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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Mario García B.

Accionados : Porvenir SA y otros

Vinculadas : Colpensiones y otros

Radicación : 66001-31-03-005-2020-00049-01

Despacho de origen : Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 167 del 12-05-2020

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / PAGO DE BONO PENSIONAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / SE CUMPLE EN RAZÓN DE LAS MEDIDAS POR LA PANDEMIA COVID-19.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2018)- . Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar esos derechos.

La pandemia que aqueja el país y que dio lugar, entre otras medidas, a la limitación del acceso al servicio de justicia, salvo las acciones de tutela y habeas corpus…, permite colegir que la vía ordinaria laboral (Artículo 2º, CPTSS) no es idónea ni eficaz para amparar al interesado; se desconoce cuándo se normalizará, por manera que no puede exigírsele el agotamiento de dicha herramienta…

Además, importante acotar que en casos análogos la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas de carácter pensional, cuando se constata que la negativa de la entidad compromete el núcleo esencial de un derecho fundamental…

La Sala de Casación Civil de la CSJ… en decisión de tutela reiteró que hacen parte de las garantías al debido proceso administrativo:

“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico…”

Acorde con las normas aplicables y lo probado en el asunto, habrá de revocarse la sentencia de primer grado debido a que, para esta Colegiatura, es innegable que el HUSJ conculcó los derechos invocados, en especial, el debido proceso administrativo y la seguridad social. (…)

Empero, en tratándose del pago del pasivo pensional del personal certificado como retirado (Caso del actor), el Decreto No. 586 de 2017 (Publicado el 05-04-2017) que adicionó el Decreto Único Reglamentario No. 1068 de 2015 del Sector Hacienda y Crédito Público, establece que los mentados convenios solo serán expedidos una vez las instituciones hospitalarias diligencien el formulario y brinden la información dispuesta en el artículo 2.12.4.4.2…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

*Pereira, R., doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020).*

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Refirió el actor que Porvenir SA le negó la devolución de saldos porque la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira (En adelante HUSJ) no pagó el bono pensional; asimismo, indicó que, mediante sendas peticiones del 20-12-2019 y 23-01-2020, requirió a la ESE y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que realizaran la marcación en su portal *“web”* del pago, mas, respectivamente, fueron desestimadas debido a que: **(i)** La Nación y el ente territorial modificaron el trámite y suspendieron los pagos; y, **(ii)** La ESE no ha hecho el reconocimiento del cupón a su cargo, por lo que es inviable continuar con el trámite de emisión; por último, señaló que la Gobernación de Risaralda dejó de responder una petición semejante del 14-01-2020 (Folios 3-27, expediente digitalizado).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

Petición, mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y debido proceso (Folios 9-18, expediente digitalizado). Solicitó ordenar a las entidades accionadas: **(i)** Expedir el acto administrativo, realizar la marcación de reconocimiento y pagar el bono pensional; **(ii)** Informar sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela; y, **(iii)** Enviar copias a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen una eventual falta disciplinaria (Folios 24-25, expediente digitalizado).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La *a quo* con providencia del 21-02-2020 admitió la acción, vinculó a quienes consideró pertinente y dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 85-86, ibídem); el 28-02-2020 hizo una vinculación (Folio 243 (Sic), ibídem); el 05-03-2020 dictó la sentencia (Folios 220-228, ibídem); y el 27-03-2020 concedió la impugnación presentada por el actor (Folio 247, ib.). Ya ante esta Corporación, el 04-05-2020 puso en conocimiento una nulidad y decretó pruebas de oficio (Folio 250-251, ib.); la irregularidad se saneó porque las requeridas no la alegaron (Folios 264-268, ib.).

El fallo declaró la improcedencia, por falta de subsidiariedad, dado que el actor no es un sujeto de especial protección (Edad y salud), ni demostró la posible afectación de su mínimo vital, de manera que puede acudir ante el juez ordinario para ventilar el problema jurídico planteado (Folios 220-228, ib.).

