El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / EMISIÓN DE BONO PENSIONAL / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / INDETERMINACIÓN DE ENTIDAD RESPONSABLE DE EMITIRLO / NO SE PROBÓ LA EXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, quien se sienta amenazado o vulnerado en sus derechos fundamentales, por acción u omisión de la autoridad pública o por un particular, puede invocar el amparo consagrado en el ordenamiento constitucional, para su protección, a través de la acción de tutela, reglamentada por los Decretos 2591 de noviembre de 1991 y 306 de febrero de 1992. Por ello, se ha sostenido que la tutela es subsidiaria, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado…

… con respecto a la procedencia excepcional de la tutela, la Corte Constitucional ha señalado que existen al menos dos excepciones a la regla general para la procedencia de la acción de tutela: (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable…

No obstante la existencia de un procedimiento legal para discusión de la liquidación o la emisión de un bono pensional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que siempre que ese trámite constituya un elemento fundamental para que se consolide el derecho a la pensión de vejez o jubilación, y, en consecuencia, un medio para preservar el mínimo vital, la tutela resulta procedente, siempre y cuando se de alguno de los siguientes eventos:

“(i) La omisión o retardo en la expedición del bono pensional vulnera derechos fundamentales tales como el derecho a la seguridad social y al mínimo vital, cuando se trata de personas de la tercera edad cuyo sustento depende del reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de jubilación. (ii) Los trámites administrativos que dilaten de manera injustificada la decisión de fondo sobre el derecho a la pensión de jubilación, constituyen una vía de hecho que puede dar lugar a sanciones disciplinarias de los funcionarios involucrados. Por último (iii) la tutela no debe ser el mecanismo para obtener la expedición o pago del bono pensional cuando se la utiliza para pretermitir el trámite administrativo correspondiente o cuando se solicita la tutela del derecho de petición, sin que el accionante hubiera presentado una solicitud expresa a la entidad encargada de emitir el bono”. (…)

… esta Sala no cuenta con los elementos materiales suficientes para señalar cuál es la entidad a quien debe darse la orden de emisión del bono pensional cuando al respecto existe incertidumbre. En ese sentido, se reitera, que una de las características de la demanda de amparo es su naturaleza residual y subsidiaria, acorde con lo cual, sólo podría acudirse a ella en el evento en que se encuentren vulnerados los derechos fundamentales de forma tal, que de no ser por la intervención del Juez constitucional, se pueda llegar a sufrir un perjuicio irremediable, situación que no quedó acreditada en este trámite.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Aprobado por Acta No.634

Hora: 3:10 p.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Alcalá, Valle,frente al fallo de tutela emitido el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por la señora María Dolly Toro Orrego en contra de la AFP Porvenir S.A., el Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Alcalá, Valle del Cauca, el Departamento del Valle del Cauca y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

**2. RESUMEN DE LOS HECHOS**

Informó la señora María Dolly Toro Orrego que laboró para la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul en el municipio de Alcalá, Valle del Cauca, desde el 18 de octubre de 1982 hasta el 23 de noviembre del 1985, entidad que expidió una certificación el 5 de enero de 2017 sobre dicha relación laboral, de lo cual es responsable el Fondo de Pasivo Prestacional del sector salud del Departamento del Valle del Cauca.

El 28 de agosto de 2017, la accionante solicitó ante la AFP Porvenir S.A. la emisión y expedición del bono pensional correspondiente al tiempo laborado en el régimen de prima media con prestación definida, toda vez que en esa anualidad alcanzó los 57 años de edad.

Mediante el oficio SADE 298435 del 5 de septiembre (sin especificar el año), la Gobernación del Valle del Cauca le responde a Porvenir S.A. que la E.S.E. Hospital San Vicente Paul de Alcalá, Valle, debe hacerse cargo de la cuota parte correspondiente a su tiempo de servicio, según lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 242 de la Ley 100 de 1993.

Porvenir S.A. solicitó, mediante dos comunicaciones, a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul que modificara el certificado de información laboral expedidlo el 5 de enero de 2017 en lo concerniente al campo 32, ya que según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento del Valle del Cauca dicho período debe ser asumido por la entidad empleadora ante la falta de celebración de concurrencia de contratos para los empleados retirados antes del 31 de diciembre de 1994.

