

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 049 **2021 – 00309** 01  
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)  
Accionante: Sara Marlen Molina Gualteros  
Accionada: Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías  
Porvenir S.A.  
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite pertinente, resuelve el Juzgado la IMPUGNACIÓN interpuesta por la accionante, en contra del fallo de fecha 4 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil Municipal de esta ciudad.

**ANTECEDENTES**

**1.- Supuestos Fácticos**

Propuso la actora acción de tutela para la salvaguarda de sus derechos de petición, a la seguridad social, al mínimo vital, a una vida digna y a la libertad de escogencia de que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, con base en los hechos que a continuación se resumen:

1. Que tiene 57 años cumplidos.
2. Que se encuentra afiliada a la AFP Porvenir desde el 1º de octubre de 1998.
3. Que en enero 15 de esta anualidad su cuenta de ahorro individual arrojó un saldo de \$314.133.503 y un total de semanas cotizadas al sistema de 705, razón por la que en su sentir no cuenta con la

dupla de los requisitos exigidos por la ley para acceder de forma efectiva a su pensión de vejez.

4. Que por lo anterior ha venido solicitando ante la accionante desde julio de 2020, la devolución de sus aportes obligatorios, de los rendimientos causados y del bono pensional, de ser procedente su emisión.
5. Que recientemente, el 2 de marzo de 2021 elevó peticiones en tal sentido.
6. Que ante la petición, la accionada se limitó a contestar que los aportes realizados al Sistema General de Pensiones, cuentan con una destinación específica consistente en el pago de pensiones, en los términos del artículo 09 de la Ley 100 de 1.993.-Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta jurídicamente viable, que nuestros afiliados al momento de realizar su reclamación pensional, manifiesten cual es la prestación que desean obtener del Sistema General en Pensiones, como en su caso particular, solicitar de manera puntual la Devolución de Saldos.”, lo que, a su juicio, no dio respuesta a ninguno de los demás argumentos que se fundamentaron en normas y razones jurisprudenciales, contenidos en la petición.

## **2.- Las pretensiones.**

*“Así las cosas, solicito que al resolver de fondo la presente acción, disponga el amparo de los derechos fundamentales de la suscrita accionante y ordene a la accionada el pago o la devolución de saldos contenidos a título de capital en mi cuenta de ahorro individual (cuya número certificado allegaré a la entidad accionada, una vez se conozca la decisión que así lo disponga) más los rendimientos respectivos y el bono pensional si a el hubiere lugar, dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la providencia respectiva, o, dentro del término que el Señor Juez encuentre prudente o razonable para dar cumplimiento efectivo a la protección de mis derechos fundamentales quebrantados.”.*

## **3.- La Actuación.**

### **3.1.- Admisión de la tutela.**

La presente acción constitucional fue admitida por el Juzgado 49 Civil Municipal de esta ciudad, mediante auto de fecha 22 de abril de 2021, en donde se ordenó la notificación del extremo accionado previniéndosele para que, en el término de tres días, se pronunciara respecto de los hechos en que se fundamentó la queja constitucional, allegando la documentación necesaria para tal fin y en general, para que ejerciera el derecho de contradicción y defensa.

### **3.2.- Intervenciones.**

En su oportunidad la AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de la tutela, alegando, por una parte, que la accionante no tiene derecho a la devolución de saldos, por cuanto el saldo existente en su cuenta podría garantizar una mesada pensional en los términos de ley.

Así mismo, puso de presente que la acción de tutela no es el medio para discutir tales pedimentos, sino que le corresponde al juez laboral, máxime cuando no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

### **4.- La Providencia de Primer Grado.**

El *a quo*, mediante providencia de fecha 4 de mayo de 2021, decidió negar el amparo, al considerar que las discrepancias que tiene la accionante con la accionada deben ser discutidas, primeramente, ante esta misma entidad y en uso de los recursos de ley, en caso de haber una decisión negativa, máxime cuando la misma AFP señala que la accionante cuenta con los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

Señaló que no hay vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, en la medida de que las cuestiones deben ser debatidas en la misma entidad y si bien se allegó copia de una petición supuestamente radicada en la entidad el pasado 2 de marzo, no se adosó prueba que demostrara el recibo por Porvenir S.A.

De otro lado, señaló la primera instancia, que no se advirtió un perjuicio irremediable.

