

Sentencia T-748/13

SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES CON ANTERIORIDAD Y POSTERIORIDAD DE LA LEY 100/93

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

Colombia de antaño ha reconocido y protegido, en virtud de los compromisos adquiridos en los tratados internacionales, el derecho a la seguridad social y, en particular, el derecho a la pensión de vejez como parte de éste. Por tanto, los principios y garantías contenidos en esos instrumentos son aplicables a las pensiones reconocidas antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto el mandato comprendido en ellos fue reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano desde antes de la existencia de aquella ley.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Contenido

SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA-Historia

SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA-Desarrollo normativo

La Ley 6 de 1945 impuso la obligación a (i) los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos –artículo 14- y (ii) las entidades públicas del orden nacional –artículo 17-, de hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios. Esta ley dispuso además que el pago de la pensión estaría a cargo de esos empleadores privados hasta tanto se creara un seguro social obligatorio, el cual los subrogaría en la obligación y se abrogaría los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Por otra parte, para los empleados y obreros nacionales, la ley dispuso la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, y en virtud de la obligación contenida en su artículo 23, según la cual, “Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la

presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”, se crearon además otras cajas de previsión del sector público a nivel territorial, quienes tuvieron a su cargo el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de dichos trabajadores. Como la introducción de esas instituciones de previsión y el seguro social obligatorio sería futuro y progresivo, en virtud de la Ley 6 de 1945, los empleadores –tanto privados como públicos cobijados por la ley- mantuvieron el deber de realizar el aprovisionamiento de los fondos necesarios para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores. La Ley 90 de 1946 creó el seguro social obligatorio para (i) todos los trabajadores, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje; (ii) los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales; y (iii) los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedieran de mil ochocientos pesos por año –en un comienzo para estos trabajadores la afiliación era voluntaria-. Además, la referida ley dispuso que el Instituto paulatinamente asumiría el cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte de los trabajadores, una vez el empleador cumpliera el aporte previo señalado para cada caso y que correspondía a las semanas laboradas para ese empleador antes de que el Instituto asumiera la obligación. La Ley 90 también autorizó que continuaran funcionando algunas instituciones de previsión a cargo de tales riesgos creadas con anterioridad a su entrada en vigencia. Por tanto, esta ley impuso las siguientes obligaciones en cabeza del empleador de los trabajadores cobijados: (i) afiliar al seguro social obligatorio y pagar en lo sucesivo las cotizaciones respectivas, y (ii) pagar a la respectiva entidad de seguridad social el aporte correspondiente a las semanas trabajadas previamente desde que surgió la obligación de hacer las provisiones, es decir, desde la Ley 6 de 1945 para los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos y las entidades públicas del orden nacional, y desde la Ley 90 de 1946 para los empleadores de los demás trabajadores cobijados por dicha ley. El artículo 29 de la Ley 6 de 1945 había permitido la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público con el fin de acceder a una pensión de jubilación. Con la Ley 71 de 1988 fue posible además la acumulación de semanas cotizadas ante diferentes cajas de previsión y el Instituto de Seguros Sociales. La Ley 100 de 1993 unificó las reglas relativas a la

seguridad sociales en pensiones –salvo algunas excepciones- y creó dos regímenes: prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad. En su artículo 33, unificó las reglas para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media. El parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 reiteró la posibilidad de acumular tiempos laborados en los sectores públicos y privados, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, y amplió las posibilidades de acumulación a hipótesis que no habían sido previstas por las leyes 6 de 1945 y 71 de 1988. En efecto, la primera ley autorizaba la acumulación de tiempos laborados en entidades de derecho público, mientras la segunda permitía la acumulación de semanas cotizadas en las cajas de previsión social y en el Instituto de Seguros Sociales. El parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 amplió esta posibilidad y contempló hipótesis que habían sido pasadas por alto por las anteriores leyes, como la acumulación de (i) las semanas laboradas para empleadores que aún mantenían la obligación de reconocer directamente –por ejemplo en virtud de una convención colectiva- la pensión de jubilación –literal c-, siempre y cuando el contrato laboral se encontrara vigente al 1° de abril de 1994 o se iniciara con posterioridad a esa fecha, y (ii) las semanas trabajadas para un empleador que había omitido su obligación de afiliar al trabajador al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 –literal d-.

BONOS PENSIONALES-Normatividad aplicable

La Ley 100 de 1993 contempló la posibilidad de pago de un bono pensional, que se causa cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones se trasladan del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. La Ley 100 también ha establecido que en virtud de esta figura, el interesado tiene derecho a que se efectúe un cálculo actuarial sobre todo el universo de capital cotizado, para que la suma de todos esos dineros contribuyan a la conformación del gran capital necesario para financiar su pensión.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional frente a la existencia de otros medios de defensa judicial

BONOS PENSIONALES-Procedencia excepcional de tutela para liquidación y emisión

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Expedición y emisión de bono pensional

Referencia: expediente T-3960556

Acción de Tutela instaurada por el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, contra la ESE Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Cauca, Antioquia.

Derechos invocados: petición, seguridad social, vida digna y mínimo vital.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el 10 de mayo de 2013, por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, que revocó el fallo proferido el 20 de marzo de 2013, por el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, que concedió el amparo invocado por el accionante.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

Francisco Javier Uribe Rodríguez solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales de petición, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. En consecuencia, pide que se ordene a la E.S.E. Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Cauca, Antioquia, en adelante E.S.E. Cesar Uribe, que efectúe el reconocimiento y pago del bono pensional al que dice tener derecho, y que remita copia del comprobante de pago a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., en adelante BBVA Horizonte.

1.2. HECHOS

1.2.1. Manifiesta el accionante, quien en la actualidad tiene 64 años de edad, que estuvo vinculado a diferentes empleadores, a saber: “desde el 2 de marzo de 1973 hasta el 30 de abril de 1974, con Almacén Selección; desde el 15 de enero de 1975 hasta el 30 de marzo de 1976, con Sertempo; desde el 13 de octubre de 1976 hasta el 30 de diciembre de 1979 con Gaseosas LUX sucursal Medellín; desde el 11 de enero de 1985 hasta el 17 de septiembre de 1985, con C.G.C.T. de Colombia S.A.; desde el 15 de febrero de 1986 hasta el 1° de febrero de 2013 con el Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Cauca”[1].

1.2.2. Expresa que en ejercicio del derecho de libre selección de régimen pensional, se trasladó el 1° de agosto de 1996 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

1.2.3. Aduce que desde el 10 de agosto de 2000, se encuentra afiliado a BBVA Horizonte.

1.2.4. Indica que en los términos de lo establecido en los artículos 113 y 115 de la Ley 100 de 1993, por haberse trasladado del RPM al RAIS, tiene derecho a un bono pensional, título valor que representa los aportes efectuados con anterioridad a su traslado al RAIS.

1.2.5. Expresa que BBVA Horizonte, con base en lo señalado en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por los decretos 1474 de 1997 y 1513 de 1998, estableció la historia laboral y el salario base para la liquidación de su bono pensional, y con base en certificación laboral N° 128 del 16 de enero de 2012, determinó que la emisión del bono pensional correspondía a la E.S.E. Cesar Uribe.

1.2.6. Arguye que en cumplimiento del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, BBVA Horizonte, mediante oficio ERHL 0792 del 29 de marzo de 2012, remitió la documentación

necesaria para el respectivo reconocimiento y pago del bono pensional por la E.S.E. Cesar Uribe. Indica que dicha solicitud fue reiterada mediante comunicado del 30 de abril de 2012.

1.2.7. Sostiene que el 25 de mayo de 2012, la E.S.E. Cesar Uribe respondió al oficio ERHL remitido por BBVA Horizonte, manifestando que el cobro del bono pensional debía hacerse a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, ya que “su vida jurídica comenzó a partir del momento de la creación de la Empresa Social del Estado mediante la ordenanza 044E del 30 de diciembre de 1996, y a partir de allí la ESE tiene la responsabilidad del funcionario; el tiempo anterior a la respectiva fecha estuvo vinculado al Departamento de Antioquia”.

1.2.8. Dice que en vista de lo anterior, BBVA Horizonte remitió oficio ERHL 1250 del 25 de mayo de 2012 a la E.S.E. Cesar Uribe, con copia al Departamento de Antioquia, manifestando que si se precisaban cambios en el emisor del bono, era necesario que se expidiera una nueva certificación laboral.

1.2.9. Apunta que dado lo anterior, el 23 de julio de 2012, la E.S.E. Cesar Uribe, mediante oficio 100-482, remitió una nueva certificación laboral (N° 148 del 19 de septiembre de 2012), por medio de la cual indicó que el responsable del reconocimiento y pago del bono pensional es la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

1.2.10. Anota que BBVA Horizonte, por medio de oficio ERHL 12-2248 del 25 de septiembre de 2012, notificó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia la respuesta de la ESE Cesar Uribe, para que dicha entidad aclarara quién es la responsable del reconocimiento y pago del bono pensional.

1.2.11. Sustenta que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, mediante oficio del 11 de octubre de 2012, indicó que “el reconocimiento y pago del bono pensional del afiliado no está a cargo del extinto fondo prestacional del sector salud, ya que el afiliado figura como beneficiario activo de la ESE Cesar Uribe, por lo que no es responsabilidad aun del extinto fondo prestacional cancelar este bono pensional, en consideración que no se ha firmado el convenio de concurrencia, requisito esencial para acceder al reconocimiento de este. Por ese motivo, la ESE Cesar Uribe en virtud del artículo 242 de la Ley 100/1993 deberá seguir presupuestando y pagando esas obligaciones pensionales”.

1.2.12. Enuncia que dado que no se había reconocido ni pagado su bono pensional, instauró acción de tutela contra la E.S.E. Cesar Uribe, la cual le correspondió al Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, Antioquia, quien emitió el fallo N° 65 del 19 de diciembre de 2012, en el que ordenó a la E.S.E. Cesar Uribe “dar respuesta clara, precisa y oportuna del derecho de petición interpuesto por el accionante, y que hace referencia al bono pensional”[2].

1.2.13. Manifiesta que como la E.S.E. Cesar Uribe no cumplió con lo ordenado por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, BBVA Horizonte, el 17 de enero de 2013, remitió comunicado a la E.S.E, solicitando el reconocimiento y pago del bono pensional. No obstante, ésta reiteró, mediante escrito del 30 de enero de 2013, que no era la responsable de la obligación.

1.2.14. Declara que el 11 de febrero de 2013, presentó ante el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, impugnación contra la sentencia de tutela N°65 del 19 de diciembre de 2012, emitida por el mismo despacho judicial, debido a que “el fallo proferido no resuelve o protege los derechos fundamentales que me vienen siendo vulnerados, pues con ello lo único que se está ordenando es que la E.S.E se pronuncie nuevamente sobre la solicitud, sin que resuelva de fondo mi petición”. Sin embargo, relata que el 20 de febrero de 2013, el juzgado mencionado comunicó a BBVA Horizonte que “se rechazó el escrito de impugnación interpuesto por mi ante dicho despacho por ser extemporáneo, por lo que en definitiva no se logró el objeto de la tutela, que no era más que lograr que se tutelaran mis derechos fundamentales (...)”.

1.2.15. Arguye que a la fecha de la presentación de la tutela, la E.S.E. Cesar Uribe no ha dado una respuesta clara, concisa y congruente a la solicitud por él elevada, lo cual vulnera su derecho fundamental de petición, “pero también implica un atentado contra mi derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital y mi vida digna, pues la falta de reconocimiento y pago de mi bono pensional entorpece el proceso de mi pensión, colocando en grave peligro mi derecho a la seguridad social, pues a la fecha me encuentro desempleado ya que fui desplazado por la violencia, desde el mes de diciembre de 2012, del Municipio de Cauca, donde he vivido durante toda mi vida, y ahora me encuentro albergado en la ciudad de Bogotá en casa de una de mis hijas, por lo que no cuento con un empleo ni mucho menos con ingresos o recursos económicos para subsanar mis

necesidades básicas ni las de mi esposa, y BBVA Horizonte no ha podido resolver mi solicitud de pensión de vejez, la cual se encuentra en trámite desde el 3 de octubre de 2011, por la falta de reconocimiento y pago de mi bono pensional, a cargo de la ESE Cesar Uribe”.

1.2.16. En virtud de lo anterior, el accionante interpuso acción de tutela contra la E.S.E Cesar Uribe, con el fin de que le fueran amparados sus derechos de petición, a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá admitió y requirió a la entidad accionada, y a las partes, para que se pronunciaran sobre los hechos materia de la petición de amparo.

1.3.2. Vencido el término probatorio, BBVA Horizonte precisó que de acuerdo con la historia laboral del accionante que figura en su base de datos, el emisor del bono pensional es la ESE Cesar Uribe, y el contribuyente del mismo es la Nación, a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por lo que, “BBVA Horizonte, como administradora del Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad, no se puede constituir en entidad emisora ni contribuyente en el pago del bono pensional del accionante”.

Así mismo, expresó que a pesar de los requerimientos efectuados a la ESE Cesar Uribe para que reconozca y autorice el pago del cupón principal del bono pensional a su cargo, hasta la fecha no ha habido respuesta alguna por parte de la entidad accionada.

Adicionó que ha adelantado de manera diligente ante el Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Cauca, todos los trámites necesarios con el fin de “obtener el reconocimiento y pago del bono pensional generado a nombre del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, sin embargo, no hemos obtenido respuesta positiva por parte de dicho hospital; en consecuencia estos recursos no han podido ingresar a la cuenta pensional del afiliado. Por ello, y como lo anterior no ha sido materializado, el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez a la fecha no cuenta con la identificación de valores por concepto de bono que le permitan conocer si acumula el capital necesario para financiar el pago de una pensión de vejez en los términos

señalados por el artículo 68 de la Ley 100 de 1993”.

Así las cosas, concluyó solicitando al juez de tutela que “ordene al Hospital Cesar Uribe que de forma inmediata autorice y reconozca el cupón principal del bono pensional a favor del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez (...)”.

1.3.3. Extemporáneamente, la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia manifestó que “el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca tuteló el derecho fundamental invocado por el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez a quien le ha sido vulnerado por la ESE Cesar Uribe, el derecho fundamental constitucional de petición (...). El Tribunal Superior de Antioquia, mediante fallo del 26 de febrero de 2013 dispuso confirmar íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado, mediante la cual se tuteló el derecho fundamental de petición vulnerado al señor Francisco Javier Rodríguez”. En virtud de lo anterior, “me permito excepcionar la acción instaurada por existir prejudicialidad, toda vez que ya tiene pronunciamiento judicial, sobre los mismos hechos de esta demanda”.

1.3.4. La E.S.E. Cesar Uribe contestó extemporáneamente la presente acción de tutela, y precisó que es una entidad pública descentralizada de categoría especial – pues así lo determinó el artículo 194 de la Ley 100 de 1993-, que nació a la vida jurídica el 30 de diciembre de 1996 mediante la ordenanza de la Asamblea Departamental 044E, por lo que “es a partir de su creación legal que puede válidamente responder por obligaciones que se le generen”.

Por otra parte, manifestó que “la tutela interpuesta por el aquí accionante no está llamada a prosperar, pues se trata de un conflicto que debe ser resuelto en la jurisdicción correspondiente”.

En cuanto al derecho de petición, sostuvo la entidad accionada que el hecho de que no se hubiere reconocido y pagado el bono pensional a favor del accionante, no quiere decir que le haya vulnerado su derecho de petición, pues a él se le dio respuesta oportuna, congruente y de fondo, en el sentido de que la E.S.E no es quien debe reconocer dicho bono pensional.