Mediante escrito del 23 de enero de 2018, la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá refutó la información dada por Porvenir S.A. en el entendido de que celebró contrato de concurrencia con el Departamento del Valle del Cauca y el Ministerio de Salud para que la Nación asumiera los pasivos prestacionales de la entidad, conforme a lo señalado en el artículo 78 de la Ley 1438 de 2011.

La accionante sufrió en grave accidente de tránsito el 25 de marzo de 2018, siendo trasladada a urgencias al Hospital Santa Mónica de Dosquebradas y luego al Hospital San Jorge de Pereira, por presentar múltiples fracturas, traumatismos en el abdomen, región lumbosacra en pelvis y en la cabeza. A raíz de tal suceso, los médicos de la actora le expidieron incapacidades hasta abril de 2019, pero como desde febrero no le pagaron las incapacidades, debió reintegrarse laboralmente.

La AFP Porvenir S.A. interpuso acción de tutela en contra de la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul por considerar que esta entidad le vulneró sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso al no modificar el certificado de información labora o subsidiariamente aportar el contrato de concurrencia que probara la asunción de la obligación por parte de la Nación. El amparo fue negado en primera instancia, por lo que Porvenir S.A. impugnó el fallo, el cual fue revocado por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago, Valle, y en su lugar, ordenó a la E.S.E. HSVP respondiera la petición en los términos solicitados por Porvenir S.A. En dicho trámite, fueron vinculados el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Valle del Cauca, de donde se desprende que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público certificó que la actora figura inscrita en “calidad de beneficiaria retirada” de la E.S.E. HSVP y que el contrato de concurrencia firmado entre el Departamento del Valle del Cauca (Fondo de Pasivo Prestacional) y dicho Ministerio no cubre al personal retirado y por tanto, el Hospital debe responder por el pasivo pensional.

De acuerdo con lo anterior, la E.S.E. HSVP trasladó la petición de Porvenir S.A. al Departamento del Valle del Cauca por competencia, según escrito del 5 de febrero de 2019 conforme a lo dispuesto en el Decreto 586 de 2017 y el artículo 178 de la Ley 1438 de 2011.

La accionante solicitó nuevamente los formatos de información laboral a la E.S.E. HSVP, de la que recibió el 1º de febrero de 2019 el certificado respectivo en el que se indicó además, que el responsable del período laboral es el Fondo Pasivo Prestacional del Departamento del Valle del Cauca.

La actora volvió a solicitar a Porvenir S.A. que tramitara lo respectivo a su pensión por cuanto su estado de salud es complejo; sin embargo, esa entidad le respondió que ha actuado conforme a la competencia que tiene en virtud del artículo 20 del Decreto 656 de 1994, que en 49 ocasiones ha solicitado la liquidación provisional y que además, la actora podía anexar la certificación del bono, sin errores, lo que infiere la accionante que la E.S.E. HSVP es la responsable de asumir el tiempo de servicio laborado, lo que está fuera de su alcance. Así mismo, ese fondo le reiteró que se hace necesaria la expedición del bono para el estudio de su pensión.

La actora indicó que continúa incapacitada y con secuelas del accidente sufrido, que han transcurrido más de 20 meses desde que inició el trámite de emisión del bono pensional y con las respuestas de las entidades no ve una salida a su pensión, pese que desde abril de 2017 cumplió la edad requerida y cuenta con 1717, 14 semanas cotizadas adicionales al tiempo certificado por la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul.

En el acápite de pretensiones, la actora relacionó las siguientes: i) tutelar sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, debido proceso, ii) ordenar a la E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca, al Departamento del Valle del Cauca y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que sin demoras injustificadas realicen las actuaciones necesarias para lograr la expedición y/o emisión del bono pensional correspondiente al tiempo de servicio prestado a la Nación en el HSVP y iii) ordenar a Porvenir S.A. iniciar los trámites necesarios para el estudio de su pensión de vejez (Fls. 1-7).

2.2. Se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda (Fls. 8-58).

2.3. Mediante auto del 14 de mayo de 2019, el A quo avocó el conocimiento de la presente demanda y ordenó correr traslado de la misma a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca, Departamento del Valle del Cauca y Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fl. 60).

2.4. Mediante auto del 21 de mayo de 2019, el juez de conocimiento resolvió vincular a la Litis al Hospital Sagrado Corazón de Cartago, Valle (Fl. 104).

