

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, noviembre diecinueve (19) de dos mil catorce (2014)

Acta No. 551 del 19 de noviembre de 2014

Expediente No. 66001-22-13-000-2014-00319-00

Decide esta Sala en primera instancia la acción de tutela instaurada por el señor Libardo Tabares Villa contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A N T E C E D E N T E S

1.- Relató el actor, para lo que al caso interesa, los hechos que admiten el siguiente resumen:

.- Mediante resolución 1092 de 2004 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció su pensión de jubilación al haber cotizado durante 30 años y 8 meses como docente del sector oficial; en forma paralela laboró y cotizó como docente en el sector privado, inicialmente en el régimen de prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales y luego se trasladó al de ahorro individual de BBVA Horizonte, hoy Porvenir.

.- Al momento de cumplir con la edad exigida por la ley 100 de 1993 para obtener la pensión de vejez, elevó solicitud de devolución de saldos; el fondo de pensiones reconoció esa prestación pero no tuvo en cuenta lo cotizado entre los años 1987 y 1998 en el ISS, a pesar de que el Decreto 1299 de 1994 establece que el bono pensional se redime cuando hay lugar a la devolución de saldos y por eso Porvenir debía realizar las diligencias necesarias para completar el capital de la cuenta; no obstante, el Fondo Privado de Pensiones no pagó el bono pensional con el pretexto de que esta prestación no era compatible con la pensión otorgada por el Magisterio, según lo aducido en el mes de diciembre de 2012 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; concepto que considera contrario a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral y del Consejo de Estado, que desde el año 1982 ha reiterado que el fondo económico del ISS no es de su propiedad sino de los cotizantes ya que de él es su mero administrador; la primera de esas Corporaciones en providencia del 17 de julio de 2013

determinó la compatibilidad entre la pensión oficial con los aportes realizados al Instituto de los Seguros Sociales.

.- Según la constancia de depósito No. 17826 de DECEVAL S.A. del 26 de febrero de 2001 a su nombre existe un bono pensional "anotadas en subcuentas de depósito ciertas", cuya fecha de vencimiento fue el 28 de septiembre de 2011.

.- Entre los requisitos para el reconocimiento del bono pensional fijados por el decreto 1299 de 1994 se encuentra, que se hubiere aportado al ISS y que esas cotizaciones no fueren inferiores 150 semanas; adujo que cotizó 500,19.

.- El 4 de abril del año en curso presentó derecho de petición a Porvenir a fin de que se adelantaran las diligencias necesarias ante la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para obtener la redención del bono pensional por las semanas cotizadas al ISS y en consecuencia, la devolución de saldos actualizados de acuerdo con el artículo 10 del decreto 1299 de 1994.

.- Mediante respuesta entregada en su residencia el 29 de octubre siguiente, Porvenir le manifestó que no tenía derecho al bono pensional y le adjuntó copia del concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público del año 2012, lo cual demuestra la desidia de aquella entidad y la falta de respuesta de fondo a la solicitud, pues ni siquiera se tomó el trabajo de elevar consulta, ni de adelantar las diligencias tendientes a completar el capital dejado de percibir en la devolución de saldos, por medio del pago del bono pensional ante ese Ministerio.

2.- Considera lesionados sus derechos de petición, la seguridad social y al debido proceso y para su protección, solicita se ordene a las entidades accionadas efectuar las diligencias respectivas a fin de reconocer su bono pensional y obtener la devolución de saldos de manera actualizada, con los intereses de mora correspondientes a la fecha en que respondan de fondo su solicitud.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Mediante proveído del pasado 5 de noviembre se admitió la acción y se ordenaron las notificaciones de rigor.

2.- La Directora de la Oficina de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al ejercer su derecho de defensa, expresó que la petición del accionante fue efectivamente resuelta el 22 de octubre y el 11 de noviembre de este año, tal como se acredita con los documentos aportados con la demanda; contradujo lo atinente a la falta de gestión por parte de la entidad que representa, pues en este caso se consultó en la página de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y allí se advierte que el actor no tiene derecho a la emisión del bono pensional, pues en virtud del artículo

17 de la ley 549 de 1999 los jubilados de un régimen exceptuado, como en este caso del magisterio, no pueden resultar favorecidos por aquel ya que los tiempos laborados se usan para otorgar una sola pensión.

