



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-01244-00
ACCIONANTE: ORLANDO DE JESÚS NOREÑA BENÍTEZ.
ACCIONADA: PORVENIR S.A.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, en síntesis, que la Universidad del Tolima en su calidad de empleador realizó a partir del año 2009 el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones en la entidad accionada, la cual expidió historia laboral el 16 de diciembre del año 2019, en donde asegura se constató hacer parte del Régimen de ahorro individual con una cotización de 445 semanas, contando con un saldo de capital acumulado por la suma de \$22'290.152.00 m/cte.

Indica que, no tiene ninguna expectativa pensional como tampoco interés en seguir realizando la cotización mensual ante el Fondo accionado Porvenir S.A., razón por la que indica tener derecho a la devolución de sus aportes al cumplirse los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, pues así lo manifestó a la accionada a través de solicitud de fecha 8 de enero de la presente anualidad para que fuesen devueltos sus aportes, empero no obtuvo respuesta concreta, motivo por el que inicio acción constitucional repartida al Juzgado 53 Penal Municipal con Función de Garantías, el cual a través de providencia del 2 de abril del año en curso ordenó a Porvenir emitir la correspondiente respuesta.

Que el pasado 15 de julio radicó nuevamente petición de devolución de aportes sin obtener respuesta adecuada por parte de la entidad accionada, justificación para instaurar denuncia penal por el delito de fraude a resolución judicial cuyo conocimiento recayó en la Fiscalía 32 Seccional de Administración Pública de Bogotá.

2. La Petición

Con fundamento en lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y libertad de elección, vulnerados por la accionada y, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., la devolución inmediata de sus aportes y ahorros, por la suma de \$22'290.152.00 m/cte., con sus correspondientes rendimientos financieros.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a la accionada y las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, la accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROVENIR**, a través de su representante legal, indico no poder obtener acceso a los documentos digitales de la presente acción constitucional, no obstante, ante tal manifestación el Despacho procedió a enviarlo en más de 4 oportunidades (mírese tramite de notificación, carpeta notificaciones) en el correo electrónico manifestado por la accionada en su escrito, a pesar de ello, no emitió respuesta respecto de los derechos que aquí se reclaman.

Por su parte, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, indicó en primer lugar que el accionante no ha tramitado derecho de petición alguno ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, después, precisó que la entidad responsable de determinar la prestación social a la cual podría llegar a tener derecho el accionante es la Administradora de Pensiones a la que este válidamente afiliado, sin embargo, resaltó que el actor conforme la información que reposa en el sistema interactivo de bonos pensionales, actualmente se encuentra registrado como afiliado tanto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS (con la AFP Porvenir S.A.), como al Régimen de Prima Media – RPM (con el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A.) por lo que se encuentra en situación de múltiple vinculación, por lo que afirmó, situación que imposibilita el establecer a cuál de las Administradoras de Pensiones se encuentra válidamente afiliado; luego, afirmó la negativa del derecho a bono pensional por cuanto de la historia laboral aportada el actor no cumple con el requisito legal establecido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, sostuvo la improcedencia de la acción de tutela para exigir el reconocimiento, emisión y/o pago de bonos pensionales por tratarse de derechos de carácter legal y económico.

En su orden, la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**, expuso que una vez revisado el sistema de gestión documental SOLIP, de dicha entidad no encontró queja o reclamación formulada por el accionante respecto de los mismos hechos que se narran en la acción de tutela, además propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, **FIDUPREVISORA** vinculada en razón a lo informado por el Ministerio de Hacienda y crédito Público no realizó pronunciamiento alguno, pese a encontrarse enterada del curso de la acción constitucional de la referencia.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo 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.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico consiste en determinar si al accionante se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la seguridad social y libertad de elección, en razón a la no devolución de saldos solicitada a la entidad accionada PORVENIR S.A., por razón que no puede seguir cotizando al sistema pensional, para proceder a ordenar por esta especial acción dicha devolución.

Procedencia de la acción contra particulares.

Debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares es de naturaleza excepcional, tal y como lo ordena el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de tal suerte que para que se declare su prosperidad se deben reunir los siguientes requisitos; a saber:

*“1. Cuando el accionado preste un servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Carta Magna. 2. Cuando el accionado preste un servicio público de salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y la autonomía. 3. Cuando el accionado preste un servicio público domiciliario. 4. **Cuando se demuestre la relación de subordinación e indefensión del accionante frente a la entidad privada accionada.** 5. Cuando la accionada viole el derecho consagrado en el artículo 17 de la C. P. 6. Cuando la entidad accionada sea la encargada de resolver una solicitud de habeas corpus. 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones erróneas e inexactas. 8. Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.”*

Dada la calidad de trabajador que tiene la accionante para con la entidad accionada, se considera que la primera citada se hallaba en situación de subordinación respecto de la segunda. Por tales razones, se estima procedente darle el trámite de ley conforme a la norma antes citada.

Subsidiaridad.

Debe precisarse que, para aquellos eventos en que existen otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia ha consagrado una excepción para la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, y se presenta cuando se ejercita para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora, bajo ese contexto el perjuicio irremediable no es cualquier situación, ni cualquier daño, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, en Sentencia de Tutela-956 de 2013, mediante la cual indica que no basta *“cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”*.

Así, pues, “[l]a gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser

determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergradable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. (Subraya fuera de texto)

Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”.

Figura de devolución de Saldos – reiteración jurisprudencial.

La sentencia C-086 de 2002 declaró la exequibilidad de la disposición reglada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Aunque no estudió un cargo específico en contra de la regulación de la devolución de saldos, reconoció que el régimen pensional de ahorro individual con solidaridad contemplaba la posibilidad de la devolución de saldos. Asimismo, el literal p) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 reiteró que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reunieran los demás requisitos para el efecto, tendrían derecho a una devolución de saldos.

Mediante la sentencia C-375 de 2004 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la disposición mencionada, *“en el entendido de que dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación”.*

Por otro lado, La Corte, en la citada sentencia, afirmó que la figura de la devolución de saldos incorporaba *“una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional”.*

De esta forma, concluyó que la disposición incorporaba una *“posibilidad no obligatoria”* para los afiliados de recibir la indemnización o devolución de aportes y, así mismo, *“la no prohibición”* de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante. Además, explicó que la figura de la devolución de saldos no imponía la obligación de recibir dicha prestación, sino que ofrecía una alternativa, pues *“en cabeza del afiliado”* permanece la decisión de optar o no por dicha opción. También afirmó que aceptar la hipótesis que indicaba que era obligatorio seguir trabajando de manera forzada hasta tanto se adquiriera el monto de cotización para acceder a una pensión de vejez, *“daría al traste con principios y fines constitucionales, tales como la libertad y la dignidad humana. De igual manera, resulta irrazonable instituir la obligación de seguir aportando al fondo pensional hasta tanto se alcance las semanas de cotización requeridas, a sujetos que están desempleados y que, dada su avanzada edad, difícilmente podrán conseguir otra fuente de ingresos. Ante las posibilidades ofrecidas a esta categoría de aportantes, la posibilidad de optar por la alternativa propuesta en la regla acusada no vulnera el derecho a la igualdad”.*

Y, en pronunciamiento más reciente -Sentencia T 122 de 2019- la Corporación en cita precisó que *“...la figura de la devolución de saldos es compatible con el concepto de “redención anticipada del bono pensional”, previsto en el citado artículo*

16 del Decreto 1748 de 1995, el cual dispone que habrá lugar a la redención anticipada del bono tipo A cuando se configuren los requisitos de la devolución de saldos. Ahora bien, la figura conocida como “redención normal” del bono tipo A no aplica para el caso de la devolución de saldos, dado que se encuentra regulada en los artículos 15 y 20 del Decreto 1748 de 1995, los cuales disponen que la redención normal del bono tipo A se debe dar en la fecha de referencia o redención “más tardía”, que en el caso de las mujeres se configura cuando cumplen 60 años de edad, pero nada dispone acerca de la devolución de saldos. En estos términos, no es acertado aceptar que cuando una mujer cumple los requisitos para la devolución de saldos (57 años de edad y capital insuficiente para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo), debe esperar hasta la fecha de redención normal del bono pensional, es decir, hasta los 60 años, pues la norma prevé que, específicamente, para el caso de la devolución de saldos, lo que se debe realizar es una redención anticipada del bono pensional.

Para la Sala, la negativa del fondo de pensiones de otorgar la devolución de saldos constituye una restricción a la libertad de elección de la accionante, que desconoce la ratio decidendi de la sentencia C-375 de 2004. Por tanto, dado que en el presente caso se encuentra acreditado que la accionante cumple los requisitos para acceder a la devolución de saldos, lo pertinente es proceder con la redención anticipada del bono pensional (artículo 16 del Decreto 1748 de 1995) y efectuar la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual de la accionante, motivo por el cual se concederá el amparo solicitado.”

Caso Concreto

En primer lugar, observa el Despacho que en el caso objeto de estudio existe una controversia en torno a la devolución de saldos por parte de la AFP PORVENIR S.A., al promotor de la acción, eso es, ORLANDO DE JESÚS NOREÑA BENÍTEZ, por cuanto alude satisfacer los requisitos exigidos para tal trámite, significando ello que el escenario en el que se enmarca el litigio es respecto del reconocimiento de una prestación laboral, particularmente, en materia de pensiones.

Al respecto la H. Corte Constitucional sostuvo que la devolución de saldos es una figura que pretende brindar un auxilio a la persona que teniendo la edad para pensionarse (hombre 62 y mujer 57 años) no cuenta con el capital necesario para consolidar una pensión, de tal forma que pueda reclamar el reintegro de sus ahorros sustituyendo la pensión de vejez, pues frente a esta última no acredita la totalidad de requisitos, entonces la devolución de saldos es una prestación que actúa como sucedánea de la pensión de vejez cuando la persona alcanza el requisito de la edad empero no los demás requisitos establecidos para su obtención.

Bajo ese contexto, la figura de la devolución de saldos se encuentra establecida en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, la cual reza: “*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”*

De manera que, acogiéndose a los criterios jurisprudenciales aunado al artículo anteriormente mencionado debe observarse como la potestad que se le otorga al afiliado, el cual en su facultad puede ya sea optar por la devolución de

saldos o seguir cotizando mas no la opción de negar la devolución de saldos cuando sea solicitado por este.

En atención a las anteriores premisas, resulta imperioso colegir que, si bien de manera excepcional resulta viable la acción constitucional en aras de primar la libertad del accionante de optar por la devolución de saldos que garantiza el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que revisada la actuación y las pruebas obrante al plenario, en este asunto no hay lugar a acceder al amparo constitucional deprecado, pues no se acreditan los requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia.

Lo anterior por razón que, conforme a las manifestaciones realizadas por las entidades vinculadas, se vislumbra una multifiliación al sistema de seguridad social en pensión con la que cuenta el actor, conforme se evidencia en la consulta realizada al RUAF por parte de este Despacho que se adjunta a la presente decisión, esto es, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS en la AFP accionada PORVENIR S.A., y al Régimen de Prima Media – RPM con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. que se indica activa, todo lo cual resulta corroborado con la respuesta brindada por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de manera que ante tal evento no puede sostenerse sin lugar a equívocos que el actor no cumple con los requisitos legales para obtener una pensión, así sea sobre un salario mínimo.

Y, es que en este especial caso primero se deben adelantar las gestiones para dirimir dicho conflicto y, así determinar si existen cotizaciones por parte del Magisterio que deban trasladarse al fondo privado de pensiones mediante el respectivo bono pensional o viceversa, para luego definir sí en efecto no cuenta con las semanas necesarias para acceder a una pensión por vejez, para que se abra paso a la devolución de saldo aquí reclamado, conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Con todo debe memorarse que: *“...la garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir”¹.*

Así las cosas y ante tal escenario de multifiliación que presenta el promotor de la presente acción, no se puede definir por esta especial acción si cumple con los requisitos establecidos para acceder a la devolución de saldos solicitada fundamentada en el derecho fundamental de la libre elección, por lo que se negara el amparo solicitado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T 1222 de 2001.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-01244-00

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional solicitado por el señor **ORLANDO DE JESÚS NOREÑA BENÍTEZ** por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 notifíquese esta providencia en forma telegráfica o por cualquier medio expedito a las partes.

TERCERO: La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fue impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:

**CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CARDENAS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 39 COMPETENCIA MÚLTIPLE BOGOTÁ**

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:

fc659b96ae4c48277a6f3018fe19a7b504439d37638e36d639b5c2537ab40dd9

Documento generado en 23/11/2020 02:51:08 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**