**3. RESPUESTAS A LA DEMANDA**

3.1. FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Informó que una vez recibida la respuesta de la Oficina de Bonos Pensionales OBP, envío la historia laboral oficial del afiliado con el fin de que sea revisada y de ser el caso, incluir los vínculos laborales que no aparecen faltan y las modificaciones a las que hubiera lugar, lo que es conocido como historia laboral recordada.

Explicó que cuando esté plenamente conformada la historia laboral de la actora, se solicitará nuevamente a la OBP a través del interactivo, una liquidación provisional del bono pensional, la que se incluye en la historia laboral que se envía al afilada con el objeto de que autorice a la administradora solicitar la emisión del bono a la entidad competente.

Indicó que al solicitar la liquidación del bono pensional en la página interactiva de la OBP de la accionante, reporta un error por traslapo en los tiempos certificados por la ESE San Vicente de Paul y Hospital Sagrado Corazón de Jesús que impide continuar con el trámite del bono pensional. Por lo tanto, es necesario que la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público levante dicho error.

Aclaró que Porvenir S.A. no expide bonos pensionales, solamente cumple labores de gestión, conforme al artículo 20 del Decreto 656 de 1994. De tal manera, que la OBP es la entidad legalmente facultada para liquidar y administrar los bonos pensionales y expedir las normas que han de cumplirse en este procedimiento. Por lo tanto, consideró que debía vincularse a esta acción constitucional al Hospital Sagrado Corazón con el fin de que se resuelva la misma y a efectos de evitar una nulidad.

Indicó como excepciones a la demanda de tutela las siguientes: i) desconocimiento del carácter subsidiario, ii) improcedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y iii) ausencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Solicitó que se declarara que Porvenir S.A. no ha vulnerado derechos fundamentales a la actora, toda vez que ha cumplido diligentemente con sus obligaciones (Fls. 65-71)

3.2. SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA

Explicó que las normas que contemplan que las personas que laboraron para el sector de salud antes del 31 de diciembre de 1993 y no solicitaron su bono pensional al momento de su desvinculación, se incluyeron como beneficiarias del fondo, pero no se hicieron las respectivas reservas destinadas al pago de sus acreencias por ser consideradas inciertas y fueron excluidas de los respectivos cálculos y por ende, no se firmaron los contratos de concurrencia para pagar dichas cuotas partes pensionales.

En el caso de la señora María Dolly Toro Orrego, le fue reconocido el carácter de beneficiaria como retirada de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Alcalá el 23 de noviembre de 1985, por lo que para la fecha de corte del pasivo prestacional, esto es el 31 de diciembre de 1993, no se encontraba activa en la institución, la cuota parte está a cargo de la entidad hospitalaria pese a haber sido reconocida como beneficiario del pasivo prestacional del sector salud mediante la resolución No.05148 del 31 de diciembre de 1996, a la fecha no se han firmado contratos de concurrencia para el pago de cuotas partes, razón por la cual en el Fondo del Pasivo Prestacional del sector salud no existen recursos para el pago de cuotas partes de personal retirado. Una vez se firmen tales contratos entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Valle del Cauca, se harán los reembolsos a que haya lugar por concepto de pago de cuotas partes que fueron reconocidas y pagadas por los hospitales.

Concluyó que la ESE Hospital San Vicente de Paul de Alcalá debe actualizar la información laboral y certificar el tiempo por ser la entidad donde laboró la accionante y reconocer la cuota parte, tal como lo dispone el Decreto 586 de abril de 2017.

Consideró que en este caso se ha presentado una temeridad en la acción de tutela, toda vez que existe un fallo en contra de la gerente del Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, del cual anexa una copia de la sentencia de segunda instancia emanado del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago.

Solicitó que se desestime la presente demanda de tutela en contra de la Gobernación del Valle del Cauca por no vulnerar los derechos fundamentales invocados por la actora (Fls. 77-79).

Allegó copia de los documentos a los que hizo referencia (Fls. 80-91)

3.3.2. El 22 de mayo de 2019, allegó otro escrito en el que dio a conocer con respecto al antiguo Hospital del Sagrado Corazón de Jesús de Cartago, que mediante la escritura pública No.2549 del 31 de diciembre de 1998 se aprobó la transformación de dicha institución en el Hospital Departamental de Cartago Valle E.S.E., la cual fue mediante la Ordenanza No. 005 del 12 de enero de 1996 y en la cláusula 12ª el Departamento se obligó al pago de todas las acreencias laborales y deudas del Hospital del Sagrado Corazón de Jesús de Cartago.