## **5.- La Impugnación.**

Inconforme con esta decisión la actora la impugnó, por considerar, por un lado, que su solicitud no es meramente económica, sino que respondió a la vulneración directa a sus derechos fundamentales, incluido el de la libertad de elección, para lo cual recuerda algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el particular.

Indicó que el principio de subsidiariedad no podía verse como una regla pétrea, sino que estaba supeditada a las circunstancias de cada caso y, a continuación, señaló no poder acudir al proceso ordinario laboral pues es probable y casi seguro que esa jurisdicción no proteja ni defina si hubo o no vulneración a su libertad de elegir y, porque la decisión sería inoportuna, pues quedaría en firme después de que la accionante cumpliera 60 años, teniendo ya efectos meramente resarcitorios (de haberlos) y perdería la oportunidad de hacer uso de su derecho a elegir libremente.

Por todo lo anterior, en su sentir, la idoneidad y pertinencia del amparo es innegable y solicita, entonces, la revocación de la sentencia de primera instancia y la orden a la AFP accionada de devolver los saldos respectivos.

## **CONSIDERACIONES**

### **1.-Competencia**

Este Juzgado es competente para conocer de la impugnación del fallo de primera instancia en los términos de los Artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

### **2.- Problema Jurídico Por Resolver.**

Corresponde al Despacho determinar si la acción de tutela interpuesta es procedente, a la luz de los requisitos generales de la misma y, de ser el caso, determinar si se vulneraron los derechos fundamentales de la

accionante por parte de la AFP Porvenir, al no accederse a la devolución de los saldos pensionales.

### **3.- Del Principio de Subsidiariedad**

Desde el principio el constituyente concibió la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario a efectos de proteger de manera inmediata y eficaz los derechos fundamentales de las personas cuando éstas no contarán con otro medio eficaz de defensa o existiendo fuera interpuesto para evitar un perjuicio irremediable, tal precepto fue desarrollado en la T - 051 de 2018<sup>1</sup>, en los siguientes términos:

“...La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es *idónea* cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es *efectiva* cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados<sup>2</sup>.

(...) Respecto de la idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no puede afirmarse que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr ciertas pretensiones sin consideración a las circunstancias del caso concreto<sup>3</sup>.

(...) Entre las circunstancias que el juez debe analizar para establecer la idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial se encuentra la situación de la persona que acude a la tutela. En efecto, según la jurisprudencia, la condición de sujeto de especial protección constitucional y la de debilidad manifiesta del accionante es relevante para analizar si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y efectivos, lo cual, no indica que el requisito de subsidiariedad se desplace, sino que por el contrario su valoración se flexibiliza, así “*se hace más flexible para [dicho] sujeto pero más riguroso para el juez*”<sup>4</sup>...”

### **4.- Del derecho a la libertad de elección y la subsidiariedad de la tutela.**

---

<sup>1</sup> Magistrado ponente, doctor Alejandro Linares Cantillo

<sup>2</sup> Ver, sentencia T-211 de 2009.

<sup>3</sup> Ver, sentencia T-222 de 2014.

<sup>4</sup> Ver, sentencia T-662 de 2013.

En sentencia T-122 de 2019, en la que se abordó un problema jurídico semejante al aquí expuesto, la Corte Constitucional indicó, en cuanto a la subsidiariedad de la tutela, en lo que atañe al derecho a la libertad de elección lo siguiente:

*“La libertad de elección, como una de las manifestaciones del derecho fundamental a la libertad, encuentra sustento en el preámbulo, los artículos 2 y 16 de la Constitución. La jurisprudencia constitucional explica que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica la libertad in nuce, es decir que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a lo previsto en la cláusula general de libertad que se encuentra en el citado artículo 16. Con relación a este aspecto, por una parte, en la sentencia SU-642 de 1998 señaló: “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”. Por otra parte, en la sentencia C-221 de 1994 expresó: “Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad ‘in nuce’, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino”.*

41. *En el presente asunto, según se deriva de la acción, se trata de la libertad de la accionante de elegir entre la devolución de saldos y la de continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, que garantiza el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. A pesar de la voluntad de la accionante de optar por la primera alternativa, PORVENIR S.A. consideró no solo que no era opcional la elección, sino que era más conveniente para la accionante esperar hasta la fecha de redención normal del bono pensional; es decir, hasta que cumpliera 60 años, fecha en la cual podría acceder a una pensión de vejez.*

(...)

