



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA JUZGADO VEINTE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA Bucaramanga, doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicado No. 680014003-020-2023-00179-00

FALLO

Procede el Despacho a decidir la acción de Tutela interpuesta por la señora **LUZ DERY PRADA CÁRDENAS** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social y vida digna, consagrados en la Constitución Política de Colombia.

HECHOS

Relata la accionante que, nació el 03 de febrero en 1964 en Venezuela, y como contratista independiente, requiere la afiliación al Sistema General de Pensiones, requisito solicitado por el municipio de Bucaramanga en virtud del contrato de prestación de servicios que se celebraría con dicha entidad territorial, el cual no pudo ser cumplido, pues la accionante en una oportunidad solicitó la devolución de saldos ante la entidad accionada, la cual se hizo efectiva, por lo que dicha entidad no atendió favorablemente su solicitud de activación de cuenta pensional.

Indica que con la negación por parte de la **AFP PORVENIR S.A.**, se vulneran los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela, como quiera que no puede acceder al contrato ofrecido por el municipio de Bucaramanga.

PETICIÓN

Solicita la accionante, se le amparen sus derechos fundamentales invocados, los cuales considera le están siendo vulnerados por el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y se proceda a activar la cuenta pensional para realizar los aportes a pensión.

TRAMITE

Por auto del 24 de marzo de 2023, se admitió la presente acción de tutela, ordenándose efectuar las correspondientes notificaciones a la entidad accionada a fin que pudiera ejercer su derecho de defensa frente a los hechos generadores de la acción constitucional esgrimida en su contra.



RESPUESTA DEL ACCIONADO

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, otorgó contestación a la presente acción constitucional, indicando que la señora **OLGA TERESA NIELSEN** presentó solicitud de devolución de saldos como prestación subsidiaria de vejez, al no cumplir con los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, consagrada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, previa autorización de la accionante.

Afirma que, la accionante presentó ante dicha entidad la solicitud pensional informando voluntariamente que no continuaría cotizando a pensión, requisito para entregar la devolución de saldos.

Indica que, dicha entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, debido a que la señora **OLGA TERESA NIELSEN** no debe realizar aportes a pensión al haber recibido como prestación subsidiaria la devolución de saldos por no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1740 de 2019 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, y en ese sentido, en el momento de efectuar la autoliquidación de aportes, el empleador debe elegir el subtipo de cotizante categoría 4.

Manifiesta que, de conformidad al concepto emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, no es procedente que la accionante continúe cotizando a pensión si recibió como prestación subsidiaria la devolución de saldos, debido a que una vez cumplió los 57 años de edad, decidió acogerse a este beneficio y renunció de manera libre y voluntaria a continuar cotizando a pensiones y decidió disponer de sus ahorros y rendimientos.

Refieren que la acción de tutela en el presente caso es improcedente, pues la controversia suscitada no guarda relación con la afectación de derechos fundamentales de la accionante, sino corresponde a una reclamación frente a la solicitud de pago de aportes a pensión, que debe ser dirimida en los términos del artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral por la Jurisdicción Ordinaria Laboral, pues se trata de un conflicto entre entidades administradoras del sistema General de Seguridad Social y sus afiliados, por lo que solicita declarar improcedente la misma.

COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer de la presente Acción de Tutela, toda vez que se dan las condiciones de procedibilidad de la acción de que trata el Art. 5° del Decreto 2591 de 1991.

Agotado como se halla el trámite de la presente tutela y observando que no se vislumbra causal que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes:



CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, son características propias de esta acción constitucional la subsidiariedad y residualidad, así como su carácter preventivo y no declarativo, al cual puede acudir cualquier ciudadano directamente o por interpuesta persona, cuando no cuente con otro mecanismo de defensa judicial para salvaguardar sus derechos fundamentales, o cuando, teniéndolo, éste no ofrezca garantías de celeridad y eficacia para hacer que cese la violación o la amenaza o para evitar un perjuicio irremediable.

2. Problema Jurídico a Resolver

Corresponde a este Despacho entonces, determinar si:

¿Se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora **OLGA TERESA NIELSEN FORTUNA**, por el hecho de que el fondo de pensiones accionado consideró que cesó la obligación de pensión obligatoria del accionante **AFP PROVENIR S.A.**, al haber recibido la devolución de saldos, como contraprestación subsidiaria?

Tesis del despacho: No, al no configurarse conductas que atenten contra los derechos fundamentales de la de la señora **OLGA TERESA NIELSEN FORTUNA** por parte de **AFP PROVENIR S.A.**

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Disponen expresamente los artículos 86 de la Constitución Nacional y 6° del decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela 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, de allí su carácter residual y subsidiario.

Es así que la finalidad de este mecanismo es la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a situaciones de violación o amenaza que los ponga en peligro; por consiguiente, no se concibió para sustituir ni desplazar al Juez ordinario, ni para remediar las omisiones u olvidos de las partes en el uso de los recursos ordinarios.