Indicó que revisada la certificación de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Departamento del Valle del Cauca, emanada por el Ministerio de Salud, se reconoce el carácter de retirada de la señora María Dolly Toro Orrego.

Reiteró que la cuota parte de retirada reportada por el Hospital San Vicente de Paul de Alcalá deber ser asumida por esa institución y la cuota parte del antiguo Hospital Sagrado Corazón de Jesús la asume directamente el Departamento del Valle del Cauca. En tal sentido, cuando la AFP Porvenir S.A. cobre esta cuota al departamento, se cancelará previo el cumplimiento de los requisitos dispuestos para tal fin (Fl.107).

3.3. HOSPITAL DE SAN VICENTE DE PAUL DEL VALLE DEL CAUCA

Indicó que ha dado respuesta a cada una de las peticiones de la accionante relacionas con el trámite que adelanta la actora en Porvenir S.A.

Informó que si bien es cierto la entidad expidió la certificación laboral que fue aportada por la accionante, en ella consta que es el Fondo de Pasivo Prestacional el llamado a responder por dicho reconocimiento y pago, así como el Departamento del Valle del Cauca y la Nación. El tiempo laborado por la afiliada corresponde a un período que de conformidad con el artículo 78 de la Ley 1438 de 2011 no está a cargo de las empresas sociales del Estado por cuanto no tenían “vida jurídica” al 31 de diciembre de 1993.

Precisó que los períodos certificados a la señora Toro Orrego del 18 de octubre de 1982 al 23 de noviembre de 1985 no fueron laborados en la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, sino en el Centro Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, que para esa época estaba a cargo del Departamento del Valle del Cauca y de la Nación. Por lo tanto, la ESE HSVP de Alcalá no es el llamado a reconocer y pagar el bono pensional que reclama la actora, ni mucho menos tener que expedir la certificación en la forma como lo solicita la accionante.

Explicó que el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 creó el Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud como una cuenta especial a cargo del entonces Ministerio de Salud para que la Nación se obligara con las entidades de salud en la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los funcionarios de dicho sector que fueron reconocidos como beneficiarios de dicho Fondo en una proporción calculada en los términos establecidos en la misma ley.

Solicitó que se exonerara de toda responsabilidad en el presente trámite no solo por cuanto el pasivo pensional no está a cargo de esa entidad, sino porque el fallo de tutela proferido por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago del 31 de enero de 2019 fue acatado (Fls. 92 y 93).

3.4. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Señaló que en el bono pensional tipo A modalidad 2 al que tiene derecho la señora María Dolly Toro Orrego, de acuerdo con la liquidación provisional generada por el sistema interactivo en respuesta a la petición ingresada por la AFP Porvenir el 5 de abril de 2019 y conforme a la información reportada hasta la fecha tanto por Colpensiones como por la misma AFP, concurría como emisor de la Nación y adicionalmente, participaría como contribuyente la ESE Hospital “Universitario San Jorge” (sic) con su respectivo cupón a cargo. Así mismo, indicó que la fecha de redención normal del bono pensional tipo A será el 11 de abril de 2020 fecha en la que la señora Toro Orrego alcanzará los 60 años de edad, es decir, que dicho bono se encuentra en estado de liquidación provisional el que según el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 “… en ningún caso la liquidación provisional constituirá una situación jurídica concreta…”

Informó que a la fecha, la AFP Porvenir no ha efectuado la solicitud de emisión del bono pensional de la señora María Dolly Toro Orrego por medio del Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, probablemente por cuanto la accionante no ha aprobado la última liquidación provisional que esta debió presentarle, aceptación con la cual dicha AFP quedaba facultada a solicitar correctamente la emisión del bono pensional.

Consideró que corresponde a la ESE Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca, verificar si la información contenida en la certificación laboral que expidió en su momento para efectos de liquidar el bono pensional de la señora Toro Orrego se encuentra correcta o no y en caso negativo, proceder a expedir una nueva certificación en el cual se establezca de manera el responsable o responsables por lo tiempos laborados por la accionante.

Adujo que la E.S.E. HSVP de Alcalá debe surtir el procedimiento del Decreto 586 de 2017 que señala que en los casos que no se haya efectuado el corte de cuentas, ni suscrito el contrato de concurrencia, debe aplicar el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, es dicho hospital el que deberá seguir presupuestando y pagando las pensiones de quienes les prestaron sus servicios, hasta que no se realice el corte de cuentas.