El accionante alegó la procedencia pues carece de pensión, es desempleado y su salud se ha deteriorado por su avanzada edad, de manera que requiere el pago de la devolución de saldos (Folios 239-241, ib.).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional*: Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente.
   2. *El problema jurídico a resolver:* ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación interpuesta?
   3. *Los presupuestos generales de procedencia*
      1. *La legitimación en la causa*. Se cumple por activa porque el señor Mario García Botero solicitó la devolución de saldos y el pago del bono pensional (Folios 33-39 y 76-80, ib.).

En el extremo pasivo el HUSJ porque debe asumir el pago de la pensión de sus exempleados hasta tanto se celebre el convenio de concurrencias (Artículo 242, Ley 100 y Decreto No. 586 de 2017); el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Hacienda Departamental de Risaralda puesto que les compete pagar el bono pensional cuando esté vigente el aludido convenio (Artículos 61, 62 y 63, Ley 715 y Decretos Nos. 1338 de 2002, 306 de 2004, 700 de 2013 y 586 de 2017); y, Porvenir S.A. debido a que le corresponde reconocer y pagar la devolución de saldos a sus afiliados (Artículo 66, Ley 100).

Las demás autoridades vinculadas son incompetentes para proveer sobre pedimentos afines (Leyes 100 y 715, y Decretos Nos. 1338 de 2002, 306 de 2004, 700 de 2013 y 586 de 2017); por lo tanto, se adicionará la sentencia para declararla improcedente, por falta de legitimación.

* + 1. *La inmediatez*. El artículo 86, de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

La inmediatez está satisfecha porque la acción se formuló (20-02-2020) (Folio 81, ib.), entre uno (1) y dos (2) meses después de que fueron presentados los reclamos ante las autoridades accionadas (20-12-2019, 14-01-2020 y 23-01-2020) (Folio 1, ib.); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1).

No sobra reseñar la doctrina constitucional que enseña *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción” (2019)*[[2]](#footnote-2).

* + 1. *La subsidiariedad*. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2018)[[3]](#footnote-3)-[[4]](#footnote-4). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar esos derechos.

La pandemia que aqueja el país y que dio lugar, entre otras medidas, a la limitación del acceso al servicio de justicia, salvo las acciones de tutela y habeas corpus (Suspensión de términos, Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546 y PCSJA20-11549), permite colegir que la vía ordinaria laboral (Artículo 2º, CPTSS) no es idónea ni eficaz para  amparar al interesado; se desconoce cuándo se normalizará, por manera que no puede exigírsele el agotamiento de dicha herramienta. Tesis que es precedente de esta Colegiatura (2020).

Además, importante acotar que en casos análogos la Corte[[5]](#footnote-5) ha admitido la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas de carácter pensional, cuando se constata que la negativa de la entidad compromete el núcleo esencial de un derecho fundamental, y para ello estableció varios factores que deben ser tenidos en cuenta:

“… (a) la edad y el estado de salud del accionante; (b) las personas que tiene a su cargo; (c) la situación económica en la que se encuentra, los ingresos, medios de subsistencia y gastos que ostenta; (d) la argumentación o prueba en la cual se fundamenta la supuesta afectación o amenaza a la garantía fundamental; (e) el agotamiento de los recursos administrativos; (e) el tiempo prolongado que ha transcurrido en el trámite de la acción de tutela y el esfuerzo y desgaste procesal que el actor ha tenido que soportar para que al interior del mecanismo de amparo constitucional (que se supone es eficaz y expedito) se le proteja, de ser posible, su derecho fundamental presuntamente vulnerado…

El aquí accionante, de 64 años, manifestó en respuesta al requerimiento hecho en esta sede (Auto del 04-05-2020) que los ingresos de $1.000.000 mensuales que percibía como enfermero domiciliario se disminuyeron en un 70% debido a las medidas de aislamiento (Covid-19); vive en una habitación alquilada por su hermano por $250.000; ayuda al sostenimiento de su hijo y nietos con $150.000; figura como beneficiario de su exesposa en el sistema de salud; y, padece de hipertensión crónica y cervicalgia (Folios 253-262, ib.).