Por último, expresó que en el presente caso existe cosa juzgada, pues “hay una sentencia proferida por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, acción de tutela que vinculó a

los mismos actores, versado sobre los mismos hechos e inclinada sobre las mismas peticiones”.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 20 de marzo de 2013, el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá resolvió tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, aduciendo que “la accionada debe expedir y pagar el bono pensional y luego reclamar ante la Justicia Ordinaria dicha obligación, ya que se trata de asuntos netamente administrativos que no deben ser soportados por el afiliado, pues así lo ha contemplado la Corte en los siguientes términos: ‘ordenar a la entidad demandada que expida el bono pensional de la demandante. En caso de que estime que es el Seguro Social el ente que debe asumir esa obligación, la Superintendencia deberá plantear la controversia ante el juez competente, pues no es admisible que sea la ex trabajadora, precisamente la parte más débil de esta controversia, quien deba asumir el alto sacrificio que para ella supone la espera de la definición del conflicto entre dos entidades”.

El juzgado también indicó que es deber del fondo de pensiones “el proceder a evaluar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante, contabilizando dicho bono en sus fondos, pues es evidente que el trabajador en efecto realizó sus cotizaciones al fondo de pensiones desde el año de 1986, acreditándose así la existencia de los mismos”.

Por último, sostuvo el a quo que “como otro estrado judicial recientemente tuteló a favor del accionante el derecho de petición por los mismos hechos y pretensiones que ahora nos ocupan, pero dicho fallo se limitó a exigir una respuesta de fondo frente a la petición de expedición del bono pensional, más no le resolvió el litigio al accionante (...), este Despacho no se pronunciará nuevamente frente al mismo, máxime cuando la accionada ya esgrimió en sede de tutela sus argumentos para negarse a expedir el bono pensional”.

1.4.2. Impugnación

Dentro de la oportunidad legal prevista, la E.S.E Cesar Uribe, a través de representante legal, impugnó la decisión de primera instancia, argumentado que dicha entidad se creó el 30 de diciembre de 1996, por lo que “a partir de su creación puede obligarse y asumir compromisos, hacerlo antes es un exabrupto jurídico, nadie que no ha nacido puede contraer obligaciones (...). Por lo anterior, lógicamente corresponde a quien tenía el personal a su cargo, en el caso concreto al Departamento de Antioquia a través de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, asumir las responsabilidades que le son propias, pues cada uno tiene un patrimonio autónomo, y desequilibraría entregar cargas a quien no corresponde (...)”.

Así mismo sostuvo que “el legislador ha procurado que las deudas del pasivo pensional sean asumidas por quien debe hacerlo, pues los hospitales públicos están sumidos en una seria crisis financiera que escasamente alcanza para pagar los honorarios de los profesionales y los costos de funcionamiento”. Así las cosas, concluyó que el a quo no tuvo en cuenta lo que en varias ocasiones ha señalado el Consejo de Estado, en el sentido de que “es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales el pago del pasivo pensional del sector salud anterior al momento de creación de la E.S.E”.

Termina afirmando el apoderado de la accionada que “no le es dable a la E.S.E asumir cargas prestacionales para luego repetir contra el Departamento de Antioquia cuando sus presupuestos son inmensamente diferentes, y cuando la obligación mayor corresponde a esa entidad pública, desde el año 1993 la E.S.E aportó al sistema de Seguridad Social correctamente y como lo ordena la ley, y el bono pensional se debe por el tiempo anterior, es decir, cuando el tutelante era empleado del departamento y la DESE (SIC) no existía, situación más inequitativa no puede darse”.

Mediante sentencia proferida el 10 de mayo de 2013, el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá revocó el fallo impugnado, argumentando que: “i) no puede expedirse una orden judicial que obligue a los funcionarios a que expidan un bono pensional cuando no se tiene certeza sobre cuál de ellos es el obligado a proceder; ii) resulta fallido recurrir al amparo constitucional reservado de manera exclusiva para la protección de los derechos fundamentales, para reclamar derechos de contenido económico; iii) resulta improcedente acudir a la acción de tutela cuando el interesado cuenta con la posibilidad de acudir a otros mecanismos de defensa judicial; y iv) no basta para la prosperidad de la acción de

tutela invocar que se pretende como mecanismo transitorio, sino que deben probarse los supuestos de hecho necesarios con base en los cuales pueda inferirse razonablemente la existencia de un perjuicio irremediable que amerite su concesión”.

En virtud de lo anterior, manifestó el ad quem que no es posible dispensar el amparo deprecado como mecanismo transitorio, pues no se observa que el actuar de las entidades accionadas produzca en cabeza del peticionario un perjuicio con el carácter de irremediable que así lo justifique.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes:

1.5.1. Copia de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias y al fondo de cesantías Horizonte, adiado el 10 de agosto de 2000, en el que consta que el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez se trasladó de Colfondos a Horizonte Pensiones y Cesantías.

1.5.2. Copia del certificado de información laboral para bonos pensionales y pensiones, emitido por la E.S.E Cesar Uribe, en el que consta que: “el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez se vinculó a la E.S.E Cesar Uribe desde el 15 de febrero de 1986, y aportó para pensiones desde el 15 de febrero de 1986 hasta el 31 de julio de 1994, tiempo que el empleador no le descontó para seguridad social, por lo que la entidad que responde por el periodo es la E.S.E Hospital Cesar Uribe P (...)”[3].

1.5.3. Copia de la solicitud hecha por BBVA Horizonte a la E.S.E. Cesar Uribe, el 29 de marzo de 2012, respecto al reconocimiento y pago del bono pensional por redención vencida a favor del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez.

1.5.4. Copia de la reiteración de la solicitud hecha por BBVA Horizonte a la E.S.E. Cesar Uribe el 30 de abril de 2012, respecto al reconocimiento y pago del bono pensional por redención vencida a favor del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez.

1.5.5. Copia de la respuesta a la solicitudes de los días 29 de marzo de 2012 y 30 de abril de la misma anualidad, elevadas por BBVA Horizonte a la E.S.E Cesar Uribe, en la que ésta manifiesta que desde su creación (30 de diciembre de 1996) tiene responsabilidad sobre el

funcionario.

1.5.6. Copia de la objeción presentada el 25 de mayo de 2012 por BBVA Horizonte a la E.S.E Cesar Uribe, a través de la cual manifestó que en la historia laboral del señor Uribe Rodríguez consta que los tiempos comprendidos entre el 15 de febrero de 1986 al 31 de julio de 1994, fueron laborados por el accionante en la mencionada E.S.E, por lo que “una vez cargada la información en el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda Y crédito Público, el sistema establece el emisor del bono pensional es la E.S.E Hospital Cesar Uribe Piedrahita y contribuyente la Nación”. (...) Por consiguiente, “son ustedes los responsables de expedir una nueva certificación laboral bajo parámetros de ley reportando la entidad que asume los tiempos laborados por el afiliado para el Hospital y previa validación de la información”[4]. (Subrayado fuera del texto).

1.5.8. Copia del oficio adiado el 13 de julio de 2012, mediante el cual la Gobernación de Antioquia manifiesta que:

“[E]l señor Francisco Javier Uribe Rodríguez no laboró en la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia (Dependencia del Departamento de Antioquia) como asegura el hospital en el radicado N° 100-303, por consiguiente, no es la entidad competente para certificar los tiempos laborales en la E.S.E. Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Caucaasia en calidad de entidad empleadora, dicho hospital es el responsable de emitir la certificación laboral correspondiente. La E.S.E reportó al señor Uribe Rodríguez como beneficiario activo de la concurrencia diciembre 31 de 1993, el tiempo del ex empleado fue debidamente certificado por Hospital en calidad de entidad empleadora (...). Las certificaciones de tiempos laborados con destino a la emisión de bonos pensionales, deben ser expedidas por las entidades empleadoras (...). A la fecha la E.S.E no ha firmado contrato de concurrencia para acceder al reconocimiento de los recursos reclamados según directrices legales los cuales ingresarían a un patrimonio autónomo para la posible cancelación de bonos de los beneficiarios reconocidos (...). Se requiere respetuosamente a la E.S.E Hospital Cesar Uribe Piedrahita emita una nueva certificación laboral para bono pensional de conformidad con los lineamientos legales”.

1.5.9. Copia del certificado de información laboral para bonos pensionales y pensiones, emitido por la E.S.E Cesar Uribe, en el que consta que: “el señor Francisco Javier Uribe

Rodríguez se vinculó a la E.S.E Cesar Uribe desde el 15 de febrero de 1986, y su estado es ACTUAL, aportó para pensiones desde el 15 de febrero de 1986 hasta el 31 de julio de 1994, tiempo que el empleador no le descontó para seguridad social, y que la entidad a la que se le realizaron los aportes es la Dirección Seccional de Salud de Antioquia -DSSA"[5] (Negrita fuera del texto).

1.5.10. Copia de la solicitud de emisión del bono pensional a favor del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, con fecha del 12 de octubre de 2012.

1.5.11. Copia de la respuesta de la Gobernación de Antioquia a la solicitud presentada por BBVA Horizonte, adiada el 11 de octubre de 2012, en la que consta que "(...) Aunque en la copia de la base de datos del Ministerio de Salud, que posee referente al pasivo prestacional del sector salud se pudo establecer que el afiliado Francisco Javier Uribe Rodríguez figura como beneficiario activo de la E.S.E. Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Caucaasia, no es responsabilidad aun del extinto fondo prestacional cancelar estos bonos pensionales, en consideración que no se ha firmado el convenio de concurrencia, requisito esencial para acceder al reconocimiento de ello. La ESE en virtud de lo consagrado en el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 deberá seguir presupuestando y pagando estas obligaciones pensionales. Una vez establecido el porcentaje de participación de las entidades concurrentes con la firma del convenio le será reconocido por el Pasivo Prestacional el valor cancelado, actualizado a la fecha del reconocimiento".

1.5.12. Copia de la solicitud elevada por BBVA Horizonte a la E.S.E. Cesar Uribe, el 7 de noviembre de 2012, mediante la cual pide que se esclarezca lo atinente al bono pensional del accionante, e informa que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia manifestó que "el señor Uribe Rodríguez no se encontraba a cargo del extinto Fondo Prestacional del Sector Salud".

1.5.13. Copia de la sentencia del 19 de diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Caucaasia, Antioquia, que decidió "tutelar el derecho fundamental invocado por Francisco Javier Uribe Rodríguez, a quien le ha sido vulnerado por la E.S.E Hospital Cesar Uribe Piedrahita, el derecho fundamental constitucional de petición, por lo expuesto en la presente sentencia. Ordenar (...) proceda la E.S.E Hospital Cesar Uribe Piedrahita, dé respuesta clara, precisa y oportuna, del derecho de petición interpuesto por

el accionante a través del Fondo de Pensiones a que está afiliado, y que hace referencia al Bono Pensional; de acuerdo a los lineamientos dados en la parte motiva de esta providencia”.

1.5.14. Copia de la solicitud de cumplimiento del fallo de tutela radicado 2012-000317-00, aditada el 17 de enero de 2013, mediante el cual BBVA Horizonte solicita a la E.S.E Cesar Uribe “resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago del bono pensional del afiliado”.

1.5.15. Copia de la respuesta del 17 de enero de 2013, mediante la cual la E.S.E Cesar Uribe da cumplimiento al fallo del Juzgado Civil Laboral del Circuito de Caucasia. En ésta manifestó que:

“(…) la ESE pertenece a la especial categoría de entidades públicas, su vida jurídica comenzó a partir del momento de la creación de la Empresa Social del Estado mediante la ordenanza 044E del 30 de diciembre de 1996, y a partir de allí la ESE tiene la responsabilidad del funcionario; el tiempo anterior a la respectiva fecha estuvo vinculado al Departamento de Antioquia. (...) Si bien la entidad que represento tiene la información para certificar el tiempo de servicio del solicitante en el hospital, todo el tiempo laborado, desde el 15 de febrero de 1986 al 31 de julio de 1994, lo hizo como funcionario de la Dirección Seccional de Salud del Departamento, y es a esta entidad a quien corresponde la responsabilidad en el pago del bono pensional y no a la ESE, quien por Ley ha sido relegada de una responsabilidad que no le corresponde. (...) Respecto al contrato de concurrencia, el Decreto 306 de 2004, señala en su artículo 7, al determinar los parámetros para el mismo, que concurrirán las instituciones del orden territorial y la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en el total de la financiación de la respectiva institución de salud, durante los cinco años anteriores a 1994 (...)”.

1.5.16. Copia del escrito de impugnación de la sentencia proferida por Juzgado Civil Laboral del Circuito de Caucasia el 19 de diciembre de 2012, mediante el cual el accionante manifestó no estar de acuerdo con el dicho fallo, pues “no resuelve o protege los derechos fundamentales que me vienen siendo vulnerados en manera alguna, pues con ello lo único que se está ordenando, es que la E.S.E Hospital cesar Uribe Piedrahita de Caucasia se

pronuncie nuevamente frente a la solicitud de reconocimiento y pago de mi bono pensional, sin que resuelva de fondo mi petición de reconocimiento y pago de mi bono pensional, pues de no aceptarlos y reconocerlos, mi situación continuará sin solución de manera indefinida, o solo hasta que la Jurisdicción Ordinaria Laboral lo establezca, lo cual obviamente no podré esperar, pues no cuento con ingresos que me permitan atender mis necesidades elementales (...)"

1.6. ACTUACIONES SURTIDAS POR LA SALA DE REVISIÓN

1.6.1. Mediante auto del 11 de septiembre de 2013, el despacho del Magistrado Ponente, dados los hechos y pretensiones referidos, consideró necesario:

“PRIMERO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio de Salud y de la Protección Social (Carrera 13 No. 32- 76 Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe:

1.) Si el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía N° 8293638 expedida en Medellín, se encuentra afiliado al régimen de seguridad social en salud.

2.) En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿a qué régimen se encuentra afiliado (régimen contributivo o subsidiado)? ¿Desde cuándo está afiliado a dicho régimen?

3.) En caso de encontrarse afiliado en el régimen contributivo, ¿en que calidad, cotizante o beneficiario?

4.) En caso de ser cotizante, ¿es dependiente o independiente? ¿de quien es dependiente? ¿cuál es el salario base de cotización?

5.) En caso de ser beneficiario, ¿de quien lo es?

SEGUNDO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cauca Antioquia (Centro Administrativo Municipal), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si a nombre del señor Francisco Javier Uribe

Rodríguez se encuentra registrada alguna propiedad.

TERCERO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, D.C. (Calle 74 # 13 - 40), (Calle 26 No. 13-49 Int. 202), y (Diagonal 44 Sur No. 50-61), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si a nombre del Francisco Javier Uribe Rodríguez se encuentra registrada alguna propiedad.

CUARTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín (Calle 9 No 43 B - 17) y (Cr47 52-122 Interior 201), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si a nombre del Francisco Javier Uribe Rodríguez se encuentra registrada alguna propiedad.

QUINTO: COMISIONAR al Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá (Cr10 14-33 P-2), para PRACTICAR interrogatorio al señor Francisco Javier Uribe Rodríguez (Carrera 78 M Bis N° 40 B-09 Bomberos Barrio Nuevo Kennedy-Bogotá D.C.), con el fin de verificar las condiciones económicas, sociales y laborales en las que se encuentra.

La diligencia deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto. La práctica de este interrogatorio deberá ser notificada a todas las partes intervinientes en la presente acción. El escrito que contenga la práctica de este interrogatorio, deberá ser enviado a la Secretaría General de la Corte Constitucional al día siguiente de su realización.

En el interrogatorio deberán hacerse las preguntas que de acuerdo a los hechos del caso, considere pertinente el funcionario del Juzgado comisionado. Además, se deben hacer las siguientes:

- 1) Indique detalladamente las entidades en las que ha trabajado y los periodos laborados.
- 2) ¿Actualmente se encuentra trabajando? En caso de ser negativa la respuesta anterior, indique ¿de qué ha derivado su subsistencia desde que dejó de trabajar?
- 4) ¿Ante cuál entidad gubernamental declaró ser desplazado?

SEXTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la E.S.E. Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Cauca, Antioquia, (Cr18 x Cl 31 El Palmar-Cauca) para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe:

- 1) La fecha exacta de vinculación y desvinculación del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez.
- 2) El salario percibido por él durante su vinculación.
- 3) ¿Durante la vinculación del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez a la E.S.E. Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Cauca, se le hicieron los descuentos respectivos para aportes a pensión? En caso de ser negativa la anterior respuesta, indique el por qué. Si es positiva la respuesta, indique el fondo o la caja de previsión ante quien se hicieron los aportes.

SÉPTIMO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio de Salud y de la Protección Social (Carrera 13 No. 32- 76 Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si la señora Isabel Penites Bolívar, esposa del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, identificada con la CC 31398611 de Cartago, está o no pensionada. En caso de estarlo, indique cuándo se le otorgó el beneficio y a cuánto asciende el monto de dicha pensión.

OCTAVO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Departamento para la Prosperidad Social (Calle 7#6-54, Bogotá D.C.) para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez y/o la señora Isabel Penites Bolívar se encuentran inscritos en su base de datos como desplazados por la violencia.

NOVENO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Carrera 8 #6C-38, Bogotá D.C.) para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, manifieste lo que considere pertinente”.

1.6.2. Mediante auto del 2 de octubre de 2013, el despacho del Magistrado Ponente,

dados los hechos y pretensiones referidos, consideró necesario:

“PRIMERO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se ponga en conocimiento de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia (Calle 42B N° 52-106. Gobernación de Antioquia. Piso 8. Centro Administrativo Departamental José María Córdoba. Medellín, Antioquia) y de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (Carrera 11 #87-51. Piso 7-9. Bogotá, D.C.), la solicitud de tutela de la referencia y los fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, expresen lo que estimen conveniente.

SEGUNDO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio de Salud y de la Protección Social (Carrera 13 No. 32- 76 Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe quién o qué entidad realizó las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía N° 8293638 expedida en Medellín, desde 1986 hasta el 2013.

TERCERO. COMUNICAR esta decisión a las partes dentro del proceso de la referencia (E.S.E. Hospital Cesar Uribe Piedrahita de Caucaasia, Antioquia, (Cr18 x Cl 31 El Palmar-Caucaasia) y Francisco Javier Uribe Rodríguez (Carrera 78 M Bis N°.40 B-09 Bomberos Barrio Nuevo Kennedy, Bogotá, D.C.))”.

1.7. PRUEBAS Y RESPUESTAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.7.1. Mediante escrito radicado el 18 de septiembre de 2013 en la Secretaría de esta Corporación, la Registraduría Principal de II PP de Medellín, Zona Norte, informó que “el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez sí cuenta con un derecho en una propiedad Registrada en esta Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria N°(...). El porcentaje de la propiedad fue adquirido por adjudicación en sucesión (...)”.

Como anexo se encuentra copia de la matrícula inmobiliaria (...), correspondiente al círculo registral de Medellín Zona Norte, en la que consta que el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, junto con otras personas, es el propietario de: “un lote de terreno con casa de habitación de material y tejas. Situado en esta ciudad. En el barrio Manrique con predio

dentro de los siguientes linderos: por el frente con la calle 67. En una extensión de 9 varas. Por el costado oriente en una extensión de 50 varas. Con propiedad que es o fue del Dr. Jacinto Echeverri Duque. Por atrás, ósea por el sur en una extensión de 9 varas. Con terrenos de que fueron de la Sociedad de Urbanización Mutuaria y por el costado occidental en una extensión de 50 vs. Con propiedad que es o fue del señor José Miguel Restrepo” (SIC).

1.7.2. Mediante escrito radicado el 18 de septiembre de 2013 en la Secretaría de esta Corporación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público concluyó que:

“-La Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de hacienda y Crédito Público nunca ha recibido un solo derecho de petición del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez.

-La Nación no es el emisor del bono pensional del accionante. La Nación sólo participa del bono pensional como cuotapartista.

-La actuación de esta oficina que sólo actúa a nombre de la Nación se centra en “prestar el servicio” o facilitar al emisor y demás cuotapartistas del bono pensional, el Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda.

-La redención normal del bono pensional del accionante tuvo lugar el día 03 de octubre de 2011, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 20 del Decreto 1748 de 1995.

-La AFP Horizonte nunca ha efectuado la solicitud de Emisión y Redención del Bono Pensional del accionante por medio del Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda.

-El señor Francisco Javier Uribe Rodríguez “aparentemente” no ha aprobado la Liquidación Provisional que debió presentarle la AFP Horizonte, aceptación con la cual la AFP se autoriza-de haberse efectuado-para solicitar correctamente la Emisión y Redención del bono pensional.

- Falta también como elemento del trámite legal vigente, la manifestación previa y escrita, la declaración del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez ante la AFP Horizonte donde está afiliado en pensión, de la aceptación del valor de la liquidación, lo que implica que esté de

acuerdo con la historia laboral, la fecha de corte correcta del bono pensional y el salario base con el que se calculó.

-El señor Francisco Javier Uribe Rodríguez deberá efectuar una declaración juramentada ceñida a lo prescrito por el inciso 1° del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995.

-El emisor Dirección Seccional de Salud de Antioquia, no ha reconocido su participación en el bono pensional tipo A.

-El cuotapartista o contribuyente en el bono pensional, la Nación, no ha ingresado en el Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda el reconocimiento, confirmación u objeción de su participación en el bono pensional del accionante, señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, por las razones arriba indicadas.

-Todo el trámite sobre el bono pensional, debe efectuarlo la AFP Horizonte por obligación contractual con su afiliado, el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez.

-Corresponde a la AFP Horizonte determinar la clase de prestación a la cual tiene derecho el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez”.

1.7.3. Mediante escrito radicado en la Secretaría de esta Corporación el 23 de septiembre de 2013, la E.S.E Hospital César Uribe Piedrahita de Caucasia, Antioquia, expresó que “el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez laboró en la ESE Hospital César Uribe Piedrahita desde el 15 de febrero de 1986 hasta el 1° de febrero de 2013. Durante el periodo laborado tuvo licencia no remunerada desde el 1° de enero de 2013 hasta el 1° de febrero de 2013”.

Como salario devengado por el accionante en el 2012 se reportó el monto de \$1.737.108.

Así mismo, indicó que al señor Uribe Rodríguez “se le hicieron los descuentos respectivos para aportes a pensión desde el 1° de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 2012; cotizaciones realizadas en los siguientes fondos de pensiones:

-1° de agosto de 1994 hasta el 30 de junio de 1996: ISS

-1° de julio de 1996 hasta el 31 de agosto de 2000: Colfondos

-1° de septiembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2012: Horizonte.

Durante el periodo comprendido del 15 de febrero de 1986 hasta el 31 de julio de 1994 no se hicieron descuentos para aportes en virtud de que el cotizante estaba trabajando con una entidad estatal el Hospital Regional César Uribe Piedrahita, quien estaba a cargo del Departamento de Antioquia, y en esa fecha no había entrado en vigencia el sistema general de seguridad social integral. Se advierte que la ESE Hospital César Uribe Piedrahita, sólo nació a la vida jurídica a partir del 30 de diciembre de 1996 con la ordenanza 44E, por lo que la responsabilidad de esta última institución en el tema pensional del Sr. Francisco Javier Uribe Rodríguez fue cubierta en debida forma como lo ordenaba la ley”.

1.7.4. Mediante escrito del 20 de septiembre de 2013, el Departamento para la Prosperidad Social informó que “se verificó que el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez y/o la señora Isabel Penites Bolívar, NO FIGURA en el Registro Único de Víctimas-RUV antes Registro Único de Población Desplazada-SIPOD, lo cual quiere decir que no rindió declaración de los hechos que generaron su desplazamiento, ante el Ministerio Público”.

1.7.5. Mediante escrito del 25 de septiembre de 2013, el Registrador Seccional de Cauca informó que no aparece registrada ninguna propiedad a nombre del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez.

1.7.6. Mediante escrito radicado el 25 de septiembre de 2013 en la secretaría de esta Corporación, el Coordinador del Grupo Operativo de la Superintendencia de Notariado y Registro sostuvo que “revisado el índice de propiedad raíz, por nombre y número de identificación, se encontraron las siguientes matrículas inmobiliarias, de las cuales se anexan los respectivos certificados de libertad y tradición: investigado: Uribe Rodríguez Francisco Javier C.C. 8393638. Matrícula (...)”.

Como anexo se encuentra copia de la matrícula inmobiliaria (...), correspondiente al círculo registral de Medellín Zona Sur-Municipio de Itagüí, en la que consta que el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez es el propietario de: “Lote Terreno Lote 3 doble grupo 186 sector 16”.

1.7.8. Mediante escrito radicado el 9 de octubre de 2013 ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, precisó que:

“para obtener la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es factor determinante el saldo existente en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, constituido por los aportes obligatorios y voluntarios más sus rendimientos y el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar. En este orden, como quiera que las sumas existentes en la cuenta del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez no le permiten financiar el pago de una pensión, esta sociedad procedió a establecer otras fuentes de financiamiento, como lo es el bono pensional.

Teniendo en cuenta que el señor Uribe Rodríguez informó a esta entidad que prestó sus servicios a entidades del sector público que no efectuaban sus cotizaciones en el ISS, AFP Horizonte Pensiones y Cesantías solicitó ante dichas entidades las correspondientes certificaciones laborales, en virtud de las cuales se adelantó el trámite de solicitud de la expedición del bono pensional ante la ESE Cesar Uribe Piedrahita, y como contribuyente del mismo la Nación, a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En este punto, es pertinente señalar que a pesar de los requerimientos que esta Sociedad Administradora ha efectuado al Hospital Cesar Uribe Piedrahita para que reconozca y autorice el pago del cupón principal del bono pensional a su cargo, hasta la fecha no hemos obtenido respuesta alguna por parte de la citada entidad”.

Terminó expresando que “AFP Pensiones y Cesantías no ha vulnerando S.A. derecho fundamental alguno al señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, como quiera que su actuación se encuentra ajustada a las disposiciones legales”.

1.7.9. Mediante escrito radicado el 10 de octubre de 2013, el señor Francisco Javier Uribe Rodríguez manifestó ser ex empleado público del orden departamental de la ESE Cesar Uribe y, “desde mi posesión en la ESE (febrero 15 de 1986) hasta el 31 de agosto de 1994 la institución no cotizó en ninguna entidad la seguridad social (Salud-Pensión-ARP) de ningún empleado; ósea que la primera cotización fue el 31 de agosto de 1994, mucho después de implementar la Ley 100”.

1.7.10. Mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 16 de octubre de 2013, la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de la Gobernación de Antioquia, manifestó que para ninguna época fue empleador del señor Francisco Javier

Uribe Rodríguez, por lo que no tiene obligación legal de emitir ni pagar el bono pensional reclamado, pues esto “le corresponde a la entidad donde el afiliado prestó válidamente los servicios personales sin cotización”.

Adicionó que para el pago de dicho bono pensional, existen unos recursos del extinto fondo prestacional “o también llamado de la concurrencia del sector salud de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 destinados a financiar el pasivo prestacional causado en los Hospitales hasta 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los funcionarios y exfuncionarios reconocidos como beneficiarios, de donde se registra como beneficiaria de estos recursos a la ESE Cesar Uribe y su ex funcionario Francisco Javier Uribe Rodríguez por haber sido reportado como activo de dicha institución en su momento al Ministerio de Salud; lo que en otras palabras indica que el pasivo pensional, como lo es el bono pensional es garantía de esos recursos (SIC), los cuales se harán efectivos únicamente cuando se firme el convenio de concurrencia entre la Nación, el Departamento de Antioquia y el Municipio de Cauca, si es del caso”.

En virtud de lo anterior, solicitó que se excluyera del Litis consorcio necesario, toda vez que no es la emisora ni contribuyente del bono pensional.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Corresponde a esta Sala establecer si la E.S.E Cesar Uribe vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, al negarle el bono pensional al que dice tener derecho, por no reconocer ser su empleador en el periodo comprendido entre 1986 hasta 1996, bajo el

argumento de que fue creada el 30 de diciembre de 1996, pese a que en el expediente existe prueba de que su existencia jurídica se dio a partir del año 1986, época en que también fue vinculado el accionante a la entidad accionada.

2.2.2. Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: i) el derecho a la seguridad social en pensiones a la luz de los instrumentos internacionales; ii) el contenido del derecho a la seguridad social en pensiones; iii) la historia del desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones; iv) la normativa aplicable en materia de bonos pensionales; y v) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales. Subsiguientemente, la Sala pasará a resolver el caso concreto.

2.3. SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES CON ANTERIORIDAD Y POSTERIORIDAD DE LA LEY 100 DE 1993

2.3.1. El derecho a la seguridad social en pensiones a la luz de los instrumentos internacionales

La aparición del sistema de Seguridad Social en Colombia se remonta a los años 1945 y 1946, cuando se crearon la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL), el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS) y las cajas de previsión departamentales y municipales; sin embargo, fue hasta 1991 cuando se establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable y universal, y hasta 1993 cuando con la expedición de la Ley 100 se creó el sistema general de pensiones, con el fin de corregir las distorsiones que existían en el sistema.

No obstante lo anterior, desde antes de la adopción de la Constitución de 1991, ya el Estado colombiano había reconocido el derecho a la seguridad social en pensiones como un derecho humano, y se había obligado, a través de la ratificación de algunos instrumentos internacionales, a implementar medidas para asegurar que las personas recibieran protección frente a las contingencias que le afectaran. Adicional a ello, se obligó a desarrollar la legislación interna con el fin de que se promovieran las condiciones mínimas de previsión social.

Algunos de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la seguridad social y que crean obligaciones sobre la materia al Estado colombiano, son:

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual fue acogida por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual hace parte Colombia. Este instrumento internacional, texto fundante del sistema internacional de protección de los derechos humanos, en su artículo 22 estableció que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Por otra parte, en 1952, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó los Convenios No. 102 y 128 sobre la Seguridad Social, en los que se establecen las normas mínimas que deben estar presentes en las legislaciones internas, con el propósito de dar aplicación al artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos convenios sirven de base para todos los estados respecto de la adopción de las normas de la seguridad social, en las que debe preverse protección frente a las contingencias de vejez, invalidez y sobrevivencia.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 9 manifiesta que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981, en su artículo 5 consagra que: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (...)”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- “Protocolo de San Salvador”-, aprobado por Colombia mediante la Ley 1319 de 1996, en su artículo 9 manifiesta que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

De la lectura de las normas transcritas, se deduce que Colombia de antaño ha reconocido y protegido, en virtud de los compromisos adquiridos en los tratados internacionales, el derecho a la seguridad social y, en particular, el derecho a la pensión de vejez como parte de éste. Por tanto, los principios y garantías contenidos en esos instrumentos son aplicables a las pensiones reconocidas antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto el mandato comprendido en ellos fue reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano desde antes de la existencia de aquella ley.

2.3.2. Contenido del derecho a la seguridad social en pensiones

En cuanto al contenido del derecho a la seguridad social en pensiones, es de recibo traer a colación la Sentencia C-258 de 2013[6], en la que esta Corporación hizo un análisis cuidadoso de la composición y alcance de esta garantía constitucional. En dicho fallo se expresó que:

“El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social (i) es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y (ii) es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” en concordancia con varios instrumentos del bloque de constitucionalidad.

Del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende que el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, entre otras contingencias.

La pensión de vejez es entonces uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando en razón de su edad, se produce una esperable disminución de su capacidad laboral, lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

Para poder brindar efectivamente protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, como mínimo, sobre (i) instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y (iii) provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Además, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Según el principio de universalidad, el Estado -como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social -con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

Por su parte, el principio de eficiencia requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como

la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas.

Finalmente, la solidaridad, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor”.

Por otra parte, cabe resaltar que el derecho a la pensión de vejez debe ser reconocido a todas las personas que acrediten los requisitos establecidos en la ley aplicable al caso concreto, y no puede ser protegido exclusivamente a determinadas personas, porque un trato diferenciado de esta naturaleza, en virtud del carácter universal del derecho, carecería de justificación constitucional, y se tornaría por tanto en un trato discriminatorio.