Aclaró que la pretensión de la emisión y pago del bono pensional a la accionante por parte del ese Ministerio, no está llamada a prosperar por que la ESE HSVP de Alcalá no ha probado que hubiera efectuado la certificación y pago de la cuota parte de bono pensional que le corresponde, generando la imposibilidad de emitir el bono pensional para la Oficina de Bonos Pensionales. Por lo tanto, solicitó su desvinculación de este trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva (Fls. 95-100)

**4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1. Mediante sentencia del 27 de mayo de 2019, el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y debido proceso de la señora María Dolly Toro Orrego y como consecuencia de ello, ordenó lo siguiente: “se ordena a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle, que a través de su representante legal, Dra. Mónica María Zapata Vicuña o a quien haga sus veces, en el término improrrogable de veinte (20) días, proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el artículo 27 del Decreto 1513 de 1998, que trata del proceso de emisión y cobro de cuotas partes.

Igualmente, ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que una vez cumplido lo ordenado por la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle, expida el correspondiente bono pensional de la señora María Dolly Toro Orrego.

Ordenó al Departamento del Valle del Cauca y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, procedan con arreglo a las disposiciones legales, que continúen con el diligenciamiento de las matrices de información con todos los hospitales del Valle del Cauca, con el fin de suscribir los contratos para el pago de las cuotas partes del personal retirado de las instituciones (Fls. 117-127).

Las partes fueron notificadas del fallo anterior el 28 de mayo de 2019 (Fls. 128 vuelto y 129 frente y vuelto).

**5. SINOPSIS DE LA IMPUGNACIÓN**

El 31 de mayo de 2019, la Gerente de la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle, allegó un escrito por medio del cual se pronunció en los mismos términos en que lo hizo cuando contestó la demanda de tutela, concluyendo que según el artículo 78 de la Ley 1438 de 2011 que fueron dos años que concedieron para suscribir los contratos de concurrencia y que el pago de esta deuda no es responsabilidad de las ESE por cuanto no tenían vida jurídica antes del 31 de diciembre de 1993 y en ese entonces eran financiados y administrados por los departamentos y el Gobierno Nacional.

Recalcó que hasta el 5 de abril de 2017 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el Decreto No.586 de 2017 en el cual estableció el procedimiento para el cálculo y pago del pasivo pensional del sector salud causado a 31 de diciembre de 1993, del personal certificado retirado de las instituciones de salud beneficiarias del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud.

Consideró que no se puede exigir que un ente que no tenía capacidad jurídica, asuma obligaciones que la misma ley no le reconoce, ni mucho menos el Decreto 586 de 2017 puede estar por encima de aquella, por lo que le llama la atención que dicho decreto no haga referencia a la Ley 1438 de 2011 a sabiendas de que se encuentra vigente y de que es de rango superior, lo que prueba que el pasivo prestacional no está a cargo de las E.S.E.

Solicitó que ser revoque la sentencia de primer grado y se exonere al HSVP de toda responsabilidad dentro de este trámite (Fls. 131-134).

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1. Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N.

6.2. Problema jurídico y solución al caso en concreto

Le corresponde determinar a esta Corporación si la decisión adoptada en primera instancia se hizo observando los parámetros legales y constitucionales o si en este caso se debe revocar parcialmente, tal como lo solicitó el impugnante.

6.3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, quien se sienta amenazado o vulnerado en sus derechos fundamentales, por acción u omisión de la autoridad pública o por un particular, puede invocar el amparo consagrado en el ordenamiento constitucional, para su protección, a través de la acción de tutela, reglamentada por los Decretos 2591 de noviembre de 1991 y 306 de febrero de 1992. Por ello, se ha sostenido que la tutela es subsidiaria, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos mecanismos previstos en el ordenamiento que no son suficientes o que no resultan verdaderamente eficaces en la protección de los derechos fundamentales e informal, porque se tramitan por esta vía las violaciones o amenazas de los derechos fundamentales que dada su evidencia y simplicidad no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria.

6.5. Igualmente, con respecto a la procedencia excepcional de la tutela, la Corte Constitucional ha señalado que existen al menos dos excepciones a la regla general para la procedencia de la acción de tutela[[1]](#footnote-1): (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[2]](#footnote-2) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[3]](#footnote-3), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[[4]](#footnote-4). Sobre la irremediabilidad del perjuicio, la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) estima indispensable concurran las siguientes notas características: “(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales[[6]](#footnote-6) ”.

