda hipótesis tiene el propósito de conjurar o evitar una afectación inminente o grave a un derecho fundamental, por lo que la protección es temporal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991³. La concesión del amparo bajo dicha modalidad de protección exige la acreditación de: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo⁴.

Cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁵⁶.

La Corte de antaño ha precisado **que la tutela no constituye un mecanismo o una instancia para definir aquellos conflictos que la ley ha establecido como competencia de otras jurisdicciones. Esto, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone la existencia de jurisdicciones diferentes a la constitucional, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia.** Pero precisando además, que las decisiones de todas las autoridades, incluidas por supuesto las judiciales, deben someterse al ordenamiento jurídico (arts. 4º y 230 C.N.), marco dentro del cual los derechos fundamentales tienen un carácter primordial.

De manera que, si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario. Bajo esta premisa, la procedencia de la tutela está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.

➤ DEL CASO CONCRETO:

La inconformidad planteada por el recurrente se encuentra, en que **PORVENIR S.A.** no ha procedido a declarar la **ANULACION DE SU AFILIACIÓN**, gestionada por la empresa BPM CONSULTING LTDA para que proceda, COLPENSIONES a ACEPTAR la misma en el régimen de prima media.

Tal y como lo indicó la señora Jueza de instancia, existe otro medio de defensa judicial para la resolución del disenso planteado por la accionante, como quiera que para tal asunto, el legislador tiene previsto un procedimiento particular y concreto, al cual debe

² Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

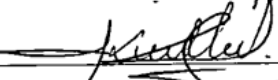
³ “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

⁴ Sentencias T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteradas en la Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Sentencias T-163 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de

⁶, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-136 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras

acudir la interesada; máxime cuando el derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador, siendo dable resaltar que esa libertad de elección del régimen de pensiones no es absoluta, pues es válido constitucionalmente que la ley restrinja esa libertad para garantizar la estabilidad administrativa y financiera del sistema. Por ello, es razonable que la ley impida la doble afiliación, o que se fijen períodos de carencia para cambiar de fondo administrador de pensiones, o que el legislador establezca un límite cronológico para que el afiliado con mayores expectativas de jubilación se traslade de un régimen a otro, temas que deben ser conocidos exclusivamente por la jurisdicción laboral, de manera que el accionante tiene otro medio de defensa, y no obstante ello decidió interponer la acción de tutela, lo cual vulnera el principio de subsidiariedad; máxime que en este caso, existe un formulario de afiliación a PORVERNIR, con el nombre y la firma de la accionante:

7. Régimen de Transición o Información del Producto	
Importante: Manifiesto que luego de haber recibido asesoría amplia y suficiente sobre el producto ofrecido, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de traslado al régimen de ahorro individual por medio de la Vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias de Porvenir S.A. particularmente en lo que tiene que ver con el régimen de transición establecido en la ley. - Anexe la fotocopia de su documento de identidad amputada al 150% en blanco y negro.	
8. Término de Retraito	
Recuerda que a partir del momento en que el fondo de pensiones te notifique sobre la validez de la afiliación o del traslado, cuentas con un término de cinco (5) días hábiles para ejercer tu facultad de retiro, (Decreto 1813 de 2020).	
9. Voluntad de Selección y Afiliación	
"Declaro bajo juramento que los antecedentes del trabajador incluidos en el presente contrato corresponden a la información que me ha sido suministrada"  FIRMA Y NOMBRE DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL EMPLEADOR	Hago constar que la selección del Régimen de <u>Pais</u> la he efectuado en forma libre y espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a <u>Porvenir</u> para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.  FIRMA Y HUELLA DEL SOLICITANTE
10. Espacio para la Administradora	
Nombre del Promotor: <u>Karel Viviana Lopez</u>	 Firma autorizada del Representante Legal
No. de identificación del promotor: <u>1093709000</u>	
Firma del promotor: 	
DIC-21 F-01-AF-CR-01 V4.0 - PORVENIR/PENSIONES OBLIGATORIAS - N° 22948413	

Por manera que tal y como lo sostuvo la primera instancia, es evidente la improcedencia de la acción de tutela instaurada por la joven **YARIMA ALEJANDRA DAGER MORA**, por no cumplir el requisito de subsidiariedad, por cuanto el accionante cuenta con otros medios para su pretensión principal, para pedir la **ANULACION DE LA AFILIACION** a la **AFP PORVENIR**, ante la jurisdicción Laboral, resultando improcedente la protección del derecho al debido proceso invocado, porque no se encuentra acreditado que exista un perjuicio irremediable, como quiera que la accionante no se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad socioeconómica que haga necesaria la intervención del juez de tutela para conjurar la eventual afectación del derecho al mínimo vital o a la vida digna del accionante.

En consecuencia, con fundamento en lo previsto en fundamento en el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591d 1991, se confirmará la sentencia impugnada, el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante...”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia dictada el **21 de junio de 2023**, por el **Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías** de esta ciudad.

SEGUNDO. - ORDENAR REMITIR esta decisión al **Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías**, que actúa como juzgado de primera instancia, al email: j47pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co, para su conocimiento.

TERCERO. - ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla sin demoras a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico.

Las partes deben ser notificadas a las siguientes direcciones electrónicas:

ACCIONANTE: yaridager@hotmail.com

ACCIONADOS:

PORVENIR: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

BPM CONSULTING: financierobpm@bpmconsulting.com.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