Y continuó:

“43. *El medio de defensa judicial diseñado por el legislador para resolver la pretensión de devolución de saldos es el proceso ordinario laboral, que regula el Capítulo XIV del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS)*<sup>[53]</sup>. Este medio, sin embargo, no ofrece una garantía integral a la libertad de elegir de la accionante entre la devolución de saldos y la de continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

44. *La accionante podría acudir al proceso ordinario laboral para reclamar su derecho a la devolución de saldos y, en dicha instancia, además, se podría definir si hubo vulneración o no a su libertad de elegir. Sin embargo, es altamente probable que para la*

*fecha en que se profiera un fallo definitivo en la jurisdicción ordinaria laboral, la discusión sobre la presunta vulneración de la libertad de elección haya perdido su razón de ser. Por una parte, en caso de que la decisión judicial quedara en firme luego de que la accionante cumpliera 60 años, la decisión únicamente tendría efectos resarcitorios (de haberlos), en cuanto a la pérdida de oportunidad de haber ejercido su derecho a elegir la devolución de saldos, pues no sería ya posible hacer uso de aquel. Por otra parte, de producirse antes, cualquier demora en la decisión del juez ordinario laboral supone una desventaja en la posibilidad de ejercer aquella libertad de manera eficaz, en el sentido de poder disponer del capital que representa la devolución de saldos, pues dicha libertad se encuentra garantizada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, no es posible inferir que el proceso ordinario laboral sea un medio eficaz para el amparo de este derecho fundamental, en las circunstancias del caso.*

45. *Sin perjuicio de lo anterior, importa recordar que el tiempo prologado que pueda demorar la finalización de un proceso ordinario laboral no implica per se la ineficacia del mecanismo. Esta, en los términos del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, debe apreciarse “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.*

46. *En consecuencia, ante la inexistencia de un medio de defensa judicial eficaz para la protección del derecho fundamental a la libertad de escogencia o de elegir, en las circunstancias del caso en concreto y de la tutelante, es procedente valorar su afectación o amenaza.”*

Empero, en cuanto a derechos como la seguridad social, el mínimo vital y la vida digna, al memorar las reglas generales de la subsidiariedad, indicó que el proceso ordinario laboral sí ofrece un mecanismo idóneo y eficaz y, a menos que se evidencie un perjuicio irremediable, la acción de tutela resulta improcedente:

*“En relación con los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, el proceso ordinario laboral sí es un mecanismo idóneo y eficaz, si se considera que la pretensión de la devolución de saldos es correlativa a la necesidad de la accionante de garantizarse un medio de subsistencia. Desde esta perspectiva, la acción laboral sí otorga una protección eficaz y completa, pues el juez ordinario cuenta con la potestad para definir, previo cumplimiento del debido proceso, si la accionante era beneficiaria o no de la devolución de saldos.”<sup>5</sup>*

## **5.- Caso concreto**

En el presente caso, como se vio, se ha memorado en los antecedentes jurisprudenciales, un caso abordado por el Alto Tribunal Constitucional con

---

<sup>5</sup> Sentencia T-122 de 2019.

fundamentos fácticos y jurídicos similares a los del presente caso, puesto que en ambos la accionante, quien ha cumplido la edad de jubilación, pretende la devolución de los saldos de su cuenta de ahorro individual, como afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones bajo el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS. Providencia que también fue invocada por la accionante, incluso en su escrito de impugnación, en el que esbozó sus argumentos casi ciñéndose a la argumentación expuesta por la Corte.

El Despacho ante la existencia de la mencionada decisión, juzga necesario traerlo a colación y ponderarlo, a la luz de las subreglas indicadas por el tribunal de cierre de lo constitucional.

Bajo este paradigma y una vez se desciende al caso en concreto, en punto de la subsidiariedad, que es del que se asió la primera instancia para negar la tutela y que reprocha la actora en su impugnación, ha de bifurcarse el examen respecto de cada uno de los derechos invocados en la solicitud de amparo: por un lado, lo que atañe al principio de procedibilidad en cuanto a los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna; y, por el otro, al derecho a la libertad de elección en el sistema de seguridad social.