2.3.3. Breve reseña histórica del desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones

La historia de la seguridad social en Colombia ha sido estudiada en diferentes ocasiones por esta Corporación[7]. Al respecto se puede advertir que la Constitución Política de 1886 no contenía una norma directamente orientada a garantizar plenamente la seguridad social, y en su artículo 19 solamente se pregonaba por “una asistencia pública, encaminada a la protección de las personas incapacitadas para trabajar”; por lo que se puede decir que el sistema de seguridad social adquiere sustento constitucional con la promulgación de la Constitución de 1991, pues es a partir de ella cuando se reconoce la seguridad social como un servicio público y un derecho de carácter obligatorio, irrenunciable y universal. Asimismo, con la Carta de 1991 se abre el camino para que la jurisprudencia constitucional continúe desarrollando dicho derecho.

A continuación se hará un breve recuento de lo manifestado por esta Corporación en la sentencia T-784 de 2010, posteriormente reiterada por las sentencias T-125 de 2012 y

T-754 de 2012[8], entre otras, respecto a la historia de la seguridad social en Colombia, en particular sobre la obligación de los empleadores de hacer provisionamientos para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores y sobre la obligación de afiliación a las diferentes entidades a cargo del reconocimiento de las pensiones.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 no existía un riguroso y adecuado desarrollo normativo en la materia[9], lo que se evidencia en la coexistencia de diferentes regímenes pensionales que eran administrados por diversas entidades, y en el hecho de que a ciertos empleadores les correspondía asumir directamente el pago de las pensiones[10].

Así las cosas, se tiene que en sus inicios, por regla general, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación, correspondían al empleador[11], motivo por el cual, con el fin de reglamentar las relaciones de los empleadores con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, considerada como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo. El artículo 14 de dicha ley estableció en materia de pensiones de los trabajadores del sector privado:

“La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

- a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;
- b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;
- c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos,

liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión” (negrita fuera del texto).

A su turno, el artículo 17 dispuso que los trabajadores nacionales de carácter permanente gozarían de varias prestaciones, entre las que se destaca la siguiente:

“b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

Sin embargo, el artículo 12 de la citada ley precisó que la obligación de reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación se mantendría en cabeza de los patronos hasta la organización del seguro social obligatorio, el cual reemplazaría al “patrono” en la asunción de la prestación pensional y arrojaría los riesgos de vejez, invalidez, muerte, enfermedad general, maternidad y riesgos profesionales de todos los trabajadores.

En el artículo 18 de la ley en mención se consagró además que el Gobierno Nacional procedería a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, posteriormente llamada CAJANAL[12], a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados oficiales[13].

El artículo 23 de dicha ley[14] instituyó en cabeza de los departamentos, intendencias y municipios que no tuvieran organizadas instituciones de previsión social, la obligación de crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicha ley, por lo que en Colombia aparecieron centenares de cajas de previsión social del sector público a nivel territorial.

Finalmente, el artículo 29 permitía la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público, sin importar su orden, con el fin de acceder a una pensión de

jubilación[15].

Posteriormente, con la expedición de la Ley 90 de 1946, se instituyó el seguro social obligatorio para todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje[16], y se creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[17]. Para efectos de esta ley, el artículo 3 precisó que estarían asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades explotaran directa o indirectamente o de las cuales fueran accionistas o copartícipes. El artículo 5 indicó que también estarían sujetos al régimen de seguro obligatorio “los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedan de mil ochocientos pesos (\$ 1.800) por año”[18].

En el artículo 72 de esta ley se consagró además un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, al establecerse una implementación gradual y progresiva del sistema de seguro social, pues se indicó:

“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores” (negrilla y subraya fuera del texto).

También se debe recordar que la Ley 90 de 1946 reemplazó, para los cubiertos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la pensión de jubilación por la de vejez, y señaló en su artículo 76 que para que el Instituto pudiera asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con antelación a la expedición de esa ley, era necesario que el “patrono” aportara “las cuotas proporcionales correspondientes”[19]. Este artículo también reiteró que las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación

anterior estaban obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirían afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hubieran venido laborando para ellos, hasta que el Instituto conviniera en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales[20].

Por último, el artículo 82 autorizó la continuidad de las instituciones de previsión social existentes en caso de que reconocieran prestaciones mayores o por lo menos iguales a las determinadas en la Ley 90 de 1946[21].

Así las cosas, se tiene que la Ley 90 de 1946, además de crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, introdujo una obligación en cabeza de los empleadores para con sus trabajadores, consistente en hacer los aprovisionamientos de capital correspondientes en cada caso para que éstos fueran entregados al Instituto con el fin de que este pudiera sumir el aseguramiento de los riesgos de vejez e invalidez por servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley.

Es de recordar además que en los casos en que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales hubiese asumido el aseguramiento de tales riesgos, los recursos para su cubrimiento, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, provendrían de un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y el Estado; no obstante, el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono[22].

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo[23], en su artículo 259, reiteró la regla de que temporalmente el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación, estaría en cabeza del empleador, hasta que el riesgo correspondiente fuera asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El precepto citado consagraba que:

“1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto” (negrilla fuera de texto).

Adicionalmente, el Código amplió la obligación de pago de la pensión de jubilación a las empresas de capital de ochocientos mil pesos o superior –artículo 260-.

Por su parte, la Ley 71 de 1988, “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 7 permitió la acumulación de tiempos cotizados en distintas entidades de previsión social y el Instituto de Seguros Sociales, al consagrar que:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Posteriormente, el Decreto 2709 de 1994, “por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988”, estableció en su artículo 1º que: “La pensión a que se refiere el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”[24].

En el artículo 3, el mismo decreto consagró que: “La pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas”, y en

su artículo 11 expresó lo siguiente:

“Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.

Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince (15) días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual, si no se ha recibido respuesta, se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión”.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, la mencionada disposición del Código Sustantivo del Trabajo que establecía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, fue reemplazada por el artículo 33, posteriormente modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que introdujo nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez y algunas reglas pertinentes para el cómputo de las semanas cotizadas en el régimen de prima media, a saber:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”[25].

Además de acumular tiempo, la Ley 100 de 1993 materializó la obligación de los aprovisionamientos mediante la inclusión de reglas sobre bonos pensionales, de lo cual se ocupará la Sala más adelante.

Puede afirmarse entonces que, en virtud de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad y unidad, la Ley 100 de 1993 tuvo como objetivo fundamental la cohesión de los distintos regímenes pensionales que existían en ese momento en el sistema pensional colombiano, con el fin de que se superaran las dificultades que se avizoraban en el manejo de las referidas prestaciones, lo que se traducía en inequidades y desventajas para los trabajadores, debido, entre otros aspectos, a la desarticulación normativa y a que en algunos casos especiales se impedía la acumulación semanas laboradas ante distintos empleadores.

Pare efectos de resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, la Sala resalta las siguientes conclusiones:

La Ley 6 de 1945 impuso la obligación a (i) los empleadores que tuvieran un capital de

más de un millón de pesos –artículo 14- y (ii) las entidades públicas del orden nacional –artículo 17-, de hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios.

Esta ley dispuso además que el pago de la pensión estaría a cargo de esos empleadores privados hasta tanto se creara un seguro social obligatorio, el cual los subrogaría en la obligación y se abrogaría los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Por otra parte, para los empleados y obreros nacionales, la ley dispuso la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, y en virtud de la obligación contenida en su artículo 23, según la cual, “Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”, se crearon además otras cajas de previsión del sector público a nivel territorial, quienes tuvieron a su cargo el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de dichos trabajadores. Como la introducción de esas instituciones de previsión y el seguro social obligatorio sería futuro y progresivo, en virtud de la Ley 6 de 1945, los empleadores –tanto privados como públicos cobijados por la ley- mantuvieron el deber de realizar el aprovisionamiento de los fondos necesarios para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores.

La Ley 90 de 1946 creó el seguro social obligatorio para (i) todos los trabajadores, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje; (ii) los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales; y (iii) los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedieran de mil ochocientos pesos por año –en un comienzo para estos trabajadores la afiliación era voluntaria-. Además, la referida ley dispuso que el Instituto paulatinamente asumiría el cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte de los trabajadores, una vez el empleador cumpliera el aporte previo señalado para cada caso y

que correspondía a las semanas laboradas para ese empleador antes de que el Instituto asumiera la obligación. La Ley 90 también autorizó que continuaran funcionando algunas instituciones de previsión a cargo de tales riesgos creadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Por tanto, esta ley impuso las siguientes obligaciones en cabeza del empleador de los trabajadores cobijados: (i) afiliar al seguro social obligatorio y pagar en lo sucesivo las cotizaciones respectivas, y (ii) pagar a la respectiva entidad de seguridad social el aporte correspondiente a las semanas trabajadas previamente desde que surgió la obligación de hacer las provisiones, es decir, desde la Ley 6 de 1945 para los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos y las entidades públicas del orden nacional, y desde la Ley 90 de 1946 para los empleadores de los demás trabajadores cobijados por dicha ley -ver párrafo previo-.

El artículo 29 de la Ley 6 de 1945 había permitido la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público con el fin de acceder a una pensión de jubilación. Con la Ley 71 de 1988 fue posible además la acumulación de semanas cotizadas ante diferentes cajas de previsión y el Instituto de Seguros Sociales.

La Ley 100 de 1993 unificó las reglas relativas a la seguridad sociales en pensiones -salvo algunas excepciones- y creó dos regímenes: prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad. En su artículo 33, unificó las reglas para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

El párrafo del artículo 33 de la Ley 100 reiteró la posibilidad de acumular tiempos laborados en los sectores públicos y privados, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, y amplió las posibilidades de acumulación a hipótesis que no habían sido previstas por las leyes 6 de 1945 y 71 de 1988. En efecto, la primera ley autorizaba la acumulación de tiempos laborados en entidades de derecho público, mientras la segunda permitía la acumulación de semanas cotizadas en las cajas de previsión social y en el Instituto de Seguros Sociales. El párrafo del artículo 33 de la Ley 100 amplió esta posibilidad y contempló hipótesis que habían sido pasadas por alto por las anteriores leyes, como la acumulación de (i) las semanas laboradas para empleadores que aún mantenían la obligación de reconocer directamente -por ejemplo en virtud de una convención

colectiva- la pensión de jubilación -literal c-, siempre y cuando el contrato laboral se encontrara vigente al 1° de abril de 1994 o se iniciara con posterioridad a esa fecha[26], y (ii) las semanas trabajadas para un empleador que había omitido su obligación de afiliar al trabajador al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 -literal d-.

Así mismo, el artículo 115 de la Ley 100 contempló la posibilidad de pago de un bono pensional, que se causa cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones se trasladan del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. A saber:

“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.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono”.

2.4. NORMATIVA APLICABLE A LOS BONOS PENSIONALES.

2.4.1. La Ley 100 de 1993 creó el sistema de bonos pensionales para solucionar el

inconveniente surgido de los trasladados de regímenes pensionales y/o del paso de una entidad gestora a otra[27].

En virtud de esta figura, el interesado tiene derecho a que se efectúe un cálculo actuarial del universo de capital cotizado, para que la suma de todos esos dineros contribuyan a la conformación del gran capital necesario para financiar su pensión.

En este orden de ideas, el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 define los bonos pensionales como “aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”.

Una de las hipótesis que contempla la Ley 100 de 1993- artículo 113- para que haya lugar al reconocimiento de bonos pensionales, es que los afiliados al Sistema General de Pensiones se trasladen del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

En particular, tienen derecho a bono pensional, según el artículo 115 de la misma ley:

“Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono”.

Ahora bien, en cuanto a las características que deben tener los bonos pensionales, el artículo 116 de la Ley 100 enumera las siguientes: “a) Se expresarán en pesos; b) Serán nominativos; c) Serán endosables en favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones; d) Entre el momento de la afiliación del trabajador y el de redención del bono, devengarán, a cargo del respectivo emisor, un interés equivalente a la tasa DTF, sobre saldos capitalizados, que establezca el Gobierno y, e) Las demás que determine el Gobierno Nacional” (Subrayado fuera del texto)[28].

Ahora bien, pasando al tema de quién debe expedir los bonos pensionales, el artículo 119 de la Ley 100 de 1993 consagra que “éstos serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años”.

Por el contrario, “cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco (5) años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones, en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio”[29]. Para los casos señalados en el artículo 121 de la Ley 100 (cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional), “la Nación expedirá los bonos a cargo de tales entidades”[30].

En cuanto a las contribuciones para los bonos pensionales, el artículo 120 de la Ley 100 manifiesta que: “Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente. El factor de la cuota parte será igual al tiempo aportado o servido en cada entidad, dividido por el tiempo total de cotizaciones y servicios reconocido para el cálculo del bono”[31]. (Subrayado fuera del texto).

Para el caso en que la Nación deba expedir bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, el artículo 121 de la citada Ley 100 contempla que: “La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con

las características señaladas en los artículos anteriores, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades”[32].

2.4.2. Dependiendo la circunstancia en la cual se encuentre inmersa la persona, existen diferentes tipos de bonos pensionales.

i) Bono pensional tipo A: “Se denominan bonos pensionales Tipo A, a aquellos títulos que se expiden a las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad”[33].

ii) Bono pensional tipo B: Los bonos pensionales tipo B son aquellos que “se expiden a favor de quienes se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o después de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”[34].

iii) Bono pensional tipo C: Conforme al artículo 2 de Decreto 816 de 2002, estos bonos pensionales son los “que de conformidad con este decreto deben recibir el fondo de previsión social del Congreso se denominaran tipo C”.

Ahora bien, del artículo 122 de la Ley 100 se desprende la obligación de las Cajas, Fondos o Entidades del sector público que no hayan sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, de “destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan, mediante la constitución de patrimonios autónomos (...)”[35].

2.4.3. Respecto al tema específico del pago del pasivo laboral para pensiones de jubilación de los trabajadores del sector salud y la expedición y pago de los respectivos bonos pensionales, la Ley 60 de 1993[36] creó el Fondo Nacional para el Pago del Pasivo Prestacional de los Servidores de este sector, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y estadística, con las siguientes características:

“1.- El Fondo Prestacional garantizará el pago del pasivo prestacional por concepto de

cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de que trata el numeral 2 del presente artículo, que se encuentren en los siguientes casos:

a) No afiliados a ninguna entidad de previsión y seguridad social, cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones (...).

2.- Son beneficiarios del Fondo y tienen derecho a exigir el pago de la deuda de sus pasivos prestacionales, los servidores mencionados en el numeral 1 del presente artículo que pertenezcan a las siguientes entidades o dependencias del sector salud:

a) A las instituciones o dependencias de salud que pertenezcan al subsector oficial del sector salud;

b) A entidades del subsector privado del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, y aquellas privadas que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

c) A las entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

Parágrafo 1º. La metodología para definir el valor de los pasivos prestacionales y los términos de la concurrencia financiera para su pago será establecida mediante reglamento por el Gobierno Nacional. Ese reglamento además caracterizará la deuda del pasivo prestacional, la forma de manejo del Fondo, al igual que su organización, dirección u demás reglas de funcionamiento, en un período no mayor a los seis meses siguientes de expedida la presente Ley". (Subrayado fuera del texto).

2.4.4. Sobre el mismo tema, el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 consagra que:

“El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993,

cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta Ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en esta, será asumido por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma Ley (...). 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 en los términos previstos en la Ley 60 de 1993". (Subrayado fuera del texto).

2.4.5. Por su parte, el Decreto 1299 de 1994 "Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales", establece las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de negociarlos y las condiciones de los bonos pensionales cuando éstos deban expedirse a los afiliados del Sistema General de Pensiones que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad[37].

Así, en su artículo 2º, dicho decreto expresa que: ""Los afiliados al Sistema General de Pensiones, que seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad para efectos del reconocimiento del bono pensional, deberán acreditar alguno de los siguientes requisitos: (...) b). Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria (...)"