Aduce que el hecho en el que encuentra el accionante lesionados sus derechos se halla en la actualidad superado y que la debida respuesta al derecho de petición no implica que deba accederse a lo pedido.

A su juicio, no ha vulnerado los derechos del accionante y además estima que la tutela es improcedente toda vez que existen otros instrumentos judiciales para solicitar la prestación económica, ya que además no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que la haga viable de manera excepcional.

3.- El Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, refirió, en breve síntesis, que por medio de escrito del 19 de diciembre de 2012 atendió de manera oportuna y adecuada la reclamación del actor; allí le indicó que no tenía derecho a obtener la emisión de su bono pensional como afiliado a un régimen exceptuado de la ley 100 de 1993, en este evento el del Magisterio; la afiliación a Porvenir por parte del accionante, desde el 1 de febrero de 1999, no solo es errada sino inválida por mandato del artículo 279 ibídem; si su deseo era cotizar y obtener su pensión por el régimen general de seguridad social, debió renunciar al exceptuado, en cuyo caso el fondo privado de pensiones debía expedir un bono pensional tipo A.

Agregó que acceder a la solicitud del actor se produciría una doble asignación del tesoro público, pues recibiría la pensión de jubilación del magisterio y el bono pensional financiado con recursos públicos, hecho que tildó de inconstitucional; por tanto, considera que el presente asunto merece un estudio minucioso, el que solo se puede dar en curso de un proceso ordinario laboral, lo que hace improcedente el amparo ante la concurrencia de otros medios para obtener la protección solicitada, sin que se advierta la existencia de un perjuicio irremediable toda vez que el accionante se encuentra disfrutando de una pensión de jubilación. Citó normas y jurisprudencia que encontró aplicables al caso.

Finalmente expresó que teniendo en cuenta la situación en que se halla el accionante, se debe analizar la posibilidad de que retorne al ISS, hoy Colpensiones, a efecto de que esta entidad determine la prestación a la cual tendría derecho tomando como referencia los tiempos cotizados por medio de empleadores del sector privado; porque de acuerdo con la jurisprudencia, las prestaciones financiadas con recursos eminentemente privados resultan compatibles con la pensión de jubilación del magisterio; y solicitó integrar el contradictorio con la Administradora Colombiana de Pensiones y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,

entidades que eventualmente podrían verse afectadas con la decisión que se adopte en esta acción constitucional.

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela permite a toda persona reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o aun de los particulares, en los casos que reglamenta el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.- De acuerdo con los hechos planteados en la demanda, encuentra el actor lesionados sus derechos de petición, a la seguridad social y al debido proceso, en la circunstancia de que las entidades no resolvieron de fondo su solicitud toda vez que no adelantaron los trámites necesarios para el reconocimiento de su bono pensional.

3.- El primero de esos derechos está consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional y es catalogado como el que tienen las personas para acudir ante las autoridades o las organizaciones privadas para obtener una pronta resolución de las peticiones que ante ellas eleven, que no incluye el derecho a que el pronunciamiento sea en determinado sentido.

Sobre tal derecho, ha dicho la Corte Constitucional:

“Dentro del marco citado, el derecho de petición se concreta (i) en la posibilidad que tiene cualquier persona de presentar peticiones ante las autoridades; (ii) en la obligación correlativa de las autoridades de emitir una respuesta pronta, clara, completa y de fondo a las solicitudes que le sean presentadas; y (iii) en la consecuente obligación de las autoridades de comunicar de manera oportuna a los peticionarios su respuesta. Igualmente debe anotarse que el derecho de petición guarda un vínculo de conexidad con otros derechos de igual relevancia como el derecho a la información y a la libertad de expresión.

“4.2. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el núcleo esencial del derecho fundamental de petición comprende los siguientes cuatro elementos:

“(i) la posibilidad cierta y efectiva de presentar, de manera respetuosa, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o tramitarlas;

“(ii) la facultad de obtener una resolución pronta y oportuna de la cuestión en los términos consagrados en la ley;

“(iii) el derecho a que sea resuelta de fondo, de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado y

“(iv) la pronta comunicación al peticionario acerca de la decisión o información requerida.

“...