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que someterlo al trámite judicial implicaría dilatar aún más la protección de sus derechos y la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, máxime que los ingresos que actualmente recibe ($300.000 mensuales) son insuficientes para cubrir su propia subsistencia. Es diáfano que requiere con urgencia el reconocimiento y pago de la subvención que lleva casi dos (2) años solicitando a Porvenir SA, de tal suerte que este mecanismo constitucional supera la subsidiariedad.

* 1. *El debido proceso administrativo*

Es de contenido constitucional, está consagrado principalmente en el artículo 29 de la Carta Política e implica necesariamente tener la posibilidad de (i) Conocer a quien investiga, (ii) Poder controvertir las probanzas que se tengan en cuenta para adoptar las decisiones, (iii) Aportar el material probatorio que se estime del caso, (iv) Tener acceso al expediente o actuación, (v) Conocer las fases que ha de seguir el trámite de la investigación adelantada en su contra, (vi) Poder presentar alegaciones para la defensa de los intereses propios; aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la CC[[6]](#footnote-6), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[7]](#footnote-7) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[8]](#footnote-8) en cuanto a los trámites administrativos.

La Sala de Casación Civil de la CSJ[[9]](#footnote-9) coincide con la doctrina jurisprudencial de la CC, y en decisión constitucional reiteró que hacen parte de las garantías al debido proceso administrativo:

(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso. Sublínea extratextual.

En síntesis, es un derecho fundamental de carácter vinculante para todas las autoridades administrativas e implica que en cada acto que se dicte en un trámite administrativo deba observar las garantías procesales y los principios constitucionales que rigen la función pública (Artículo 209, CP)[[10]](#footnote-10).

1. **El caso concreto analizado**
   1. *El pago del bono pensional*

Acorde con las normas aplicables y lo probado en el asunto, habrá de revocarse la sentencia de primer grado debido a que, para esta Colegiatura, es innegable que el HUSJ conculcó los derechos invocados, en especial, el debido proceso administrativo y la seguridad social.

Los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715, reglamentados con los Decretos Nos. 1338 de 2002, 306 de 2004 y 700 de 2013, suprimieron el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud e impusieron a cargo de la Nación y de los entes territoriales el pago de las cesantías y pensiones de sus beneficiarios, de acuerdo con los convenios de concurrencia suscritos.

Empero, en tratándose del pago del pasivo pensional del personal certificado como retirado (Caso del actor), el Decreto No. 586 de 2017 (Publicado el 05-04-2017) que adicionó el Decreto Único Reglamentario No. 1068 de 2015 del Sector Hacienda y Crédito Público, establece que los mentados convenios solo serán expedidos una vez las instituciones hospitalarias diligencien el formulario y brinden la información dispuesta en el artículo 2.12.4.4.2., a saber:

… Para determinar el monto total del pasivo a concurrir por parte de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de las entidades territoriales, en el financiamiento del pasivo prestacional causado al treinta y uno (31) de diciembre de 1993, de las Instituciones Hospitalarias por su personal retirado certificado como beneficiario conforme con lo dispuesto en el artículo 2.12.4.2.7. del presente Decreto y para el pago, a continuación, se establece el siguiente procedimiento:

…

Recibido el formato en las instituciones hospitalarias que lo soliciten previamente, éstas procederán a diligenciarlo y anexar los soportes que acrediten: i) los cobros de bonos pensionales, cuotas partes de bonos pensionales, títulos pensionales, o cuotas partes pensionales, por las personas que las instituciones hospitalarias han recibido solicitudes de pago por estos conceptos; ii) los pagos efectuados por las entidades territoriales o las instituciones hospitalarias a las entidades públicas o privadas reconocedoras de pensiones, y iii) el reconocimiento de las respectivas pensiones expedido por el competente. Resaltado fuera del texto original.

Por consiguiente, hasta tanto la institución hospitalaria cumpla con dicha regulación, estará en la obligación de asumir el pago del bono pensional, conforme al artículo 242, Ley 100: *“(…) El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley*[*60*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0060_1993.html#1)*de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993. (…) Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales (…)”*

Así se explica en la motivación del aludido Decreto: *“(…) acorde con lo expuesto en el considerando anterior, para que a las instituciones hospitalarias se les giren los recursos pagados conforme con lo previsto en el artículo 242 de la Ley 100 de 1993,* ***deberán agotar el procedimiento de que trata el presente decreto*** *(…)”* (Sublínea y negrillas a propósito).