2.4.6. Por su parte, la Ley 715 de 2001, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993.

En el artículo 61 de dicha ley, se establece que "en adelante, con el fin de atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación para el pago de las cesantías y pensiones

de las personas beneficiarias de dicho Fondo y de acuerdo con los convenios de concurrencia correspondientes, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se hará cargo del giro de los recursos, así: (...) 61.2. A las entidades administradoras de pensiones o cesantías a las cuales se encuentren afiliados los servidores públicos”.

El artículo 62 de la misma Ley 715 consagra que para efectos de los convenios de concurrencia, los cuales deberán ser suscritos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se continuarán aplicando los procedimientos del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, así como la forma en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse.

En el mismo artículo se establece que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá establecer, en concertación con el ente territorial, las condiciones para celebrar los convenios de concurrencia y el desarrollo de los mismos, así como revisar y actualizar en forma periódica el valor de la deuda prestacional, definiendo la responsabilidad de cada uno de los entes que suscribe el convenio de concurrencia.

2.4.7. Para efectos de dar aplicación al artículo citado en precedencia, el artículo 2° del Decreto 1338 de 2002 manifiesta que el Ministerio de Salud cuenta con un término máximo de 5 meses, contados a partir de la vigencia del decreto, como fecha límite para el traslado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la información, expedientes, actos administrativos, archivos y demás documentos necesarios para la suscripción de los convenios de concurrencia entre el citado Ministerio y las entidades territoriales de que se trate.

2.4.8. Posteriormente se expidió el Decreto 306 de 2004 “Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001”, que en su artículo 2° establece que el pasivo prestacional está constituido, entre otras cuentas, por las reservas requeridas para el pago de las obligaciones pensionales de trabajadores privados y servidores públicos reconocidos como beneficiarios, la cual estará representada en bonos o títulos pensionales.

En cuanto al reconocimiento del pasivo prestacional, el artículo 3° del citado decreto consagra que “el pasivo prestacional que a la entrada en vigencia del presente decreto aún

no hubiere sido reconocido por el entonces Ministerio de Salud en calidad de administrador del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, será reconocido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, quien puede celebrar los contratos que se encuentran pendientes.

El artículo 7° del citado decreto consagró que:

“Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros: 1. Instituciones Públicas: A las instituciones del orden territorial, la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, les contribuirá en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en el total de la financiación de la respectiva institución de salud, durante los cinco años anteriores a 1994.

El departamento y el municipio y/o los distritos en donde esté localizada la institución de salud deberán concurrir en la proporción en que participaron sus rentas de destinación especial para salud, en el total de la financiación de la institución durante los cinco años anteriores a 1994, lo cual será definido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo. El porcentaje de concurrencia de la Nación se mantendrá aun en los eventos de fusión, liquidación y reestructuración de las entidades cuyas obligaciones hayan sido asumidas por otra entidad pública, en los términos del presente decreto”.

Por su parte, el artículo 10 del decreto en mención expresó:

“Las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones de sus trabajadores, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta cuando se suscriba el convenio de concurrencia que establecerá el mecanismo para la financiación del pasivo prestacional causado hasta el 31 de diciembre de 1993, sin perjuicio de que se deba continuar presupuestando y pagando lo causado a partir de dicha fecha con cargo en su integridad a la entidad empleadora”.

Por último, el artículo 11 del decreto citado consagró que:

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al revisar los contratos de concurrencia en ejecución y suscribir los nuevos contratos según lo establecido en la ley, determinará la concurrencia para la colaboración a las instituciones públicas de salud a cuyo cargo esté el pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993, que fueron reconocidas como beneficiarias del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, de conformidad con las ejecuciones presupuestales de cada institución de los últimos cinco (5) años anteriores al 1° de enero de 1994, tal como lo señala el presente decreto”.

2.4.9. En sentencia 5242 del 21 de octubre de 2010, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda[38], declaró la nulidad parcial de la expresión “y las instituciones hospitalarias concurrentes” contenida en el literal d) artículo 3º, en los incisos 3º y 4º del numeral 1 del artículo 7º y en los artículos 10º y 11º del Decreto 306 de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, por considerar que éste se extralimitó en la expedición de dicho decreto, al modificar la Ley 715 de 2001, radicando la carga del pasivo prestacional de los servidores del sector salud no solo en la Nación y los entes territoriales, sino en las instituciones hospitalarias, en forma concurrente. En palabras del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Analizado el contexto que rodea la expresión demandada, se llega a la conclusión de que en este caso se introducen modificaciones sustanciales a la estructura de la Ley reglamentada, pues el Decreto demandado modifica los principios y la finalidad que la orienta, al regular el procedimiento general para el reconocimiento y pago del pasivo prestacional del sector salud causado hasta 31 de diciembre de 1993.

La expresión demandada es más que la precisión de una facultad de ejecución de las normas legales sobre la carga del pasivo prestacional, pues modifica la voluntad del Legislador al incluir a las instituciones hospitalarias como sujeto obligado al pago del pasivo prestacional en forma concurrente.

Como se indicó con anterioridad, la Ley 715 de 2.001, dispuso en su artículo 62 aplicar el procedimiento establecido en la Ley 60 de 1.993. Es así, como radicó la carga de responsabilidad financiera del pago prestacional en cabeza de la Nación y las entidades territoriales.

Es decir, es clara la norma al señalar, que a pesar de que la seguridad social, comprendida

en ellas las pensiones, sean compartidas con las instituciones de salud, ésta no radicó en ningún momento la carga prestacional en dichas entidades, pues la misma Ley determinó que correspondía al Fondo, el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de las entidades de salud, teniendo éste la responsabilidad (Nación- Entidades Territoriales) y en ningún momento las instituciones de salud, pues la misma Ley las excluye de dicha responsabilidad”.

2.4.10. Posteriormente, el Decreto 0700 de 2013, “Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001”, en su artículo 1° consagra, a favor de las entidades que han suscrito el convenio de concurrencia, que: “La financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales”.

En cuanto a la concurrencia, el mismo decreto en su artículo 2° estipula que:

“Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación y las entidades territoriales para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones de salud beneficiarias, se procederá así:

a) La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asumirá el pago de la concurrencia, en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en la financiación de las instituciones de salud, en los cinco (5) años anteriores al 1° de enero de 1994.

b) Los Departamentos, los Municipios y los Distritos en donde esté localizada la institución de salud, deberán concurrir en una proporción equivalente al porcentaje en que participan las rentas de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, en la financiación de las instituciones de salud en los cinco años anteriores al 1° de enero de 1994.

c) El porcentaje restante, esto es, el derivado de los recursos propios de cada entidad hospitalaria, será asumido por la Nación y las entidades territoriales, a prorrata de la participación de cada entidad en la concurrencia”.

2.4.11. Conclusión

- i) La Ley 100 de 1993 contempló la posibilidad de pago de un bono pensional, que se causa cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones se trasladan del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad[39].
- ii) La Ley 100 también ha establecido que en virtud de esta figura, el interesado tiene derecho a que se efectúe un cálculo actuarial sobre todo el universo de capital cotizado, para que la suma de todos esos dineros contribuyan a la conformación del gran capital necesario para financiar su pensión.
- iii) El artículo 33 de la Ley 60 de 1993 creó el Fondo Prestacional del Sector Salud, para garantizar la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías, reserva para pensiones y pensiones de jubilación de los trabajadores del sector salud.
- iv) El numeral 3 del artículo 33 de la Ley 60 de 1993 ordenó que: "...la responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional de los servidores de las entidades o dependencias identificadas en el numeral 2, reconocidas en los términos de la presente ley, se establecerá mediante un reglamento expedido por el Gobierno Nacional que define la forma en que deberán concurrir la Nación y las entidades territoriales, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la proporción en que han concurrido los diversos niveles administrativos a la financiación de las entidades y dependencias del sector salud de que trata el presente artículo, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades...".
- v) El artículo 61 de la Ley 715 de 2001 suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud y trasladó la responsabilidad financiera concurrente de la Nación en el pago de dicho pasivo, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- vi) El artículo 7° del Decreto número 306 de 2004, dispuso que en la financiación para el pago del Pasivo Prestacional del Sector Salud causado a 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones del sector salud, concurrirían: la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias públicas y privadas.

vii) El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 21 de octubre de 2010, decretó “... la nulidad parcial de la expresión “y las instituciones hospitalarias concurrentes” contenida en el literal d) artículo 3°, en los incisos 3° y 4° del numeral 1 del artículo 7° y en los artículos 10 y 11 del Decreto número 306 de 2004...”, al considerar que el Gobierno Nacional excedió sus facultades reglamentarias. Argumentó que la expresión demandada modificó la voluntad del Legislador, al incluir a las instituciones hospitalarias como sujeto obligado al pago del pasivo prestacional en forma concurrente.

viii) No obstante, el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 0700 de 2013, mediante el cual precisó que la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales. También precisó las reglas aplicables para determinar la concurrencia entre éstos.

ix) Para que proceda la financiación concurrente, se requiere la celebración de un convenio entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el ente territorial, quienes acuerdan cómo se llevará a cabo el pago de las mesadas pensionales. En virtud del convenio de concurrencia, la responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional será determinada según la proporción en que han concurrido los diversos niveles administrativos a la financiación de las entidades y dependencias del sector salud, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades[40].

2.5. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA ORDENAR EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO PENSIONAL.

2.5.1. Fundamento constitucional

El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la Constitución y en la ley.

En virtud de la subsidiariedad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que por regla general esta acción resulta improcedente para el reconocimiento de pensiones, pues para reclamar esa pretensión existen mecanismos judiciales ordinarios. No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes condiciones: i) cuando no existan otras acciones legales, (ii) cuando existiendo éstas no fueren idóneas para poner fin a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del tutelante, o (iii) cuando la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Respecto a los requisitos para la acreditación de la inminencia de perjuicio irremediable, la Corte ha determinado que para que resulte comprobado este requisito debe acreditarse en el caso concreto que dicho perjuicio es: (i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) de tal magnitud que las medidas que se requieren para conjurarlo sean urgentes; y (iv) de tal magnitud que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”[41].

Ahora, de manera reiterada la Corte ha entendido que los medios ordinarios no son idóneos para la protección de un derecho fundamental, dada la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad y de los discapacitados- así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante[42]. De ahí que, por ejemplo, cuando la pretensión se ciñe al reconocimiento de la pensión de vejez, se estime que “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 tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor. En este sentido, en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho, pero no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela”[43].

2.5.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para la liquidación y emisión de bonos pensionales.

Ahora bien, respecto al tema particular de si la acción de tutela es o no procedente para ordenar la liquidación y emisión de bonos pensionales, además de las reglas anteriores, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que esta acción sólo procede para dicha finalidad, cuando el bono constituye el elemento fundamental para que se consolide el derecho a la pensión de vejez o de jubilación.

Así, en varias oportunidades, se ha concedido la acción de tutela para ordenar la liquidación y emisión del bono pensional en casos como los siguientes:

En la sentencia T-801 de 2006[44], la Corte Constitucional revisó el caso de un señor que se encontraba afiliado al régimen de prima media por intermedio del ISS y, el 1° de febrero de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con Porvenir, entidad ante quien el 4 de marzo de 2005, solicitó el reconocimiento del derecho a la pensión, pero le fue negado porque no se había emitido de manera definitiva el bono pensional correspondiente, por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se había abstenido de ello “hasta tanto no se conocieran los efectos de la sentencia C-734 de 2005[45]”. Respecto al tema en comento, el Alto Tribunal manifestó que:

“(…) le es dable al juez de tutela conocer de aquellos casos en los que la prolongada espera en la expedición del bono pensional afecta el derecho de una persona al reconocimiento de la pensión de vejez, y, en esa medida, no es dable al fallador rechazar el amparo con fundamento en que se dispone de los mecanismos de defensa judicial ordinarios, lo cuales, para este efecto, no gozan de la idoneidad para evitar que se vulneren los derechos fundamentales mencionados.

En este contexto, se observa que, en el caso objeto de revisión, desde el año 2000 se había iniciado el trámite orientado a obtener la emisión del bono pensional del señor Rodrigo Bueno Delgado y que no obstante que para el 4 de marzo de 2005 había cumplido con los requisitos para obtener su pensión de vejez, la misma no ha podido hacerse efectiva porque el bono Tipo A Modalidad 2 al que tiene derecho no había sido emitido de manera definitiva debido a dificultades administrativas que no resultaban atribuibles al actor. En consecuencia, y con sujeción a los criterios que se han expuesto, la presente acción de tutela resulta procedente para obtener el amparo de los derechos fundamentales del accionante, en el evento que se establezca que los mismos han sido vulnerados por las

entidades de cuya gestión depende su pensión”.

En efecto, dado que el accionante cumplió con los requisitos legales para obtener su pensión de vejez y, como se le dilató el reconocimiento y pago de la misma por más de 5 años, lo cual vulneró sus derechos a la vida digna y al mínimo vital, pues el actor no contaba con una fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades, la Sala consideró que “los trámites administrativos que deben surtirse para el efecto no pueden obrar en detrimento de la situación del afiliado, por lo que se tutelarán los derechos del accionante”.

En el mismo sentido se pronunció la sentencia T-921 de 2011[46], en la que esta Corporación al estudiar el caso de una señora de 74 años de edad que solicitó al ISS su pensión de vejez, por cuanto aducía cumplir los requisitos de ley, pero a quien el referido instituto le negó la pretensión reclamada porque supuestamente no cumplía con las semanas exigidas por la Ley 71 de 1981, “pues el periodo comprendido entre el 10 de abril de 1957 hasta el 5 de agosto de 1960, no puede ser tenido en cuenta porque la Policía Nacional, entidad en la que trabajó durante ese interregno, no efectuó cotizaciones a ningún fondo o caja de previsión social”, manifestó:

En esa oportunidad la Sala consideró que el tiempo que la accionante había trabajado en la Policía Nacional no podía ser desconocido, pese a que dicha institución no efectuó cotizaciones a ningún fondo o caja de previsión social, por lo que ordenó al ISS reconocer la pensión de vejez de la accionante, incluyendo esas semanas por ella trabajadas en la Policía, frente a las cuales el ISS debía proceder como correspondiera.

También en la sentencia T- 543 de 2012[47], esta Corporación al revisar el caso de un señor a quien el ISS le negó su pensión de vejez porque bajo ningún régimen pensional cumplía con el requisito de las semanas cotizadas, en razón a que el Municipio de Barbacoas, por causas no imputables al peticionario, no había efectuado las debidas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones durante el periodo por él laborado en dicha entidad territorial, precisó:

“(…) debido a la avanzada edad del Sr. Alfonso Cortes (69 años), este debe ser considerado como un sujeto de especial protección constitucional por pertenecer a la categoría de los adultos mayores, conforme al artículo 7° de la Ley 1276 de 2007, según el cual ostentan

dicha calidad quienes tengan 60 años o más de edad. A lo anterior se suma la especial condición de salud por la que atraviesa actualmente el peticionario debido a la hipertensión arterial que padece y su calidad de sujeto de especial protección como víctima del desplazamiento forzado por acción de grupos al margen de la ley, condición que se encuentra acreditada a folio 80 del cuaderno 2, donde consta que esta inscrito en el RUPD desde el 12 de julio del 2001.

Lo anterior le permite a esta Sala concluir que los mecanismos judiciales ordinarios previstos para proteger el derecho a la seguridad social, no constituyen, en este caso, un medio idóneo para reclamar la protección urgente de los derechos fundamentales del actor, pues la solución de la controversia por esta vía amenazaría de forma grave el mínimo vital y la salud del actor, incluso pudiendo llegar a superar su expectativa de vida". (Subrayado fuera del texto).