“4.3 Resulta igualmente importante señalar que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que para que el derecho de petición sea efectivamente respondido, la respuesta al mismo ha de ser (i) suficiente, cuando quiera que resuelva materialmente la petición y satisfaga los requerimientos del solicitante, sin que por ello excluya la posibilidad de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario; (ii) efectiva, si soluciona el caso que se plantea y (iii) congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, lo que supone que la solución o respuesta verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta. De esta manera, solo se entenderá que el derecho de petición se encuentra garantizado cuando la respuesta al requerimiento hecho por el particular cumple con los anteriores aspectos.”¹.

Está probado en el proceso que mediante escrito del 14 de marzo de este año, recibido en la oficina de Porvenir, Pereira, el 4 de abril siguiente, el demandante solicitó se realizaran las diligencias ante la OFP del Ministerio de hacienda y Crédito Público para obtener la redención del bono pensional de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales y le fueran devueltos “los montos actualizados con base en el interés del bono pensional del artículo 10 del decreto 1299 de 1994”².

El 22 de octubre pasado, el jefe de atención integral al cliente de Porvenir remitió al accionante escrito por medio del cual le informó que su solicitud no era procedente teniendo en cuenta que mediante comunicación del 17 de diciembre de 2012, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le manifestó que no tenía derecho al bono pensional³.

Dicha determinación, según le explicó ese Ministerio, en escrito del 17 de diciembre de 2012, que está en poder del accionante⁴, se produjo porque de conformidad con información registrada, es beneficiario de una pensión de jubilación otorgada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, prestación que “conforme a la normatividad vigente resulta incompatible con el bono pensional del RAIS”; además lo ilustró sobre los cinco casos en los que los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio pueden recibir paralelamente remuneraciones del sector privado, para luego concluir que solo se puede seleccionar un solo régimen

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-556 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² Folios 25 a 28.

³ Folio 29.

⁴ Folios 18 a 24.

pensional y que por tanto, las cotizaciones a pensión que se encuentran depositadas en el ISS, hoy Colpensiones, deben ser trasladadas al fondo de prestaciones del magisterio, al ser esta la entidad que reconoció su pensión de jubilación.

De tales pruebas surge evidente que las entidades demandadas han dado respuesta a las peticiones que ha elevado el demandante, como quiera que le manifestaron las razones por las que no podían acceder a su petición de reconocimiento de bono pensional y si bien la respuesta de Porvenir no se efectuó dentro del término legalmente establecido, pues su pronunciamiento se realizó casi seis meses después, no existe actual vulneración del derecho de petición que justifique impartir una orden para su protección, razón por la cual se negará el amparo invocado.

Es de reiterarse que la presentación de una solicitud no conlleva una respuesta favorable, por el contrario la obligación de la entidad se limita a resolver de fondo el asunto, con independencia de que la determinación beneficie o no al interesado. En torno a lo anterior, el Tribunal Constitucional ha edificado el siguiente criterio:

“Sin embargo, se debe aclarar que , el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa. Esto quiere decir que la resolución a la petición, “(...) producida y comunicada dentro de los términos que la ley señala, representa la satisfacción del derecho de petición, de tal manera que si la autoridad ha dejado transcurrir los términos contemplados en la ley sin dar respuesta al peticionario, es forzoso concluir que vulneró el derecho pues la respuesta tardía, al igual que la falta de respuesta, quebranta, en perjuicio del administrado, el mandato constitucional”.”⁵

4.- También alega el actor que la decisión de no emitir su bono pensional lesiona sus derechos a la seguridad social y el debido proceso.

Es sabido que la acción de tutela constituye un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, en virtud a que solo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial, o cuando aún existiendo, la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación, para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual sus efectos son temporales y quedan supeditados a lo que resuelva de fondo la autoridad competente. Por esa razón, el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala como causal de improcedencia de la tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial.

⁵ Sentencia T-146 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha reiterado, teniendo presente la subsidiaridad que caracteriza la acción de tutela, que los conflictos jurídicos que surgen del reconocimiento de prestaciones sociales escapan a la competencia del juez constitucional, ya que implican la verificación de los requisitos relativos a cada caso e interpretación normativa, por lo que deberán ser resueltos por la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, según corresponda.

Con todo, esa misma jurisprudencia enseña que el amparo resulta procedente para obtener su reconocimiento cuando se advierta la inminencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual resulta posible brindar una protección transitoria, hasta cuando la autoridad competente para ello defina la controversia.

Así por ejemplo, ha expresado:

“De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta corporación⁶, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la indemnización sustitutiva.

“La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución⁷, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria...

“Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta corporación⁸, con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

“En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Con el fin de determinar esta situación, la Corte, en oportunidades anteriores, ha valorado varios factores.

“Uno de los criterios determinantes ha sido aquel de la avanzada edad del peticionario(a), sobretodo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (74 años), pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el

⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-174-08, T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-607-07, T-691A-07, T-652-07, T-307-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-935-06, T-229-06, entre otras.

⁷ 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.

⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor(a)⁹.

“En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

“La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)¹⁰.

“Es necesario aclarar que la existencia del perjuicio irremediable se verifica mediante el análisis de los hechos del caso concreto, pues éste puede provenir de situaciones diferentes a las contempladas en los criterios antes reseñados, de donde se sigue que éstos son una guía y no una camisa de fuerza para la autoridad judicial.

“Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha indicado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones¹¹.

“En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio^{12...}”¹³.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

¹¹ En Sentencia SU-995 de 1999 la Corte señaló que “(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991”. En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y T-1088 de 2000, entre otras.

¹² Corte Constitucional. Sentencias T-286-08, T-284-07, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-164 de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

En el asunto bajo estudio, como se ha indicado, encuentra el actor lesionados sus derechos fundamentales en la circunstancia de haber obtenido respuesta negativa a la solicitud que elevó al fondo de Pensiones Provenir con el fin de que adelantara las diligencias del caso ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para obtener la redención del bono pensional respecto de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, actualmente Colpensiones y para que le sean devueltos los montos respectivos, negativa que se produjo porque no se realizó gestión alguna ante la Oficina de Bonos pensionales del referido Ministerio, que ha reiterado la incompatibilidad de la pensión otorgada por el Magisterio con las cotizaciones realizadas al ISS, desconociendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Las dos entidades accionadas le han informado al actor que el bono pensional solicitado no procede por las razones que han consignado en las comunicaciones que al efecto le han enviado y a las que antes se hizo alusión.

Y de esa manera puede deducirse que ha surgido un conflicto entre las partes que debe ser resuelto por la jurisdicción laboral al tenor del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda vez que no se dan las condiciones para que el asunto pueda definirse por este medio excepcional de protección, pues el accionante nació el 27 de septiembre de 1948¹⁴, o sea que cuenta con sesenta y seis años de edad y por ende no supera el del índice de promedio de vida en nuestro país; además, como lo afirmó en el escrito por medio del cual solicitó el amparo, en la actualidad percibe la pensión de jubilación como docente oficial y lo que pretende por este medio excepcional de protección es la emisión del bono pensional para que se le pueda reconocer la devolución de saldos que estima se le adeudan por el tiempo cotizado como docente del sector privado, sin que haya demostrado que la respuesta negativa que al efecto ha obtenido, comprometa sus calidades mínimas de vida y tampoco ha desplegado actividad administrativa o judicial alguna tendiente a obtener se amparen los derechos que estima lesionados, de todo lo cual surge que los mecanismos previstos en el Código Procesal del Trabajo resultan idóneos para su protección.

Así las cosas, como no se configuran los presupuestos desarrollados por la Corte para la procedencia de la tutela cuando la pretensión se encamina a obtener el reconocimiento de una prestación social, se concluye se está frente a una controversia de carácter legal, sin implicaciones de naturaleza constitucional que justifiquen el amparo solicitado, ni siquiera de manera transitoria.

5.- Como anotación final, es pertinente indicar en relación con la solicitud del Ministerio accionado para que se integrara el contradictorio con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

¹⁴ Así lo demuestra la copia del registro civil de nacimiento que obra a folio 1

y Colpensiones, que no se vio la necesidad de hacerlo porque los derechos que el actor considera lesionados, solo involucran a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, sin que sea posible deducir que aquellas otras entidades, por acción u omisión, vulneraron tales garantías constitucionales.

6.- En síntesis, se negará la tutela solicitada porque las peticiones elevadas por el actor a las entidades demandadas han sido efectivamente respondidas y porque en este caso la tutela es improcedente para solicitar la protección de los derechos a la seguridad social y el debido proceso, al contar el accionante con otros mecanismos de defensa judicial.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- NEGAR la acción de tutela instaurada por Libardo Tabares Villa contra Porvenir Fondo de Pensiones y Cesantías y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SEGUNDO.- Notifíquese lo aquí decidido a las partes al tenor del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispone el artículo 32 del referido decreto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO