

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP1986-2018

Radicación n°. 96497

Acta 47

Bogotá D. C., trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación instaurada por la apoderada judicial de LUZMILA BUILES PULGARÍN, contra el fallo proferido el 30 de noviembre de 2017 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda de tutela formulada contra el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA, la ALCALDÍA DE YOLOMBÓ, la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y el HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBÓ, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES

Así los expuso el Tribunal a quo:

Aduce la accionante que la señora LUZMILA BUILES PULGARÍN cuenta con 60 años de edad, que del 20 de septiembre de 1978 hasta el 15 de junio de 1981 estuvo al servicio de E.S.E. Hospital San Rafael de Yolombó y del 18 de noviembre de 1988 hasta el 11 de abril de 1989

al de Caribe Motor de Medellín.

Que en ejercicio del derecho de libre selección de régimen pensional, la mandante se trasladó el 6 de diciembre de 1996 del régimen de prima media con prestación definida RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, por lo que tendría derecho al reconocimiento de un bono pensional.

Señala que estando afiliada al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, desde el pasado 2 de febrero de 2015 la señora BUILES PULGARÍN radicó solicitud de prestaciones económicas de vejez por devolución de saldos, presentando redención anticipada del bono, es decir, el momento a partir del cual surge para los cuotapartistas del bono la obligación legal de pagar el valor correspondiente a su cargo dentro de los 30 días siguientes, generando a partir de allí intereses de mora.

La AFP Protección en calidad de sociedad administradora realizó las gestiones para la emisión, expedición y pago del bono pensional, para lo cual se hizo indispensable que el emisor del bono, como lo es la empresa social del Estado Hospital San Rafael procediera con el reconocimiento y pago de la cuota parte pensional, en aras de definir y financiar la prestación económica de la poderdante. Frente a lo anterior, el cobro lo inició Protección al hospital mediante derecho de petición del 15 de abril de 2016 bajo el radicado CO02VO0143-461310, sin obtener respuesta alguna, ni el pago del cupón solicitado.

Al no recibir respuesta de parte del hospital, fue presentada acción de tutela, correspondiendo su conocimiento al Tribunal Superior de Medellín en el que el H. San Rafael de Yolombó indicó que no había lugar al reconocimiento pretendido por cuanto el Gobierno Nacional y los entes territoriales eran los competentes para cancelar el pasivo pensional de las entidades hospitalarias, de conformidad a la Ley 1437 de 2011, dejando claro que existía radicación de la solicitud para la firma del convenio de concurrencia donde se encontraba reportada la señora BUILES PULGARÍN ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el

Departamento de Antioquia y la Alcaldía de Yolombó, sin que se recibiera contestación alguna de parte de la Alcaldía referida e indicando que de los escritos allegados por las otras entidades colegía que se requería de la firma del contrato de concurrencia entre la Nación y los entes territoriales departamentales, vulnerando de esta forma sus derechos fundamentales, toda vez que a la fecha ninguna entidad le respondía por el pago del bono pensional.

Por lo anterior invoca al Juez de tutela para que ampare los derechos fundamentales invocados y ordene a las entidades accionadas suscribir el convenio de concurrencia y así reconocer en favor de la señora BUILES PULGARÍN el pago del bono pensional.

EL FALLO IMPUGNADO

Advirtió el Tribunal Superior de Medellín que con la tutela se buscaba el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, lo que imponía negar el amparo por desconocimiento de la condición de subsidiariedad, pues para discusiones de esa naturaleza la accionante debía acudir a los recursos ordinarios.

Añadió, que no se demostró la materialización de un perjuicio irremediable «en tanto no existen elementos para presumir su afectación», máxime cuando le fue reconocida una devolución de saldos aportados a pensión por valor de \$22'572.834.

De otra parte, expuso que no era posible ordenar al Ministerio de Hacienda la suscripción de un convenio de concurrencia para el pago del bono pensional porque el Hospital no inscribió a BUILES PULGARÍN como beneficiaria del extinto Fondo Pasivo Prestacional del sector salud y el juez de tutela no puede intervenir en esa situación.

Por esas razones, negó el amparo invocado.

LA IMPUGNACIÓN

Fue propuesta por la apoderada judicial de LUZMILA BUILES PULGARÍN, quien indica que la tutela sí es un mecanismo idóneo para la definición de un conflicto suscitado en materia de bonos pensionales, máxime cuando se trata de una persona de la tercera edad con condiciones de debilidad manifiesta y ese es el único mecanismo por vía del cual se garantiza la protección del mínimo vital.

Hace amplias consideraciones sobre la normativa en materia de devolución de aportes al sistema de seguridad social e indica que sí se acredita en el caso el perjuicio irremediable, por su edad y ante la carencia de ingresos.

Pide, por esas razones, que se revoque el fallo impugnado, se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a los demandados la firma del convenio de concurrencia para que se le reconozca el pago del bono pensional.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 20151, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

2. Marco normativo y jurisprudencial en materia de bonos pensionales.

Según lo establecido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales «constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones».

Tales aportes, se clasifican, de acuerdo con su emisor, en tipos A2, B3 y C4- artículo 118 de la Ley 100 de 1993-, y dependiendo del régimen al cual se traslada el afiliado, se catalogan como tipo A - cuando se traslada del régimen de prestación definida al régimen

de ahorro individual-5 y tipo B - cuando el traslado se presenta del régimen de ahorro individual al régimen con prestación definida -6.