6.6. La señora María Dolly Toro Orrego acudió al juez constitucional con el fin de que se le tutelaran sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, debido proceso, los que consideró vulnerados por a la E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca, al Departamento del Valle del Cauca y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto no han realizado las actuaciones necesarias para lograr la expedición y/o emisión del bono pensional correspondiente al tiempo de servicio prestado a la Nación en la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca con el fin de que la AFP Porvenir S.A. inicie los trámites necesarios para el estudio de su pensión de vejez.

6.8. En el caso sub examine, la Sala encuentra la controversia suscitada por la señora Toro Orrego tiene que ver con una prestación económica la cual involucra a varias entidades, las que según sus respuestas se tiene que ninguna de ellas ha establecido a cuál le corresponde asumir la responsabilidad de la financiación del pasivo causado por concepto de cesantías y pensiones de los funcionarios del sector de salud y que fueron reconocidos como beneficiarios de dicho Fondo, como es el caso de la señora Toro Orrego cuando laboró para la ESE Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle. Al respecto, se ha dicho que los conflictos entre afiliados o beneficiarios del Sistema General de Pensiones y las entidades administradoras de Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo[[7]](#footnote-7) y de la Seguridad Social, son competencia de la jurisdicción laboral, por lo que la acción de tutela resulta improcedente en estos casos.

6.9. No obstante la existencia de un procedimiento legal para discusión de la liquidación o la emisión de un bono pensional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que siempre que ese trámite constituya un elemento fundamental para que se consolide el derecho a la pensión de vejez o jubilación, y, en consecuencia, un medio para preservar el mínimo vital, la tutela resulta procedente, siempre y cuando se de alguno de los siguientes eventos:[[8]](#footnote-8)

*“(i) La omisión o retardo en la expedición del bono pensional vulnera derechos fundamentales tales como el derecho a la seguridad social y al mínimo vital, cuando se trata de personas de la tercera edad cuyo sustento depende del reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de jubilación. (ii) Los trámites administrativos que dilaten de manera injustificada la decisión de fondo sobre el derecho a la pensión de jubilación, constituyen una vía de hecho que puede dar lugar a sanciones disciplinarias de los funcionarios involucrados. Por último (iii) la tutela no debe ser el mecanismo para obtener la expedición o pago del bono pensional cuando se la utiliza para pretermitir el trámite administrativo correspondiente o cuando se solicita la tutela del derecho de petición, sin que el accionante hubiera presentado una solicitud expresa a la entidad encargada de emitir el bono.*

*(…) Por otra parte, 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.”[[9]](#footnote-9)*

6.10. En este asunto específico existe una discusión sobre la entidad que debe asumir la emisión de su bono pensional, toda vez que según el certificado laboral expedido por la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul (entidad que tiene una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa)[[10]](#footnote-10), la accionante se retiró del cargo como ayudante de enfermería el 23 de noviembre de 1985 del Centro Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca, (Fl. 29), por lo que la representante de la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Alcalá, Valle del Cauca, explicó que el pasivo prestacional del sector salud no está a cargo de esa entidad por cuanto las ESE no tenían vida jurídica antes del 31 de diciembre de 1993. Mientras que la Secretaria Departamental de Salud del Valle del Cauca indicó las personas que se retiraron del sector salud antes del 31 de diciembre de 1993 y no solicitaron su bono pensional, se incluyeron como beneficiarios del Fondo Pasivo Pensional, pero no se hicieron las respectivas reservas destinadas al pago de sus acreencias por ser haber sido excluidas de los respectivos cálculos y pago del pasivo pensional; por lo tanto, no se firmaron los contratos de concurrencia para cancelar las cuotas partes pensionales

6.11. De tal manera, que se trata de una obligación laboral incierta y discutible, toda vez que dentro de la foliatura no obra prueba del acto administrativo que permita inferir cual es la entidad de salud en calidad de empleadora de la accionante la que debe presupuestar y pagar el pasivo pensional de las personas retiradas. Así las cosas, este debate interadministrativo debe ser resuelto por el juez laboral por ser el mecanismo eficaz para lograr la satisfacción de los derechos que alega la actora, de quien no se puede decir que sus garantías constitucionales se encuentran en juego, como para que la acción de tutela proceda transitoriamente, pues no acreditó estar frente a un daño próximo inminente, aun cuando de las pruebas allegadas por la actora, de 59 años de edad[[11]](#footnote-11), se desprende que sufrió un accidente que la mantuvo incapacitada para laboralmente hasta el 24 de marzo de 2019 (Fls. 20-25), pues como se había dispuesto anteriormente, la acción de tutela constituye un mecanismo judicial de carácter subsidiario y residual, la que según la Corte Constitucional no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

