

RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES – Procedencia excepcional de la acción de tutela / EXIGENCIA DE BONO PENSIONAL – Procedencia de la tutela si no se utilizada para pretermitir el trámite administrativo correspondiente / EXPEDICION DE BONO PENSIONAL –El retardo injustificado vulnera los derechos fundamentales

De la jurisprudencia de esta Corporación se desprende, que por regla general la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de derechos motivo de litigio, pues, en principio, éstos deben ser ventilados ante los jueces competentes y en uso de los procedimientos establecidos para el efecto. Sin embargo, corresponde al juez de tutela determinar en cada caso concreto, si el reconocimiento de derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional, por lo cual la acción de tutela procede para proteger el derecho fundamental a la seguridad social, en conexidad con el derecho a la vida, al mínimo vital de subsistencia y la dignidad humana. Asimismo, en los casos en que el reconocimiento y pago de una pensión depende de la exigencia de un bono pensional, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la tutela es procedente siempre que no sea utilizada para pretermitir el trámite administrativo correspondiente. Sin embargo, de comprobarse que los trámites administrativos se dilatan de manera injustificada y causan retardo en la expedición del bono pensional, se produce vulneración a los derechos fundamentales de las personas que aspiran a obtener el reconocimiento de una pensión.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción de tutela para reconocer derechos pensionales: Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 12 de julio de 2007, Rad. AC-00258. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sobre la vulneración de derechos fundamentales por dilación injustificada en la expedición de bonos pensionales: Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil

BONO PENSIONAL – Concepto / BONO PENSIONAL – Tramite para su expedición / EXPEDICION DE BONO PENSIONAL – Término para personas invalidas

Ahora bien, el bono pensional es un instrumento diseñado para hacer efectivos los derechos de quienes optaron libremente por trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual. Para la expedición del bono pensional es necesario que la administradora de fondos de pensiones haga una solicitud en ese sentido ante la entidad emisora, con las exigencias del artículo 14 del decreto 1474 de 1997, es decir, que debe acompañar la solicitud de una manifestación del beneficiario ante la Administradora en el sentido de que el titular del bono no se encuentra afiliado a otra administradora, ni se encuentra tramitando, él o sus sobrevivientes, una pensión, indemnización sustitutiva o devolución de aportes o saldos, que sea incompatible con el bono. El artículo 20 del decreto 1513 de 1998 estableció que para realizar la solicitud de emisión del bono pensional las administradoras de fondos de pensiones debe hacer una reconstrucción de la historia laboral del beneficiario y están obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras. El decreto 1474 establece el procedimiento que debe seguir la entidad emisora del bono pensional para tal efecto. El parágrafo 2 del artículo 14 de ese decreto creó un término especial para las personas inválidas. De hecho dicho parágrafo dice: “Parágrafo 2. Cuando se trate de emitir bonos de personas que hayan fallecido o hayan sido declaradas inválidas, los términos previstos en este artículo se reducirán a la mitad, en todo caso, la entidad administradora deberá hacerle conocer la liquidación provisional al beneficiario dentro de los quince (15) días siguientes a la

fecha en que se recibe y el bono se emitirá dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación del beneficiario de aceptación de la liquidación en las condiciones previstas en este artículo”

FUENTE FORMAL: DECRETO 1748 DE 1995 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 1474 DE 1997 – ARTICULO 14 / DECRETO 1513 DE 1998 – ARTICULO 20 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 73001 23 31 000 2009 00519-01(AC)

Actor:TULIA DORY FANDIÑO SANCHEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y OTROS

Asunto: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. contra la sentencia del 18 de noviembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que resolvió:

“1. Tutelar los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y el derecho de petición de la accionante, se dispone:

*- Se **ordena** a que en el término improrrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, la AFP Protección S.A., adelante todos los trámites administrativos de su competencia, ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de lograr la emisión y redención del bono pensional de la señora Tulia Dory Fandiño Sánchez, e inmediatamente se pronuncie sobre la petición de pensión de invalidez de la accionante. De todas las gestiones atrás ordenadas, así como de cada una de las etapas que se adelanten por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., se le deberá informar de manera puntual y oportuna a la señora Tulia Dory Fandiño Sánchez (...)*”

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

La señora Tulia Dory Fandiño Sánchez reclama la protección de los derechos fundamentales de igualdad, seguridad social y petición que considera vulnerados por la entidad demandada.

La demandante formuló las pretensiones así:

“En la sentencia tutelatoria, que conceda el amparo pretendido, se decretará que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento de Bonos Pensionales, proceda a expedir la certificación de tiempos cotizados al Instituto de los Seguros Sociales, y a la vez emita y pague el bono pensional, a la administradora de Pensiones Protección Pensiones y Cesantías, para que esta a la vez, proceda a reconocer y pagar la pensión de invalidez, sin que el procedimiento de emisión y pago del bono pensional, sea obstáculo para que se profiera el acto jurídico correspondiente, reconociendo la pensión y luego proceder a su reliquidación dentro de un término no superior a (5) días siguientes de la notificación de la sentencia judicial.

Y prevendrá a la entidad tutelada, para que no vuelva a incurrir en similares situaciones que originaron la acción de tutela, bajo el apremio de las sanciones dispuestas en el artículo 52 del decreto 2591/91”.

B. Hechos

De los hechos narrados por la demandante se advierten como relevantes los siguientes:

- Informó que el 2 de marzo de 2009 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la administradora de pensiones Protección S.A.
- Sostuvo que, a la fecha, la administradora de pensiones no ha expedido el acto mediante el que se le reconozca y pague la pensión de invalidez.
- Dijo que el 12 de agosto de 2009, la administradora de pensiones le notificó que el ISS no tenía procesadas las historias laborales de sus afiliados desde el año 1995 y que sólo hasta el año 2005 el ISS entregó un archivo con la mencionada información, pero que a partir del 2006 no se tiene ninguna información y, en consecuencia, su caso no se podía resolver.
- Sostuvo que esa justificación no es aceptable, pues las administradoras de pensiones tienen la obligación de mantener actualizados los datos de los afiliados, según la ley de archivo. Que por una conducta negligente de los demandados no se podían afectar los derechos fundamentales invocados.
- Adujo, además, que padece de VIH positivo que le generó una pérdida de capacidad laboral del 69.00%.

C. Intervención de los demandados

a. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que se negara el amparo pedido. Explicó que esa oficina no es la competente para dar solución a la solicitud de la demandante.

Explicó que el bono pensional debe cumplir con el trámite establecido por la ley. Así, dijo que la administradora de pensiones debe verificar y certificar la historia laboral del afiliado y luego solicitar la emisión y redención anticipada del bono pensional por invalidez, en este caso, ante la Nación, que es la emisora del mencionado bono, sólo de este modo aseguró que podrá solicitarle al contribuyente del bono, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la confirmación u objeción de su participación en el mencionado bono pensional que reclama la señora Fandiño.

b. Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorio y Protección S.A.

El Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. no se pronunciaron sobre los hechos que motivaron la presente acción.

D. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 18 de noviembre de 2009, amparó los derechos fundamentales de seguridad social, mínimo vital y petición y, en consecuencia, ordenó a AFP Protección que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de ese fallo de tutela, realizara todos los trámites administrativos de su competencia ante la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para lograr la emisión y redención del bono pensional de la señora Tulia Dory Fandiño Sánchez e inmediatamente se pronunciara sobre la petición de pensión de invalidez de la actora y se le informara de todas las actuaciones realizadas.

E. Impugnación

El representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías impugnó el fallo de primera instancia. Solicitó que se revocara la sentencia y, en su lugar, se supeditara la respuesta a la petición de la actora a la decisión que se tome en el comité de múltiple afiliación que deberá realizar junto con el ISS, porque en dicho comité se definirá cual es la entidad llamada a responder por la prestación económica de la demandante.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados por la ley. Procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado, pues de lo contrario, el juez constitucional deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado.

En el *sub examine*, la actora pretende que se amparen los derechos fundamentales de igualdad, seguridad social y trabajo y, en consecuencia, pidió que se ordenara al Departamento de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que emitiera y pagara el bono pensional a la AFP Protección, para que esta administradora de pensiones pudiera reconocer y pagar la pensión de invalidez de la señora Fandiño Sánchez.

En esta instancia, procede la Sala a establecer si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la demandante.

De la jurisprudencia de esta Corporación se desprende, que por regla general la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de derechos motivo de

litigio, pues, en principio, éstos deben ser ventilados ante los jueces competentes y en uso de los procedimientos establecidos para el efecto. Sin embargo, corresponde al juez de tutela determinar en cada caso concreto, si el reconocimiento de derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional, por lo cual la acción de tutela procede para proteger el derecho fundamental a la seguridad social, en conexidad con el derecho a la vida, al mínimo vital de subsistencia y la dignidad humana¹.

Asimismo, en los casos en que el reconocimiento y pago de una pensión depende de la exigencia de un bono pensional, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la tutela es procedente siempre que no sea utilizada para pretermitir el trámite administrativo correspondiente. Sin embargo, de comprobarse que los trámites administrativos se dilatan de manera injustificada y causan retardo en la expedición del bono pensional, se produce vulneración a los derechos fundamentales de las personas que aspiran a obtener el reconocimiento de una pensión².

Ahora bien, el bono pensional es un instrumento diseñado para hacer efectivos los derechos de quienes optaron libremente por trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual³.

Para la expedición del bono pensional es necesario que la administradora de fondos de pensiones haga una solicitud en ese sentido ante la entidad emisora, con las exigencias del artículo 14 del decreto 1474 de 1997, es decir, que debe acompañar la solicitud de una manifestación del beneficiario ante la Administradora en el sentido de que el titular del bono no se encuentra afiliado a otra administradora, ni se encuentra tramitando, él o sus sobrevivientes, una pensión, indemnización sustitutiva o devolución de aportes o saldos, que sea incompatible con el bono.