Por su parte, según el artículo 20 del Decreto 656 de 19947: «corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad».

A su vez, respecto al trámite que se debe adelantar para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales, la Corte Constitucional en sentencia T-056/17 señaló:

... el procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A presupone el agotamiento de las siguientes etapas: (i) conformación de la historia laboral del afiliado; (ii) solicitud y realización de la liquidación provisional; (iii) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; (iv) emisión; (v) expedición; (vi) redención y (vii) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una ellas:

(i) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP.

(ii) Conformada la historia laboral, la Administradora de Fondos de Pensiones, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

(iii) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte,

que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9ª del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.

(iv) Realizada la liquidación provisional, la AFP debe dar a conocer la liquidación provisional al afiliado para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

3. Análisis del caso concreto.

En el presente asunto, LUZMILA BUILES PULGARÍN acudió a la vía de tutela con el fin de que se ordene al Ministerio de Hacienda, al Departamento de Antioquia y al Municipio de Yolombó, la firma de un convenio de concurrencia mediante el cual se ordene la emisión de un bono pensional en su favor, derivado del vínculo laboral que tuvo con el Hospital San Rafael ubicado en la última localidad mencionada.

El citado Hospital admitió la existencia del vínculo laboral, pero también se evidencia, de las pruebas aportadas, que BUILES PULGARÍN no fue registrada, en el momento correspondiente, como beneficiaria del Fondo Pasivo Prestacional del sector salud, cuenta que además ya feneció.

Por esa razón es que aún no se ha logrado la emisión del bono pensional, labor que ahora está en cabeza del Ministerio de Hacienda.

Pues bien, la demandante debe ser reconocida como beneficiaria del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud para que así el Ministerio de Hacienda pueda llevar a

cabo las labores a su cargo en punto del reconocimiento del bono pensional, lo que implica aplicar al caso las previsiones del artículo 9º del Decreto 306 de 20048, que dispone:

Reconocimiento de nuevos beneficiarios. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público sólo podrá reconocer como nuevos beneficiarios a quienes reúnan los requisitos legalmente establecidos, siempre y cuando se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Que una vez asumidas las funciones por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se establezca que el entonces Ministerio de Salud a cuyo cargo se encontraba el extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, no les había efectuado el reconocimiento como beneficiarios siempre y cuando la reclamación haya sido presentada dentro del término previsto en su momento por el Decreto 530 de 1994;
- b) Que la institución a la cual pertenecen haya interpuesto recurso de reposición contra la resolución de reconocimiento de beneficiarios en los términos del Código Contencioso Administrativo y este se encuentre pendiente de resolver, siempre y cuando el Ministerio resuelva favorablemente la decisión al recurrente;
- c) Que hayan obtenido u obtengan por vía judicial la declaración de sus derechos en materia de cesantías y pensiones. (Énfasis agregado).

Es decir, como la demandante no acudió oportunamente a solicitar su reconocimiento como beneficiaria y el Hospital tampoco ejerció las labores a su cargo con ese mismo fin, la accionante debe acudir a la última de las alternativas previstas en la disposición citada. Es decir, mediante decisión del juez ordinario competente para definir el asunto, se debe establecer si tiene o no derecho a ser incluida como beneficiaria del pasivo pensional del sector salud y por consiguiente, a la entrega del bono pensional.

Cabe aclarar, que la definición de ese asunto no puede ser asumida por el juez de tutela, porque ese asunto, de carácter litigioso, escapa al procedimiento preferente y sumario de

esta residual vía.

Pero además, como acertadamente expuso el Tribunal a quo, se descarta la materialización de algún perjuicio irremediable derivado de la lesión de su derecho al mínimo vital, porque como la misma accionante acreditó con las pruebas aportadas con el libelo de tutela, el 26 de septiembre de 2017, Protección S.A. dispuso reconocerle la devolución de saldos aportados a pensión, por valor de \$22'572.834, suma que podrá garantizar su congrua subsistencia mientras por la vía ordinaria se define si tiene derecho o no a la reclamada prestación pensional.

Por tal razón, la decisión que se impone es la de confirmar integralmente el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Si bien esa disposición fue modificada por el Decreto 1983 de 2017, en lo que se refiere a las reglas de reparto de la acción de tutela, se precisó en el artículo 3º de la normatividad en cita que solo será aplicable «a las solicitudes de tutela que se presenten con posterioridad al 30 de noviembre de 2017. Las solicitudes de tutela presentadas con anterioridad a esta fecha serán resueltas por el juez a quien hubieren sido repartidas, así como la impugnación de sus fallos».

2 Expedidos por la nación.

3 Bonos pensionales expedidos por las Cajas, Fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional a que se refiere el Capítulo III del presente Título, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la Caja, Fondo o Entidad emisora.

4 Bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora.

5 Ley 1299 de 1994.

6 Ley 1314 de 1994.

7 Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades

que administren fondos de pensiones

8 Norma que según su artículo 1º tiene como objeto «reglamentar el procedimiento general para el reconocimiento y pago del Pasivo Prestacional del Sector Salud causado a diciembre 31 de 1993 por concepto de cesantías netas y reservas requeridas para el pago de pensiones legalmente reconocidas de las instituciones de salud públicas o privadas, en cuya financiación deban contribuir en virtud de la Ley 715 de 2001, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los entes territoriales cuando a ello hubiere lugar».