Así pues, en el primero de los casos, es patente para este Estrado Judicial que la acción de tutela deviene en improcedente, al inobservar los elementos que son propios de la subsidiariedad de la acción propiamente, en tanto que, como lo refirió la misma Corte Constitucional en el antecedente jurisprudencial comentado, debe evaluarse las circunstancias en las que se encuentra la solicitante y la existencia de un perjuicio irremediable. Es claro que la accionante no alega estar en una situación de riesgo extremo o de vulnerabilidad que afecte su mínimo vital, como tampoco alegó ni demostró ser persona de especial protección constitucional, por motivo de una especial vulnerabilidad social y económica o de salud o por su edad y ni siquiera señala estar desempleada.

Tampoco encuentra el Juzgado que se encuentre ante un perjuicio irremediable que haga procedente, por lo menos de manera transitoria, el

amparo, por lo que no hay duda de que bien puede acudir ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral a fin de procurar el amparo de los derechos que estime vulnerados.

Sin embargo, en lo que atañe al derecho a la libertad de elección, por su propia naturaleza, siguiendo el derrotero trazado, en principio, sería posible que la instancia del juez ordinario laboral resultara inoportuna, porque para cuando se obtenga una resolución en firme por parte del juez natural, ya la accionante habrá perdido la posibilidad de ejercer su derecho y una desventaja en cuanto a la opción de disponer de su capital de manera eficaz.

Empero, aunque la tutela, a priori, resultara procedente para proteger este derecho en particular, resulta necesario establecer aquí una diferencia patente y trascendental que impide aplicar las subreglas de la decisión citada al caso en concreto y es el hecho de que la AFP accionada no ha accedido a la solicitud de devolución de saldos, no porque arbitrariamente considere que en un futuro cercano la accionante podría completar lo necesario para su pensión como sucedía en el caso de la providencia aludida por la parte actora, en clara contravía de su libertad de escogencia; sino porque, a la fecha, según lo que sostuvo en su defensa<sup>6</sup>, la afiliada está en la posibilidad de acceder a una pensión de vejez, en los términos el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y no cumple, por contera, con los presupuestos señalados en el artículo 66 subsiguiente.

Además de lo anterior, concluye el Juzgado, a partir de la respuesta en oficio aportado por la accionante, como adjunto a su demanda<sup>7</sup>, que no solo existe un debate en cuanto a la procedencia o no de la devolución de saldos, sino también, en cuanto a la actualización y reconstrucción de la historia laboral de la actora y los reportes necesarios de Colpensiones y otras entidades públicas. Es decir, tópicos que necesariamente aluden a situaciones que exorbitan el derecho a la libertad de escogencia y que caen en el terreno de la seguridad social y el derecho a la pensión de la accionante que, como se señaló atrás, son de conocimiento exclusivo del juez ordinario en su especialidad laboral y, por ende, trasgreden el

---

<sup>6</sup> En informe que se entiende bajo la gravedad de juramento, según el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

<sup>7</sup> Fechado el 27 de agosto de 2020.

carácter subsidiario de la tutela, al no haberse probado perjuicio irremediable de ningún tipo.

En estas condiciones, juzga el Despacho que, aun cuando las consideraciones de esta instancia difieren de las esbozadas en el fallo apelado, la decisión resultaría ser la misma, por lo que se confirmará aquel.

Por último, valga señalar que no hay lugar a prodigar amparo en cuanto al derecho de petición, por cuanto el escrito aportado por la accionante en correo del 22 de abril hogaño no da cuenta de su radicación ante la accionada, tal como lo mencionó la primera instancia.

### **DECISIÓN**

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley y mandato constitucional, **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** fallo de fecha 4 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil Municipal de esta ciudad, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, por el medio más expedito. (Art. 30 Decreto 2591 de 1.991).

**TERCERO: COMUNÍQUESE** lo decidido en esta instancia al juzgado de primer grado.

**CUARTO: REMÍTASE** el expediente a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo proferido, siguiendo los protocolos de rigor.

**CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE,**

**NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA**  
**JUEZA**

Firmado Por:

**NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 005 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bbc5264ddc1b300ae247f0cd8c118afe8d3c0db174dcf2184c06cfad3bf5a5ee**

Documento generado en 10/06/2021 03:39:25 PM