En este caso, la Corte al constatar que el peticionario acreditaba, desde el 4 de febrero de 1977 y hasta el 18 de enero de 1995, 3.957 días cotizados o laborados en la Alcaldía Municipal de Pasto, la Gobernación de Nariño y Alcaldía Municipal de Barbacoas, y a su vez 3.154 días cotizados al ISS desde el 6 de julio de 1973 y hasta el 25 de julio de 2005, infirió que para el 25 de julio de 2005 el actor ya había superado las 750 semanas que exige la excepción planteada en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues contaba con un total de 7.111 días cotizados y laborados al ISS y otras entidades del sector público y privado, que equivalen a un total de 1.015 semanas. Por consiguiente, concluyó que el actor era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le permitió acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros y requisitos del régimen anterior al cual estaba afiliado (Ley 71 de 1988). En virtud de lo anterior, ordenó al ISS reconocer la pensión de vejez del accionante y que procediera a liquidarla y pagarla desde el tiempo en que adquirió el derecho, incluyendo las semanas por él trabajadas en el Municipio de Barbacoas, Nariño, por las cuales el ente territorial no expidió el correspondiente bono pensional, frente al cual ordenó al ISS que procediera como correspondía.

Ahora, es de aclararse que las consideraciones de los casos antes referenciados, son aplicables para el asunto que hoy ocupa la atención de esta Sala, pues si bien éstos se tratan de solicitudes de reconocimiento y pago de pensión al ISS, quien se negaba a acceder a la pretensión reclamada porque los accionantes "no cumplían con las semanas

cotizadas”, ya que algunos de sus empleadores, quienes eran entidades públicas, no expedieron el correspondiente bono pensional, en dichos asuntos la Corte dejó en claro que:

i) Aunque los actores contaban con los mecanismos judiciales ordinarios para reclamar su pensión, éstos no eran idóneos para proteger su derecho a la seguridad social, por cuanto éstos tenían una avanzada edad, por lo que se podría presentar que la solución de la controversia en la vía ordinaria se diera cuando cesara su existencia; por tanto, precisó que no se les podía negar el derecho a disfrutar en vida de esta prestación.

ii) El juez de tutela está en la obligación de conocer de aquellos casos en los que la prolongada espera en la expedición del bono pensional afecta el derecho de una persona al reconocimiento de la pensión de vejez, ello pese a que el actor cuente con mecanismos de defensa judicial ordinarios, pues éstos, en esos casos, no gozan de la idoneidad para evitar que se vulneren sus derechos fundamentales, lo que hace procedente la acción de tutela.

iii) Ante la calidad de sujeto de especial protección constitucional de uno de los accionante como víctima del desplazamiento forzado por acción de grupos al margen de la ley, los mecanismos judiciales ordinarios previstos para proteger el derecho a la seguridad social, no constituyen un medio idóneo para reclamar la protección urgente de los derechos fundamentales de estas personas, pues la solución de la controversia por esta vía amenazaría de forma grave su mínimo vital, agravando aún más su situación.

3. CASO CONCRETO

3.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.1.1. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

3.1.2. Legitimación por pasiva

Con respecto a quién va dirigida la acción de tutela, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 expresa que: “se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)”.

En el caso sub examine se demandó a la E.S.E. Cesar Uribe, que es una entidad pública descentralizada del orden departamental[48], lo cual es acertado a la luz del citado artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Además, dicha entidad es quien debe resolver la reclamación del peticionario y a quien se atribuye la presunta vulneración de derechos.

3.1.3. Examen de inmediatez

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

A propósito de lo esgrimido anteriormente, la Sala encuentra que en el caso bajo estudio se tiene que los hechos presuntamente vulneradores de los derechos del accionante se dieron a partir del 21 de diciembre de 2012, fecha en que la E.S.E Cesar Uribe, en cumplimiento del fallo del 19 de diciembre de la misma anualidad, proferido por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, que le ordenó dar respuesta clara, precisa y oportuna del derecho de petición interpuesto por el accionante, y que hace referencia a su bono pensional, manifestó que el reconocimiento y pago del aludido bono era obligación de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; de otro lado, la presente acción de tutela fue interpuesta el 6 de marzo de 2013.

Entonces, transcurrieron casi 3 meses entre el momento en que la E.S.E Cesar Uribe manifestó que no estaba obligada a reconocer y pagar el bono pensional del actor y la interposición de esta acción de tutela, lo cual demuestra que la transgresión era actual en el momento en que se hizo uso de ese medio para el amparo de los derechos. Incluso, puede afirmarse, que la vulneración de los derechos del accionante se ha prolongado en el tiempo, pues todavía la E.S.E Cesar Uribe no le ha reconocido ni pagado el bono pensional al que el peticionario afirma tener derecho.

3.1.4. Examen del cumplimiento del requisito de subsidiariedad

Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: a) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador[49].

La Sala estima que aunque el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, ese instrumento resulta no ser idóneo para lograr dicha protección, teniendo en cuenta que el señor Uribe Rodríguez tiene 64 años de edad, así que, impetrar una acción por la vía ordinaria y esperar una sentencia que finalice positivamente, podría superar la expectativa probable de vida del petente.

Además, el accionante, dada la edad que tiene, no puede acceder al mercado laboral y, afirma no contar con algún ingreso que le permita asegurar su mínimo vital. De otro lado, los bienes de los que es propietario –“un lote de terreno con casa de habitación de material y tejas, situado en Medellín en el barrio Manrique”-, que le fue adjudicado vía sucesoral al él y a 8 personas más; y –“un lote de terreno lote 3 doble grupo 186 sector 16, ubicado en el municipio de Itagüí, Antioquia, avaluado en \$1.000.000.00”, no garantizan su mínimo vital, pues no existe prueba de que éstos se exploten económicamente y, para

obtener liquidez proveniente de su venta, deben adelantarse un serie de trámites que tardan mucho tiempo.

Así mismo, advierte la Sala que el accionante asegura que tuvo que mudarse a Bogotá y “albergarme en la casa de una de mis hijas por los problemas de seguridad que se vivían en Caucasia”. Las razones por las que abandonó su antiguo lugar de residencia no fueron controvertidas ni desvirtuadas.

Finalmente, él y su esposa viven con una hija en Bogotá que tan solo devenga \$1.700.000. En la actualidad no tiene ninguna otra fuente de ingresos, y ello no ha sido desvirtuado.

Así las cosas, la Sala estima que prolongar en el tiempo el reconocimiento del derecho pensional del accionante, después de que ha esperado más de 3 años por su pensión de vejez, es contrario a los mandatos constitucionales y a las garantías fundamentales pregonadas por un Estado Social de Derechos, lo que hace necesario la intervención del juez de tutela.

Entonces, para la Sala las condiciones planteadas precedentemente hacen necesaria la intervención del juez constitucional.

3.2. EXAMEN DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SEÑOR FRANCISCO JAVIER URIBE RODRÍGUEZ

3.2.1. El señor Francisco Javier Uribe Rodríguez se trasladó el 1° de agosto de 1996, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que dice tener derecho a un bono pensional que represente los aportes efectuados a pensión por él y su empleador con anterioridad a su traslado.

Aduce que desde el 10 de agosto de 2000, se encuentra afiliado a BBVA Horizonte, quien con base en lo señalado en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por los decretos 1474 de 1997 y 1513 de 1998, estableció la historia laboral y el salario base para la liquidación de su bono pensional, con base en certificación laboral N° 128 del 16 de enero de 2012 emitida por la E.S.E Cesar Uribe, y determinó que la emisión del título correspondía a dicha entidad, razón por la cual el 29 de marzo y el 30 de abril de 2012, le remitió la documentación para su respectivo reconocimiento y pago.

Sostiene que el 25 de mayo de 2012, la E.S.E. Cesar Uribe respondió que el cobro del bono pensional debía hacerse a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, ya que “su vida jurídica comenzó a partir del momento de la creación de la Empresa Social del Estado mediante la ordenanza 044E del 30 de diciembre de 1996, y a partir de allí la ESE tiene la responsabilidad del funcionario; el tiempo anterior a la respectiva fecha estuvo vinculado al Departamento de Antioquia”.

En vista de lo anterior, BBVA Horizonte, el 25 de mayo de 2012, remitió oficio a la E.S.E. Cesar Uribe y al Departamento de Antioquia, manifestando que si se daban cambios en el emisor del bono, era necesario que se expidiera una nueva certificación laboral, a lo cual la E.S.E Cesar Uribe respondió con la expedición de dicha certificación (N° 148 del 19 de septiembre de 2012), por medio de la cual indicó que el responsable del reconocimiento y pago del bono pensional es la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Por su parte, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, mediante oficio del 11 de octubre de 2012, indicó que “el reconocimiento y pago del bono pensional del afiliado no está a cargo del extinto fondo prestacional del sector salud, ya que el afiliado figura como beneficiario activo de la ESE Cesar Uribe, por lo que no es responsabilidad aun del extinto fondo prestacional cancelar este bono pensional, en consideración que no se ha firmado el convenio de concurrencia, requisito esencial para acceder al reconocimiento de este. Por ese motivo, la ESE Cesar Uribe en virtud del artículo 242 de la Ley 100/1993 deberá seguir presupuestando y pagando esas obligaciones pensionales” (SIC).

Dado que no se había reconocido ni pagado su bono pensional, el actor instauró acción de tutela contra la E.S.E. Cesar Uribe, la cual le correspondió al Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, Antioquia, quien emite fallo el 19 de diciembre de 2012, en el que ordenó a la E.S.E. Cesar Uribe dar respuesta clara, precisa y oportuna al derecho de petición interpuesto por el accionante sobre el bono pensional[50].

Como la E.S.E. Cesar Uribe no cumplió con lo ordenado por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Cauca, BBVA Horizonte, el 17 de enero de 2013, le remitió comunicado, solicitando el reconocimiento y pago del bono pensional. No obstante, ésta reiteró, mediante escrito del 30 de enero de 2013, que no era la responsable de esta obligación.

El tutelante declara que el 11 de febrero de 2013, presentó ante el mismo despacho

impugnación contra la sentencia de tutela del 19 de diciembre de 2012, pues el fallo proferido “no resuelve o protege los derechos fundamentales que me vienen siendo vulnerados, pues con ello lo único que se está ordenando es que la E.S.E se pronuncie nuevamente sobre la solicitud, sin que resuelva de fondo mi petición”. Sin embargo, la impugnación fue rechazada por extemporánea.

Arguye que a la fecha la E.S.E. Cesar Uribe no ha dado una respuesta clara, concisa y congruente a la solicitud por él elevada, ni ha emitido el respectivo bono pensional, lo cual vulnera su derecho fundamental de petición, así como sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, pues no cuenta con ningún recurso para asegurar su subsistencia y la de su esposa.

En virtud de lo anterior, el accionante interpuso acción de tutela contra la E.S.E Cesar Uribe, con el fin de que le fueran amparados sus derechos a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, y se ordene la expedición y pago del bono pensional.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala establecer si la E.S.E Cesar Uribe está vulnerando los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, al negarle el bono pensional al que dice tener derecho, ya que alega que su creación se dio con la ordenanza 044E del 30 de diciembre de 1996, por lo que aduce no ser responsable de los aportes para pensión que pudo haber realizado el petente desde su vinculación laboral, es decir, desde 1986.

3.2.2. Adentrándonos al caso concreto, la Sala considera necesario comenzar por determinar quién fue el empleador del señor Uribe Rodríguez durante el periodo comprendido entre 1986 y 1993, para posteriormente pasar a precisar cuáles eran sus obligaciones en materia pensional respecto del ex trabajador -hoy accionante-, pues de ello depende que se establezca con certeza si éste tiene o no derecho al bono pensional reclamado y quien es el obligado a expedirlo.

La Sala encuentra que el empleador del señor Uribe Rodríguez siempre ha sido la E.S.E Cesar Uribe por las siguientes razones:

Observa la Sala que: i) en el material probatorio obrante en el expediente se lee que, con base en el primer informe laboral expedido por la E.S.E Cesar Uribe, BBVA Horizonte

determinó que la emisión del bono pensional le correspondía a dicha entidad, por lo que en cumplimiento del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, le remitió la documentación para el respectivo reconocimiento y pago del bono, pero ésta dijo que su vida jurídica comenzó a partir de su creación el 30 de diciembre de 1996, por lo que el cobro debía hacerse a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia. Con base en ello, la E.S.E. procedió a remitir una nueva certificación laboral en la que indicó que el responsable del reconocimiento y pago del bono pensional es la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, afirmación a la que se opone esta entidad, bajo el argumento de que en el primer certificado laboral se dijo que desde 1986 el empleador del actor era la E.S.E Cesar Uribe; y ii) la E.S.E Cesar Uribe no dio explicación alguna al hecho de haber expedido dos certificaciones laborales distintas frente a un mismo empleado durante un mismo periodo laborado, por lo que, si se tratara de un error en la información contenida en sus bases de datos que la hubiese obligado a rectificar con la expedición del segundo informe lo allí estipulado, es innegable que así lo hubiese manifestado.

Por tanto, al existir duda respecto de las certificaciones laborales del señor Uribe Rodríguez, en virtud del principio de favorabilidad, según el cual se debe optar por la interpretación más favorable al empleado en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídica, en el presente caso se debe tomar la primera certificación[51].

En vista de lo anterior, la Sala, en aplicación del principio de favorabilidad, tomará por cierto el contenido de la primera certificación laboral expedida por la E.S.E Cesar Uribe, en la que consta que esa entidad fue la empleadora del señor Uribe Rodríguez desde el 15 de febrero de 1986.

En segundo lugar, y sin desligarse de lo esgrimido en precedencia, la Sala encuentra que, respecto al ya mencionado argumento de la E.S.E Cesar Uribe, según el cual no es la obligada a reconocer ni a pagar el bono pensional reclamado por el accionante, dado que nació a la vida jurídica con la expedición de la ordenanza 044 E del 30 de diciembre de 1996, es menester hacer alusión a que en el expediente se encuentra prueba de que esta entidad fue creada por medio del Acuerdo No.03 del 7 de septiembre de 1986 “como una entidad sin ánimo de lucro, dedicada a la prestación de servicios de salud a la comunidad, perteneciente al subsector oficial del sector salud de segundo nivel de complejidad”[52], y que “mediante la Ordenanza No.044E del 30 de diciembre de 1996 se transformó en

Empresa Social del Estado del orden departamental”[53]. (Énfasis fuera del texto).

De lo anterior se deriva entonces que la E.S.E Cesar Uribe existe desde 1986 como una entidad pública sin ánimo de lucro, dedicada a la prestación de servicios de salud a la comunidad, perteneciente al subsector oficial del sector salud de segundo nivel de complejidad[54], y que en 1996, a través de la ordenanza 044 E, pasó a ser una Empresa Social del Estado del orden Departamental, ello por cuanto el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 ordenó transformar todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto fuere la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud, a las cuales le corresponde la prestación del servicio de salud en forma directa[55].

La Sala recuerda que esta Corte con la transformación de naturaleza jurídica de entidades públicas a Empresas Sociales del Estado, de las entidades que prestan servicios de salud, se produjo “un importante cambio en el modelo de prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas. (...) la nueva estructura se funda en una lógica empresarial y, por ende, la norma contempló, respecto de aquéllas de carácter público, un plazo para su transformación”[56]. (Subrayado fuera del texto).

De otra parte, esta Corporación también ha señalado que mediante el nuevo paradigma de administración de lo público que implementó la Ley 100 de 1993, “el Legislador buscó conciliar criterios o parámetros propios de una economía de mercado, tales como los de competitividad y rentabilidad, con principios propios del Estado Social de Derecho, tales como los de universalidad, solidaridad, equidad y redistribución del ingreso, con el fin de orientar la prestación de los servicios de seguridad social como servicios públicos esenciales, en aras de garantizar el pleno goce y ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud de toda la población colombiana”[57].

De lo anterior se deduce que el cambio de naturaleza jurídica de entidades públicas a Empresas Sociales del Estado, obedece a la adopción de un nuevo modelo de prestación de los servicios de salud, guiado hacia la consecución de la equidad, la mayor cobertura en la prestación del servicio y la facilidad del acceso a la atención médica de los sectores más vulnerables. Para la implementación de este nuevo modelo, por mandato de la Ley 100 de 1993, las entidades públicas existentes cambiaron estructural y financieramente hablando.