Ahora, el ente sanitario, en respuesta del 02-12-2020 dirigida al accionante, sostuvo que no le corresponde pagar el bono pensional porque, supuestamente, está garantizado con el contrato de concurrencia No. 00858 del 30-12-1998 a cargo de la nación y el ente territorial; y, agregó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suspendió los pagos a partir 2018, pese a que legalmente le compete asumirlos (Folios 42-44, ib.).

Según lo anotado, se itera, no cabe duda para esta Magistratura que la ESE accionada vulneró los derechos del actor. Lo primero es que en manera alguna acreditó que el aludido convenio cobijara los pasivos del personal retirado; y, lo segundo es que a partir de la expedición del Decreto No. 586 de 2017 el pago a cargo del estado estaba supeditado al agotamiento previo de dicho trámite; empero, nunca se allanó a cumplirlo.

Claramente el descontento de la ESE frente a las decisiones de las demás autoridades encausadas repercutió en perjuicio del interesado, pues, se vio envuelto en una discusión administrativa que no está en la obligación de soportar. Los reparos que alega debe ventilarlos ante las autoridades competentes, mas, de ningún modo, pueden suponer la veda de los beneficiarios del pasivo pensional al disfrute de su derecho a la seguridad social.

Debe acotarse que desde el 01-11-2018 Porvenir SA le solicitó que pagara el tan mentado bono (Folios 70-71, ib.), pero, en lugar de atender el llamado, se dedicó a solicitar información al Ministerio y al Departamento de Risaralda relacionada con el cumplimiento del convenio No. 00858 del 30-12-1998, en lugar de adelantar el procedimiento del Decreto No. 586 de 2017.

* 1. *El reconocimiento y pago de la devolución de saldos*

De otro lado, se desestimarán las pretensiones contra Provenir S.A., porque es palmario que no ha trasgredido ningún derecho.

Mírese que desde que fue solicitada la devolución de saldos realizó de forma infructuosa las gestiones necesarias para acceder al pago del bono pensional (Folios 70-71, ib.) (Artículo 20, Decreto No. 656 de 1994), según lo relatado; por consiguiente, es imposible endilgarle vulneración o amenaza alguna, máxime que el reconocimiento y pago de la subvención depende del recaudo del mentado capital.

* 1. *La investigación disciplinaria*

Por último, respecto de la súplica subsidiaria orientada a que se remitan copias con destino a la Procuraduría General de la Nación para que adelante las respectivas investigaciones disciplinarias contra las encausadas, esta Sala la negará, habida cuenta de que el interesado puede formular las denuncias por su propia cuenta.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, para en su lugar, AMPARAR los derechos a la seguridad social y debido proceso administrativo del señor Mario García B. contra la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira.
2. ORDENAR, en consecuencia, al doctor Juan C. Restrepo M., en calidad de Gerente de la ESE accionada, o quien haga sus veces, que en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta providencia, realice el pago del bono pensional del accionante a favor de Porvenir S.A., sin perjuicio de que con posterioridad agote el trámite administrativo del Decreto No. 586 de 2017.
3. ADVERTIR expresamente al doctor Restrepo M. que el incumplimiento a la orden impartida en esta decisión se sanciona con arresto y multa, previo incidente de desacato ante la *a quo*.
4. NEGAR el amparo contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Hacienda Departamental y Porvenir SA, por ausencia de vulneración.
5. DECLARAR improcedente la tutela contra Colpensiones y demás autoridades vinculadas, por carecer de legitimación por pasiva.
6. NEGAR la remisión de copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue una eventual falta disciplinaria de las accionadas.
7. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-217 DE 2013, T-021 de 2016 y SU-037 de 2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. C-132 de 2018. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-315 de 2018. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-6)
7. BERNAL P, Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. SU-077 de 2018, T-010 de 2017, T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. STC5723-2016, STC12822-2017, STC19964-2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. SU-077 de 2018. [↑](#footnote-ref-10)