6.13. Así las cosas, esta Sala no cuenta con los elementos materiales suficientes para señalar cuál es la entidad a quien debe darse la orden de emisión del bono pensional cuando al respecto existe incertidumbre. En ese sentido, se reitera, que una de las características de la demanda de amparo es su naturaleza residual y subsidiaria, acorde con lo cual, sólo podría acudirse a ella en el evento en que se encuentren vulnerados los derechos fundamentales de forma tal, que de no ser por la intervención del Juez constitucional, se pueda llegar a sufrir un perjuicio irremediable, situación que no quedó acreditada en este trámite. Frente a esta clase de debates, la Corte Constitucional ha reiterado lo siguiente:

*“No debe olvidarse que la naturaleza de esta acción es residual y subsidiaria, es decir, procede cuando el afectado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la satisfacción de sus pretensiones. Es por ello, que tratándose de conflictos o reclamaciones de orden económico, esta Corporación ha sido clara en señalar la improcedencia de la acción, en tanto que para este tipo de conflictos existen en el ordenamiento jurídico diferentes mecanismos de protección judicial.*

*(…) "Constituye regla general en materia del amparo tutelar, que la jurisdicción constitucional debe pronunciarse sobre controversias de orden estrictamente constitucional; por lo tanto, resultan ajenas a la misma las discusiones que surjan respecto del derecho..., cuando el mismo es de índole económica, en tanto que las discusiones de orden legal escapan a ese radio de acción de garantías superiores, pues las mismas presentan unos instrumentos procesales propios para su trámite y resolución. A lo anterior debe añadirse que uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela lo constituye, precisamente, la amenaza o**vulneración de derechos fundamentales de las personas, cuyos efectos pretenden contrarrestarse con las respectivas órdenes de inmediato cumplimiento proferidas por los jueces de tutela, en razón a la primacía de los mismos (…)[[12]](#footnote-12)”*

6. 12. Consecuente con lo analizado, la acción de tutela resulta ser manifiestamente improcedente por cuanto no constituye un mecanismo adicional ni alternativo a los consagrados en la legislación ordinaria; por el contrario, se trata de un instrumento residual, preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales ante su vulneración o una amenaza inminente y que para el caso particular, no puede ser concebida como un procedimiento paralelo del medio judicial ordinario penal previsto en la ley, por lo que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 que consagra que la acción de tutela no procederá ante la existencia de otros medios judiciales.

Por lo anterior, esta Sala revocará la sentencia estudiada y en su lugar, declarará la improcedencia de la protección constitucional reclamada.

**DECISIÓN**

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de tutela proferida el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora María Dolly Toro Orrego en contra de la AFP Porvenir S.A., el Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Alcalá, Valle del Cauca, el Departamento del Valle del Cauca y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por la señora María Dolly Toro.

**SEGURO:** Notificar a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-600 de 2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Ver, por ejemplo, la sentencia T-046 de 1995, reiterada en las sentencias T-722 de 2014 yT-572 de 2015, entre otras. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993, reiterada en la sentencias T-082 de 2016 y T-095 de 2016, entre otras: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-145 de 2012 y T-082 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias T-225 de 1993, T-436 de 2007, T-016 de 2008, T-1238 de 2008, T-273 de 2009,  [T-660 de 2010](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/2010/T0660de2010.htm) y T-082 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. “*las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, son competencia del juez del trabajo”* [↑](#footnote-ref-7)
8. T-056 de 2017 [↑](#footnote-ref-8)
9. T-671 de 2000, T-1103 de 2001, T-1119 de 2001, y, T-1124 de 2001, citadas en la sentencia T-660 de 2007. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artículo 194 de la Ley 100 de 1993, señala la naturaleza de las empresas sociales del Estado. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fecha de nacimiento: 11 de abril de 1960, cédula de ciudadanía, folio 8 [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-155/10 [↑](#footnote-ref-12)