En este sentido se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-314 de 2004[58], en la cual se estudió la constitucionalidad de algunos artículos del Decreto 1750 de 2003, por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado. Dicho decreto disponía la incorporación automática y sin solución de continuidad de los trabajadores oficiales del ISS a las E.S.E recién creadas, pero en calidad de empleados públicos. Al estudiar las consecuencias laborales de dicha incorporación, la Corte Constitucional determinó que:

“(…) la modificación en la estructura administrativa de las entidades públicas, incluyendo el cambio de régimen laboral de sus servidores, no autoriza el desconocimiento de los derechos que han ingresado definitivamente en el patrimonio personal”.

En esa ocasión, esta Corporación precisó que la incorporación automática y sin solución de continuidad de los trabajadores oficiales del ISS a las E.S.E en calidad de empleados públicos, implicaba un cambio de régimen constitucionalmente admisible, pero no la pérdida de los derechos y garantías adquiridos durante la vinculación inicial. Así, la Corte declaró exequibles las expresiones “automáticamente y sin solución de continuidad”, pero condicionó la norma a que se entendiera que las mismas no hacían suponer la pérdida de derechos laborales o, incluso, garantías convencionales de los ahora empleados públicos.

Lo dicho por la Corte en la Sentencia C-314 de 2004, fue reiterado en la Sentencia C-349[59] del mismo año. La siguiente fue la base argumentativa de la providencia[60]:

“Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador – trabajador. (...) Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador – trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo (...)”. (Subrayado fuera del texto).

En virtud de lo anterior, esta Corporación decidió declarar exequibles las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en el artículo 17 y la expresión “automáticamente” contenida en el párrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, en el entendido que se respetarán los derechos conforme se expuso

en la Sentencia C-314 de 2004.

De las providencias en cita se concluye que pese a que la escisión del ISS en varias Empresas Sociales del Estado produjo la transformación de su régimen jurídico, y con ello el cambio del régimen de sus trabajadores de oficiales a empleados públicos, la transformación no hizo desaparecer los derechos de que gozaban dichos servidores, lo que implica que éstos continuaron disfrutando las garantías laborales mientras durara su vinculación no perdieron sus puestos de trabajo ni vieron interrumpida la relación empleador – trabajador.

Al respecto, es pertinente aclarar que si bien en estas sentencias se hizo alusión al caso particular de la escisión del ISS en varias Empresas Sociales del Estado, nada se opone a que las prerrogativas allí enunciadas respecto a los trabajadores del extinto ISS, sean aplicadas a los trabajadores de cualquier otra entidad pública que se haya sometido a un proceso de transformación, pues en el plano del derecho a la igualdad, las anteriores circunstancias no admiten ninguna discriminación.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Así, en concepto 1058 diciembre 18 de 1997[61], la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, frente al tema de exoneración de impuestos por los actos y contratos necesarios para la transformación de entidades públicas, precisó que:

“Transformar, según el diccionario de la lengua española, significa ‘hacer cambiar de forma a una persona o cosa’. En materia jurídica la transformación es, de manera general, la continuación bajo otra forma de determinadas situaciones jurídicas.

En el derecho público colombiano se conocen varias clases de transformación. Por vía de ejemplo pueden mencionarse: a) la conversión de una persona jurídica de derecho privado en una de derecho público, cuando la Nación a los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en aquella (inciso 2 del artículo 4 del Decreto-ley 3130 de 1968); b) la nacionalización de entidades financieras por las causas determinadas en el Decreto 2920 de 1982 y, como consecuencia de ello, su clasificación dentro de las categorías de entidades descentralizadas establecidas por los Decretos 1050 y 3130 de 1968; c) la transformación en empresas promotoras de salud de las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con

anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 prestaban servicios de salud o amparaban a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad (Art. 236); d) la transformación de las entidades descentralizadas en empresa de servicios públicos, y e) La transformación de un establecimiento público en empresa industrial y comercial del Estado o en una sociedad de economía mixta, o a la inversa.

La transformación, aunque conserva la personalidad jurídica originaria de la entidad pública, está acompañada de cambios en la naturaleza jurídica de la entidad, en el régimen legal, presupuestal, de control fiscal y laboral de sus servidores, entre otros”. (Subrayado fuera del texto).

También precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil que: “cuando se transforma una entidad pública en cualquiera de las varias clases antes nombradas, en el acto que así lo disponga se preverán todas las operaciones indispensables para garantizar la continuidad del servicio así como para regular la asunción por la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la entidad transformada”. (Subrayado fuera del texto).

Así mismo, en sentencia 0685-11 del 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B[62], al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en un caso de restructuración de la hoy E.S.E San Vicente de Paúl, quien en principio tenía la naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado, y en el que la petente, en virtud del acto de transformación, se había quedado desempleada, manifestó que:

“Al transformarse dicha institución, no es posible hablar de sustitución patronal, figura de derecho privado eminentemente, por cuanto lo que hizo la Empresa que ya era en su mayor parte departamental, fue definir su naturaleza jurídica como pública, con las consecuencias que ello conlleva para los empleados, quienes desde dicho momento asumen la calidad que les corresponda, dependiendo del tipo de entidad de que se trate, con todas sus consecuencias legales, es decir, empleados públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera y trabajadores oficiales, que fue lo que sucedió en el presente caso”. (Negrilla en el texto).

En esta sentencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Segunda, Subsección B, si bien no tomó una decisión favorable para la demandante, pues “no se encuentra en el plenario medio probatorio o elemento de juicio que permita deducir que la señora Soledad Patricia Mejía Sánchez haya sido inscrita en el escalafón de carrera administrativa, o que haya ingresado en virtud de concurso de méritos, razón por la cual se encontraba en provisionalidad, situación que no le otorgaba ningún fuero de estabilidad ni otra clase de prerrogativa”, dejó claro que cuando opera la transformación de una entidad pública en una E.S.E, no se puede hablar de sustitución patronal, pues la entidad, que ya existía, lo que hace es cambiar su naturaleza jurídica, por lo cual no se libra de las obligaciones previamente constituidas.

De lo esgrimido en precedencia la Sala deduce que: i) cuando la Ordenanza 044 E del 30 de diciembre de 1996 señala que el Hospital Cesar Uribe se transformó en E.S.E Cesar Uribe, se refiere a que dicha entidad ya existía jurídicamente, pero que en virtud del mandato de la Ley 100 de 1993, modificó su estructura funcional y organizacional para cumplir con el fin de prestar el servicio de atención en salud a la comunidad en general bajo los preceptos de una economía de mercado que hiciera posible la competitividad, la eficiencia en la asignación de los recursos, la equidad en la redistribución de los ingresos y la solidaridad; y ii) no se trata entonces de dos personas jurídicas de derecho público distintas, sino de una misma que por mandato de la ley cambió de naturaleza jurídica, con los efectos legales, organizacionales, funcionales y patrimoniales que ello implica, de lo que se deduce que el Hospital Cesar Uribe y la E.S.E Cesar Uribe no son dos empleadores distintos, sino que constituyen uno solo.

La armónica lectura de las anteriores precisiones, permite concluir que no es cierto que la E.S.E Cesar Uribe haya adquirido para con el accionante obligaciones, entre ellas la de tipo pensional, después de 1996, ya que su existencia jurídica data de 1986, pues, como ya se dijo, cuando se trata de procesos transformación y cambio de estatutos en entidades públicas en E.S.E., se entiende que las relaciones laborales persisten entre el mismo empleador y empleado.

En conclusión, el empleador del señor Uribe Rodríguez siempre ha sido la E.S.E Cesar Uribe, ya que: i) así lo precisó esa misma entidad en el primer certificado laboral por ella expedido, el cual, en virtud del principio de favorabilidad, debe ser el aceptado para resolver este caso, toda vez que su contenido no fue desvirtuado; y ii) pese a que la entidad accionada se

transformó de Hospital Cesar Uribe (entidad pública dedicada a la prestación de servicios de salud) a Empresa Social del Estado, según jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, cuando medie actos de transformación de entidades públicas, no se puede hablar de dos personas jurídicas de derecho público distintas, sino de una misma que por mandato de la ley cambió de naturaleza jurídica, con los efectos legales, organizacionales, funcionales y patrimoniales que ello implica, como la continuidad de las obligaciones laborales. Entonces, los trabajadores oficiales y empleados públicos vinculados desde la creación de la entidad, gozan de una garantía de estabilidad laboral y de los demás derechos laborales de los trabajadores.

3.2.3. Precisado el tema de que la E.S.E Cesar Uribe existe desde 1986 y que para esa época nombró al señor Francisco Javier Uribe Rodríguez como “Técnico Operativo de Presupuesto”, pasará la Sala al segundo punto objeto de decisión: si el accionante tiene o no derecho al bono pensional reclamado y quién es el obligado a expedirlo.

3.2.3.1. Para empezar, es pertinente hacer alusión a la ya citada Ley 6 de 1945, que en su artículo 23 instituyó en cabeza de los departamentos, intendencias y municipios que no tuvieran organizadas instituciones de previsión social, la obligación de crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicha ley, para que éstas, de allí en adelante, asumieran el pago de la pensión de jubilación de sus empleados.

En este sentido, se tiene que la E.S.E Cesar Uribe como empleadora del señor Uribe Rodríguez, no creó caja de previsión social a la que éste cotizara para pensión, lo que se traduce en un incumplimiento de la Ley 6 de 1945.

3.2.3.2. Adicionalmente, se encuentra que la Ley 100 de 1993 en su artículo 115 consagró que 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, y que son titulares de dicho derecho “los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad, cumplan alguno de los siguientes requisitos: b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos”.

De lo expuesto puede afirmarse entonces que, en virtud del mandato del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, al señor Uribe Rodríguez le asiste derecho de que se le reconozca su bono

pensional, pues antes de su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad (1° de agosto de 1996), cumplía con el requisito de haber estado vinculado al Estado como servidor público, pues así lo certifica su resolución de nombramiento[63].

3.2.3.3. Ahora bien, respecto al asunto de quiénes concurrirán al pago del bono pensional del accionante, es necesario traer a colación la objeción de solicitud de reconocimiento y pago de bono pensional por redención vencida, elevada por BBVA Horizonte a la E.S.E Cesar Uribe el 25 de mayo de 2012[64], en la cual precisó que: “una vez cargada la información en el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda Y crédito Público, el sistema establece el emisor del bono pensional es la E.S.E Hospital Cesar Uribe Piedrahita y contribuyente la Nación”. (...) Por consiguiente, “son ustedes los responsables de expedir una nueva certificación laboral bajo parámetros de ley reportando la entidad que asume los tiempos laborados por el afiliado para el Hospital y previa validación de la información”.

Así mismo, se debe tener en cuenta lo expresado por la Gobernación de Antioquia respecto a que “no es responsabilidad aun del extinto fondo prestacional cancelar estos bonos pensionales, en consideración que no se ha firmado el convenio de concurrencia, requisito esencial para acceder al reconocimiento de ello. La ESE deberá seguir presupuestando y pagando estas obligaciones pensionales. Una vez establecido el porcentaje de participación de las entidades concurrentes con la firma del convenio le será reconocido por el Pasivo Prestacional el valor cancelado, actualizado a la fecha del reconocimiento”.

Ante las consideraciones anteriores, se debe precisar que, para el pago del pasivo prestacional y pensional del sector salud, la Ley 60 de 1993 creó el Fondo Nacional para el Pago del Pasivo Prestacional de los Servidores de este Sector, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y estadística, que garantizaría el pago de las deudas prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de ese sector.

Dicha ley precisó que el fondo prestacional de este sector, pagaría las pensiones de jubilación de los servidores pertenecientes a las instituciones o dependencias de salud que

pertenezcan al subsector oficial del sector salud que no estuviesen afiliados a ninguna entidad de previsión y seguridad social, cuya reserva para pensiones no se hubiese constituido total o parcialmente.

No obstante lo anterior, el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 enunció que las entidades del sector salud deberían seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas y se establezca la concurrencia de cada entidad territorial.

Por su parte, la Ley 715 de 2001 suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y, en su artículo 61 determinó que para el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias de dicho fondo y, de acuerdo con los convenios de concurrencia correspondientes, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, será el encargado del giro de los recursos “a las entidades administradoras de pensiones o cesantías a las cuales se encuentren afiliados los servidores públicos”[65].

Respecto a los convenios de concurrencia, el artículo 62 de la misma ley establece que éstos deben ser celebrados entre el Ministerio de Hacienda y crédito Público y las respectivas entidades territoriales en donde funcione o haya funcionado la entidad de salud de que se trate.

Posteriormente se expidió el Decreto 306 de 2004, que, en cuanto al reconocimiento del pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993, precisó que los contratos de concurrencia debían ser celebrados entre el Ministerio de hacienda y Crédito Público, la entidad territorial de que se trate y las instituciones públicas de salud a cargo de quien esté dicho pasivo.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia 5242 del 21 de octubre de 2010, declaró la nulidad de la expresión “y las instituciones hospitalarias concurrentes”, tras argumentar que ella constituye una extralimitación de las funciones del Presidente de la República, pues con la expedición de dicho decreto modificó la Ley 715 de 2001, que no radicó en cabeza de las instituciones hospitalarias el pasivo prestacional de los servidores del sector salud.

En virtud del vacío normativo que existía tras el fallo antes nombrado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 0700 de 2013, a través del cual precisó que la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto fondo del pasivo prestacional del sector salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, para lo cual debe celebrarse el respectivo contrato de concurrencia si aún no se ha hecho.

Entonces, del recuento normativo precedente se tiene que como la E.S.E Cesar Uribe no ha suscrito contrato de concurrencia administrativa ni con el Departamento ni con la Nación (según las pruebas allegadas por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público), se entiende que sus trabajadores y ex trabajadores no son beneficiarios del extinto fondo del pasivo prestacional del sector salud, por lo el pago del pasivo prestacional de sus trabajadores- antiguos o actuales- sigue en cabeza de la E.S.E.

Por tanto, en virtud del mandato del citado artículo 242 de la Ley 100 de 1993, el cual no ha sido derogado, se tiene que la E.S.E Cesar Uribe está obligada a liquidar, emitir y pagar el bono pensional reclamado hasta tanto no realice el corte de cuentas y celebre contrato de concurrencia con la Nación y la entidad territorial.

3.2.4. Como conclusión de lo hasta aquí expuesto se encuentra que: i) la entidad demandada es responsable del pago de las cotizaciones causadas entre el 15 de febrero de 1986 y el 31 de julio de 1994, pues como ya se dijo, en esa época la E.S.E Cesar Uribe no creó caja de previsión social; ii) según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, el señor Uribe Rodríguez tiene derecho a que se le reconozca un bono pensional, pues antes de su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad (1° de agosto de 1996), cumplía con el requisito de haber estado vinculado al Estado como servidor público, como lo certifica su resolución de nombramiento y el certificado inicialmente expedido por la E.S.E.; iii) en virtud de la Ley 60 de 1993 y del artículo 242 de la Ley 100 del mismo año, el extinto fondo prestacional del sector salud, hoy remplazado en algunas de sus funciones por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se exonera de responsabilidad en el pago de pasivos previsionales cuando las entidades del sector salud no han realizado el corte de cuentas y no han establecido para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades

territoriales; y iv) dado que la E.S.E no ha celebrado el convenio de concurrencia, ella es la obligada a presupuestar y pagar el bono pensional del actor.

En consecuencia, la E.S.E Cesar Uribe debe transferir a BBVA Horizonte el bono pensional según la normativa vigente, para que así, al actor le sean contabilizados dichos recursos para efectos del reconocimiento de su pensión.

Es de aclararse que en esta ocasión la Sala ordenará el pago del bono pensional causado por los servicios prestados durante el 15 de febrero de 1986 hasta el 31 de julio de 1994, debido a que ese fue el periodo en que no se hicieron las respectivas cotizaciones para pensión, pues del certificado laboral del señor Uribe Rodríguez, expedido por la E.S.E Cesar Uribe, se lee que: i) desde el 1 de agosto de 1994 al 30 de junio de 1996 el ex empleado se encontraba cotizando a pensión en el ISS; ii) desde el 1 de julio de 1996 hasta el 31 de agosto de 2000 cotizó a pensión en Colfondos; y iii) desde el 1 de septiembre de 2000 está cotizando en BBVA Horizonte.

3.2.5. En virtud de lo antes dicho, la Sala revocará la decisión proferida el 10 de mayo de 2013 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, el cual revocó a su vez el fallo del 20 de marzo de 2013, proferido por el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá. En su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, se ordenará a la E.S.E. Cesar Uribe que, en el término de un (1) mes contado desde la notificación de este fallo, proceda a realizar los trámites administrativos pertinentes para liquidar, emitir y pagar el bono pensional a favor del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, aplicando para ello la legislación vigente.

También se ordenará al Departamento de Antioquia que, en el término de tres (3) meses hábiles contados desde la notificación de este fallo, proceda a celebrar el contrato de concurrencia con la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con lo que se garantizará la estabilidad económica de la E.S.E Cesar Uribe, que podrá recobrar el monto que debe ser asumido por dichas entidades (Nación y entidad territorial), en los términos de la normativa aplicable.

Por último, también se ordenará a BBVA Horizonte que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a que la E.S.E Cesar Uribe deposite el valor del bono pensional en la cuenta de ahorro individual del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, proceda al pago de la pensión de vejez o a la devolución de saldos de que se trate, si el tutelante está de acuerdo, conforme a la verificación del capital acumulado en la cuenta individual del accionante.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución Nacional.

RESUELVE

Primero: REVOCAR la decisión proferida el 10 de mayo de 2013 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de revocar el fallo del 20 de marzo de 2013, proferido por el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá. En su lugar se CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social.

Segundo: ORDENAR a la E.S.E. Cesar Uribe que, en el término de un (1) mes hábil contado desde la notificación de este fallo, proceda a realizar los trámites administrativos pertinentes para liquidar, emitir y pagar el bono pensional a favor del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, aplicando para ello la legislación vigente.

Tercero: ORDENAR al Departamento de Antioquia que, en el término de tres (3) meses hábiles contados desde la notificación de este fallo, proceda a celebrar el contrato de concurrencia con la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La E.S.E Cesar Uribe podrá recobrar el monto que debe ser asumido por la Nación y la entidad territorial, en los términos de la normativa aplicable.

Cuarto: ORDENAR a BBVA Horizonte que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a que la E.S.E Cesar Uribe deposite el valor del bono pensional en la cuenta de ahorro individual del señor Francisco Javier Uribe Rodríguez, proceda al pago de la pensión de vejez o a la devolución de saldos de que se trate, si el tutelante está de acuerdo, conforme a la verificación del capital acumulado en la cuenta individual del accionante.

Quinto: LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Ver folios 11 y 12 del cuaderno 1.

[2] Ver folio 44 del cuaderno 2.

[3] Con fecha de 16 de enero de 2012. Ver folio 2 del cuaderno 2.

[4] Ver folio 13 y 14 del cuaderno 2.

[5] Con fecha del 19 de septiembre de 2012. Ver folio 20 del cuaderno 2.

[6] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[7] Ver entre otras las sentencias T-784 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-125 de 2012 y T- 754 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[8] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[9] Sentencias T-232 del 31 de marzo de 2011 y 719 del 23 de septiembre de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[10] Sentencias T-232 del 31 de marzo de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T -719 del 23 de septiembre de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T- 125 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T- 549 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[11] Artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, Derogados por la Ley 100 de 1993.

[12] Ver el Decreto 2196 de 2009.

[13] Los artículos 21 y siguientes regularon además el funcionamiento de las instituciones de previsión que ya existían. En este sentido, el artículo 21 señaló: “Las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente Ley se crea, o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados u obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones”.

[14] “Artículo 23.- Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”.

[15] “Artículo 29º.- Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio.”

[16] Artículo 2, Ley 90 de 1946: “Serán asegurados por el régimen del seguro social

obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico. Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones”.

[17]Artículo 8, Ley 90 de 1946: “Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá”.

[18] El artículo 6 señaló los trabajadores que estarían excluidos del seguro obligatorio: “No quedan sometidos al régimen del seguro social obligatorio:

1o. El cónyuge, los padres y los hijos menores de catorce (14) años del patrono, aunque figuren como asalariados de éste; 2o. Los demás miembros de la familia del patrono, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que presten sus servicios exclusivamente por cuenta del patrono y vivan bajo su mismo techo; 3o. Las personas que ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa del patrono; 4o. Los trabajadores cuyo número de jornadas anuales sea inferior a noventa (90) días, y los que se ocupen en labores agrícolas temporales, como las de siembra, cosecha y demás similares, siempre que por otro concepto distinto no estén sujetos al seguro obligatorio. 5o. Los empleados y obreros que, por estar afiliados a otra institución de previsión social, gocen de mayores beneficios que los reconocidos por esta ley, de conformidad con el artículo 78. 6o. Los trabajadores que sean excluidos expresamente de este régimen por los reglamentos generales de la institución: a. Por su carácter de representantes del patrono; y b. Por otras circunstancias especiales que en esos mismos reglamentos se determinen; y 7o. Únicamente en relación con los seguros de invalidez, vejez y muerte, los extranjeros que vengan o hayan venido al país en virtud de contratos de duración fija no mayor de un (1) año, mientras esté vigente el contrato original, y los que, por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al Exterior en cualquier tiempo, siempre que, además, la respectiva organización extranjera tenga previsto para ellos algún régimen de seguro contra los mismos riesgos.”

[19] Artículo 76 de la Ley 90 de 1946: “El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley”.

[20] El artículo 72 de la Ley 90 de 1946 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 70 del 9 de septiembre de 1982, proceso número 971, M.P. Ricardo Medina Moyano. En este fallo se reconoció la obligación de paulatinamente ir afiliando a los trabajadores al seguro social obligatorio. Al respecto, la Sala Plena de la corporación manifestó: “-Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó también suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo, dispuso que: “Mientras se organiza el Seguro Social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”.

Significa lo anterior que, por voluntad expresa e inequívoca del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a) de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio, y b) Por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes. No se trata por lo tanto a juicio de

la Corte, como lo pretende la demanda de que, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, o más exactamente los decretos aprobatorios de los mismos, expedidos por el Gobierno, modifiquen o deroguen las normas legales en materia prestacional, sino que éstas por voluntad del propio Congreso, autor de las mismas, dejan de regular los efectos de los contratos de trabajo en la materia correspondiente, desde el momento en que se haga la subrogación del riesgo respectivo. Por otra parte, no puede dejar de observarse que, la vigencia transitoria de la norma legal se conserva, con la posibilidad natural de su aplicación en todos aquellos casos en que no se haya realizado la sustitución de la misma por el régimen del Seguro Social. No se trata por lo tanto, como ya se indicó, de modificación de normas legales, sino de una subrogación de riesgos, en virtud de la regulación integral de la respectiva materia, progresivamente asumida por el régimen de la Seguridad Social.”

[21] Además, el artículo 82 otorgó al siguiente facultad al Gobierno Nacional: “En todo caso el Gobierno tiene facultad para revisar periódicamente aquellas instituciones, con el fin de cerciorarse de su capacidad económica y exigir las garantías que estime convenientes en defensa de los intereses de los asegurados, y aun decretar su liquidación e incorporación al Instituto, si surgieren fundados motivos de insolvencia o quiebra.”

[22] Sentencia T- 549 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[23] Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961.

[24] Artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

[25] El literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el transcrito, retomaron lo contemplado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, que otorgaba la posibilidad de acumulación de aportes para los trabajadores del sector público y del sector privado que a partir de su vigencia, diciembre 19 de 1988, acreditaran 20 años de aportes cotizados “en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

[26] El literal c del párrafo 1°, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, norma que también fue objeto de pronunciamiento por esta Corporación en sentencia C-1024 de 2004, en la cual se resolvió estarse a lo resuelto en el fallo C-506 de 2001.

[27] El traslado entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, o de una entidad gestora a otra, implica traslado o conservación de aportes, ahorros y capitales, situación frente a la cual se venían presentando un sinnúmero de problemas administrativos a la hora de determinar el monto que debía ser aportado por cada entidad, para contribuir a la pensión de un reclamante. Para solucionar este inconveniente, la Ley 100 de 1993 creó la figura del bono pensional, que como ya se dijo, es un título valor correspondiente a los aportes para pensión que un afiliado haya realizado a una administradora del Régimen de prima media con solidaridad como el ISS, cajas o fondos del sector público, antes de trasladarse a una administradora de fondos de pensiones de ahorro individual. El bono pensional se utiliza como parte del capital para pensión, que sumado al saldo de la cuenta de ahorro individual, conforman dicho derecho pensional.

[28] Con relación al valor de los bonos pensionales, el artículo 117 de la Ley 100 preceptúa que se deben calcular así: “a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes: 45%, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de quince salarios mínimos legales mensuales. Una vez determinada la pensión de referencia, los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y para sobrevivientes, a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

En todo caso, el valor nominal del bono no podrá ser inferior a las sumas aportadas obligatoriamente para la futura pensión con anterioridad a la fecha en la cual se afilie al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. El Gobierno establecerá la metodología, procedimiento y plazos para la expedición de los bonos pensionales.

PARÁGRAFO 1o. El porcentaje del 90% a que se refiere el inciso quinto, será del 75% en el caso de las empresas que hayan asumido el reconocimiento de pensiones a favor de sus trabajadores.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de Caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

PARÁGRAFO 3o. Para las personas que ingresen por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992, el bono pensional se calculará como el valor de las cotizaciones efectuadas más los rendimientos obtenidos hasta la fecha de traslado”.

[29] Ibídem.

[30] Ibídem,

[31] Artículo 120 de la Ley 100 de 1993.

[32] Artículo 121 de la Ley 100 de 1993: “Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha”.

[33] Decreto ley 1299 de 1994.

[34]Decreto ley 1314 de 1994.

[35] La Nación podrá subrogar las obligaciones de que trata este artículo, para asegurar el pago de las mismas a los beneficiarios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y los afiliados a las entidades del régimen de prestación definida, cuando la entidad tenga incapacidad temporal para asumirlas, en las condiciones que se establezcan para el efecto.

[36] Artículo 33.

[37] En su artículo 2° el citado decreto consagra que: “Los afiliados al Sistema General de Pensiones, que seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad para efectos del reconocimiento del bono pensional, deberán acreditar alguno de los siguientes requisitos: (...) b). Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria (...)”.

En cuanto al valor base del bono pensional, el artículo 3° de dicho decreto manifiesta que: “se determinará calculando un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que estuvo cotizando o prestando servicios, hasta el momento del traslado al régimen de ahorro individual, para que a este ritmo hubiera completado a los 62 años si son hombres o 60 años si son mujeres, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes, por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del afiliado de que trata el artículo siguiente.

PARAGRAFO. Para efectos de lo previsto en el inciso 1o. de este artículo se entiende por período de cotización o de prestación servicios, la suma del tiempo durante el cual el afiliado estuvo cotizando al ISS, a alguna caja o fondo de previsión del sector público,

vinculado mediante contrato de trabajo a una empresa o empleador del sector privado que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, o afiliado a una caja o fondo de previsión del sector privado”.

[38] Radicado N°. 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05). C.P. Alfonso Vargas Rincón.

[39] Artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

[40] Artículo 33 de la Ley 60 de 1993, reglamentado por el Decreto 536 de 1994.

[41] Sentencia T-952 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[42] Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-702 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-681 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[43] Sentencia T-414 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[45] En esta sentencia la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del literal a) y de la expresión “ni superior a veinte (20) veces dicho salario” del literal d) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994, “por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”. En sentir del demandante, al expedir la norma acusada, el Presidente de la República extralimitó las facultades extraordinarias otorgadas por la Constitución, las cuales fueron conferidas para “dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales”, y no podía extender la fórmula para la determinación de los bonos. En esta oportunidad la Corte precisó que:

“Tal como se expuso en el acápite anterior, las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993 se concedieron, única y exclusivamente, para expedir normas relacionadas con la emisión, redención y transacción en el mercado secundario de los bonos pensionales, y para señalar las condiciones de su expedición a quienes se trasladen del régimen de prima media al de capitalización individual. (...)Según se explicó en el apartado 5 de las consideraciones de esta Sentencia, el ejercicio de facultades extraordinarias es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva,

quedando supeditado su reconocimiento constitucional al cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral 10° del artículo 150 Superior; en particular, al cumplimiento del requisito de precisión, el cual le impone al Congreso la obligación de definir en forma clara y específica la materia objeto de delegación, y al Gobierno Nacional el deber de ejercer dicha facultad legislativa dentro de los límites o parámetros materiales fijados en la ley de facultades. Pues bien, confrontadas la norma acusada con la ley habilitante, comparte la Corte la posición adoptada por el Ministerio Público en su concepto de rigor, en el sentido de considerar que a través de esta última el Gobierno se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias, ya que la delegación legislativa anotada se concedió para expedir normas relacionadas con la emisión, redención, transacción y traslado de los bonos pensionales y no para regular aspectos relacionados con el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez, como lo es precisamente el tema de la definición del salario base de liquidación de tal prestación, al que precisamente refiere el precepto impugnado”.

En virtud de lo anterior, esta Corporación decidió declarar inexecutable el literal a) de artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994.

[46] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[47] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[48] Así lo precisó el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y la Ordenanza de la Asamblea Departamental 044E de 1996.

[49] Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

[50] Ver folio 44 del cuaderno 2.

[51] Ver entre otras la Sentencia T-559 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[52] Ver folio 174 del cuaderno 2. “La Directora de Asuntos Legales de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia hace constar que: la entidad denominada Hospital Cesar Uribe Piedrahita del Municipio de Caucasia, Antioquia, creada por medio de Acuerdo N°. 03 del 7 de septiembre de 1986 (...)”.

[53]http://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2011/DA/205000001/11-12-524422/DA_PROCE

[54] Haciendo una lectura textual de lo anotado en la Ordenanza 044 E del 30 de diciembre de 1996, la Sala concluye que la E.S.E Cesar Uribe nació como una entidad pública dedicada a la prestación del servicio de salud a toda la comunidad. Esto encuentra refuerzo en que en sentencia 828 del 4 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Javier Henao Hidrón, precisó que: “El sistema nacional de salud, conformado por “el conjunto de organismos que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad”, presenta al sector salud integrado por dos subsectores: el oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud, incluida la Superintendencia Nacional de Salud, y el privado, al cual quedan incorporadas todas las entidades o personas privadas que presten servicios de salud, sean estas fundaciones o instituciones de utilidad común, corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, personas naturales o jurídicas (art. 5º de la Ley 10 de 1990 y 1º del Decreto – ley 2164 de 1992). Respecto de las entidades de cualquier grado, creadas o que se creen para la prestación de servicio de salud, dispone la ley que pertenecen al nivel administrativo nacional o la entidad territorial correspondiente (departamento, distrito o municipio), conforme al acto de creación. En cuanto al personal a ellas vinculado, se distingue entre sus trabajadores oficiales, vinculados por el contrato de trabajo; y los empleados públicos, vinculados por una relación legal y reglamentaria”.

[56] Ver entre otras las sentencias C-777 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-171 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[57] Ibídem.

[58] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[59] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[60] En esta sentencia se revisó la constitucionalidad de los artículos 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003 y del artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

[61] C.P. César Hoyos Salazar.

[62] C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[63] Ver folio 15del cuaderno 1.

[64] Ver folio 13 y 14 del cuaderno 2.

[65] Artículo 61 de la Ley 715 de 2001.