No obstante, el Decreto 2591 de 1991 y la propia Carta Constitucional indican que es procedente formular una acción de tutela, a pesar de contar con un mecanismo ordinario de defensa judicial, si el ciudadano utiliza la herramienta de amparo como mecanismo transitorio y pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable.



“Adicionalmente, el artículo 8° del mismo decreto establece que cuando se está ante esta situación, la orden del juez de tutela sólo estará vigente durante el “término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”. Es decir, que la configuración del perjuicio irremediable es una excepción a la naturaleza excepcional y subsidiaria de la acción de tutela.¹

El concepto de perjuicio irremediable, es aquella condición que permite que la acción de tutela sea procedente aun cuando exista otro mecanismo de defensa judicial. La Corte Constitucional, ha definido este concepto como la amenaza que resulta: (i) *inminente*, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño, sino que por el contrario la amenaza se consumara en poco tiempo; (ii) igualmente es necesario que la afectación sea *grave*, esto es que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) se requiere que la vulneración sea enfrentada de manera *urgente*, es decir, que la actividad judicial debe desplegarse con rapidez para conjurar la vulneración.²

Por último, es necesario que la acción de tutela sea impostergable, y en el caso de que se demore el reconocimiento de la protección, se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna. Por lo tanto, el perjuicio irremediable debe ser considerado como un “*grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables*”.

Así mismo, la existencia de un medio judicial ordinario no excluye la posibilidad de presentar la acción de tutela, debido a que es necesario examinar si los mecanismos ordinarios alternativos son aptos para obtener la protección requerida. Una primera condición que debe reunir un mecanismo de protección ordinario tiene que ver con su capacidad de producir un efecto protector de los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional ha indicado que esta característica se denomina *idoneidad*.

De la misma manera, el medio judicial ordinario debe estar diseñado de tal forma que brinde oportunamente una protección al derecho fundamental amenazado o vulnerado. A este elemento se le denomina *eficacia*.

De esa manera, al existir otro medio de defensa idóneo y efectivo, la acción de tutela resulta improcedente. Empero, el agotamiento de recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial debe ser examinado en cada caso concreto, ya que la sola existencia de un medio principal de defensa judicial no implica *per se* la improcedencia de la acción de tutela, estando sujeta esa circunstancia a la comprobación por parte del juez constitucional. Al respecto, en fallo T-983 de 2007 (M. P. Jaime Araujo Rentería), la Corte dispuso:

¹ Sentencia T-704 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Sentencia T-544 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



“En desarrollo del principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judicial, la acción de tutela procederá excepcionalmente en los siguientes eventos:

- (i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;*
- (ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*
- (iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.”*

En síntesis, la acción de tutela no fue instaurada para reemplazar otros medios idóneos de defensa de los derechos fundamentales, ni para ser utilizada de forma alterna o paralela, sin embargo esta se torna procedente en aquellos eventos, y dependiendo del caso, en que resulte palmario que los mecanismos ordinarios no son idóneos y/o eficaces para obtener la protección referida, o cuando se utiliza el mecanismo de amparo con el fin de evitar un perjuicio irremediable, y especialmente cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

La figura de la devolución de saldos. Reiteración.

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

Dicha norma dispone que, en el evento en que el afiliado no cumpla con los requisitos necesarios para acceder a una pensión, cada uno de los regímenes cubre la contingencia, en los siguientes términos: La *pensión de vejez* se obtiene una vez el afiliado cumple los requisitos para su reconocimiento, esto es, haber cotizado un determinado número de semanas y/o, según el régimen de que se trate, acreditar una cierta edad³. Quienes a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y

³ Artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993.



cincuenta y siete (57) si son mujeres, en el caso de las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la “devolución de saldos” o del capital acumulado.

La Corte Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que *“la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, son prestaciones que actúan como sustitutas de la pensión tanto de vejez como de invalidez, en aquellos eventos en los cuales la persona no satisface a plenitud los requisitos que se establecen en la ley para obtener el reconocimiento y pago de la misma”*⁴.

4. CASO CONCRETO

La señora **OLGA TERESA NIELSEN FORTUNA**, instaura acción de tutela contra la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, en razón a que la entidad inactivó su cuenta pensional, argumentando que, como hubo la devolución de saldos, ya cesó la obligación de pensión obligatoria. Por su parte, la accionante afirma que dicha decisión atenta contra sus derechos fundamentales, pues tiene la posibilidad de suscribir un contrato de prestación de servicios con el municipio de Bucaramanga, pero lo mismo no ha sido posible porque requiere la activación de su cuenta para realizar los aportes respectivos, es decir, salud, ARL y pensión, siendo su salario su única fuente de ingreso.

En ese sentido, procede el despacho a realizar el análisis del caso concreto, y a determinar si se configuró una vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, trabajo y vida digna de la accionante, por el hecho de que el fondo de pensiones accionado considerara que cesó la obligación de pensión obligatoria de la señora **NIELSEN FORTUNA**, al haber recibido la devolución de saldos, como contraprestación subsidiaria a no haber obtenido los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, por lo que no es posible la activación de su cuenta pensional para que la señora realice nuevos aportes.

Pues bien, se tiene acreditado en el presente asunto que, la señora **OLGA TERESA NIELSEN FORTUNA**, optó por la devolución de saldos existente en su cuenta individual de ahorro pensional, por lo que la entidad administradora de pensiones consignó en la cuenta de la accionante la suma de \$1.951.009 por concepto de devolución de saldos por solicitud de la accionante.

La entidad accionada argumentó en su contestación que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, no es posible recibir nuevos aportes de la accionante, debido a que ya le fue reconocida la devolución de saldos como prestación subsidiaria de acuerdo a lo estipulado en el literal j del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y en el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, y lo dispuesto en la Resolución 1740 de 2019 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, y en ese sentido, en el

⁴ Ver entre otras, las Sentencias T-511 de 2014 y T-100 de 2015.



momento de efectuar la autoliquidación de aportes, el empleador debe elegir el subtipo de cotizante categoría 4.

En efecto, se encuentra probado dentro del proceso que la señora **OLGA TERESA NIELSEN FORTUNA** optó por la devolución de saldos que Porvenir le entregó con sustento en lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 100 de 1993, previa autorización de la accionante. Ahora bien, el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 100 (modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003), prescribe que la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Pues bien, es necesario precisar que, en criterio del Despacho, dentro del presente caso no se configura vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante, pues como lo manifestó la accionada, mediante Resolución No. 1740 de 2019, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, entre otras cosas, se consideró necesario modificar la aclaración para el subtipo de cotizante 4, esto es, el cotizante con requisitos cumplidos para pensión, del numeral 2.1.2.3.2 del anexo técnico 2 de la Resolución 2388 de 2016 -por medio de la cual se unifican las reglas para el recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social integral y parafiscales-, en el sentido de incluir a aquellos cotizantes que hayan cumplido requisitos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, suprimiendo la validación, dado que la norma no obliga a que el cotizante que habiendo cumplido los requisitos deba tramitar la solicitud.

En este sentido, de conformidad al concepto emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, no es procedente que la accionante continúe cotizando a pensión si recibió como prestación subsidiaria la devolución de saldos, debido a que una vez cumplió 57 años de edad, decidió acogerse a dicho beneficio, y con ello renunció de forma voluntaria a continuar cotizando para pensiones disponiendo de sus ahorros y rendimientos.

Entonces, no se configura una vulneración a los derechos fundamentales invocados por la accionante, específicamente el derecho al trabajo, el hecho de materializarse el reconocimiento de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos de la accionante por parte de PORVENIR S.A., lo cual per sé, no impide la vinculación laboral o civil de la accionante, pues en caso de iniciarse un proceso de vinculación laboral bajo un contrato determinado, el empleador o contratante debe ceñirse a los parámetros establecidos en la normatividad vigente, y en el caso concreto, a las disposiciones contenidas en la resolución No. 2388 de 2016, modificada por la Resolución No. 1740 de 2019 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social que modificó la aclaración para el subtipo de cotizante 4, esto es, el cotizante con requisitos cumplidos para pensión, anexo que contiene la información que deben reportar los cotizantes activos al Sistema de Seguridad Social integral y parafiscales.

Ahora bien, si eventualmente la accionante no se encuentra conforme con dichas disposiciones, puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral y hacer uso de las



acciones legales que considere pertinentes para definir su situación jurídica, y si hay lugar o no a que se reactive su cuenta en el fondo privado de pensiones.

Así las cosas, se negará el amparo invocado.

En razón y en mérito de lo expuesto el **JUZGADO VEINTE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

FALLA:

PRIMERO: **NEGAR** la presente acción de tutela interpuesta por la señora **OLGA TERESA NIELSEN FORTUNA**, en contra de **AFP PORVENIR S.A.** por las razones expuestas en la presente decisión.

SEGUNDO: **NOTIFÍQUESE** esta determinación a las partes por el medio más expedito a en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, haciéndoles saber que en contra de la anterior determinación procede el recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes contados a partir de la notificación de esta sentencia.

TERCERO: En el evento de que esta decisión no sea impugnada, remítase el presente diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ASQ//

NATHALIA RODRÍGUEZ DUARTE

Juez

Firmado Por:

Nathalia Rodriguez Duarte

Juez Municipal

Juzgado Municipal

Civil 020

Bucaramanga - Santander

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: **875d5cff9be3691da79f1ed7603ca91d04963d9e58ff22aa10b734191e6d844a**

Documento generado en 12/04/2023 04:57:52 PM

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