El artículo 20 del decreto 1513 de 1998 estableció que para realizar la solicitud de emisión del bono pensional las administradoras de fondos de pensiones debe hacer una reconstrucción de la historia laboral del beneficiario y están obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras.

¹ Consejo de Estado. Sentencia de 12 de julio de 2007. AC 00258. M.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

² Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³ Decreto 1748 de 1995, artículo 1.

En el *sub lite*, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que la AFP Protección no ha solicitado la emisión del bono pensional de la señora Tulia Dory Fandiño Sánchez y que, en consecuencia, no pueden pretermirse los trámites establecidos en la ley para la expedición del bono mencionado.

Por su parte, AFP Protección S.A. sostuvo que al momento de hacer la reconstrucción de la historia laboral de la actora encontró que existe un conflicto de múltiple afiliación que impide saber qué administradora de fondos de pensiones tiene a cargo el reconocimiento de la prestación económica de la señora Fandiño. Adujo que por esta razón le solicitó al Instituto de Seguros Sociales que celebre un comité extraordinario de multifiliación para definir el conflicto, pero que, a la fecha de sustentación de la impugnación, el ISS no se había pronunciado.

Asimismo, dijo que si como resultado de ese comité se determina que esa AFP es la encargada de la prestación económica de la actora, es indispensable que el ISS corrija la historia laboral de la señora Fandiño Sánchez de la base de datos de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público porque, en esa base, la demandante aparece como afiliada al ISS. Explicó que esta circunstancia impediría que ese Ministerio emita el bono pensional.

La Sala considera que la demora en la emisión del bono pensional de la señora Fandiño Sánchez perjudica los derechos fundamentales invocados, pues no puede concebirse que la actora espere indefinidamente en el tiempo la expedición de ese bono para que se le pueda decidir sobre su derecho a la pensión de invalidez, más si se tiene en cuenta que la actora, según la calificación de invalidez, es portadora de VIH positivo (fl. 7-11). En ese entendido, es necesario que se emita ese bono pensional en el menor tiempo posible.

El decreto 1474 ya mencionado establece el procedimiento que debe seguir la entidad emisora del bono pensional para tal efecto. El parágrafo 2 del artículo 14 de ese decreto creó un término especial para las personas inválidas. De hecho dicho parágrafo dice:

*“Parágrafo 2. Cuando se trate de emitir bonos de personas que hayan fallecido o hayan sido **declaradas inválidas**, los términos previstos en este artículo se reducirán a la mitad, en todo caso, la entidad administradora deberá hacerle conocer la liquidación provisional al beneficiario dentro de*

los quince (15) días siguientes a la fecha en que se recibe y el bono se emitirá dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación del beneficiario de aceptación de la liquidación en las condiciones previstas en este artículo”(Se resalta)

Sin embargo, como la entidad emisora, en este caso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no puede expedir el bono pensional sin la solicitud previa de la AFP Protección S.A. y ésta afirma que no pudo presentarla porque en el caso de la señora Fandiño existe un conflicto de múltiple afiliación, que debe definirse con el Instituto de Seguros Sociales, es necesario ordenar al ISS que, junto con AFP Protección, realicen un comité extraordinario de multiafilación, que ya solicitó la AFP, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo. La situación de múltiple afiliación de la actora deberá definirse en los términos del decreto 3995 de 2008⁴. En todo caso, dentro de ese término y sin importar qué administradora de fondos resulte como encargada de la prestación de la actora, el ISS deberá actualizar la historia laboral de la señora Tulia Dory Sánchez.

Una vez definida la entidad encargada de la prestación económica de la actora, dentro de los 3 días siguientes, ésta deberá presentar la solicitud de emisión de bono pensional ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La entidad emisora del bono pensional, es decir, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá decidir sobre la emisión del bono mencionando en los estrictos términos del parágrafo 2 del artículo 14 del decreto 1474 de 1997.

Una vez decidido sobre la emisión del bono pensional la administradora de fondos encargada de la prestación económica de la actora deberá dar respuesta a la solicitud de pensión de invalidez en el término de 5 días.

Por lo anterior, la Sala modificará el fallo impugnado en el sentido antes mencionado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁴ Este decreto establece los criterios de solución para las personas que tengan múltiple afiliación.

III. FALLA

1. **Modifícase** el numeral primero del fallo del 18 de noviembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. En consecuencia se dispone:

- **Ordénase** al Instituto de Seguros Sociales y a AFP Protección S.A que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, realicen un comité extraordinario de multifiliación, bajo los parámetros del decreto 3995 de 2008. En todo caso, dentro de ese término, y sin importar qué administradora de fondos resulte como encargada de la prestación de la actora, el Instituto de Seguros Sociales actualizará la historia laboral de la señora Tulia Dory Sánchez.

- Una vez definida la entidad encargada de la prestación económica de la actora, dentro de los 3 días siguientes presentará la solicitud de emisión de bono pensional ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público decidirá sobre la emisión del bono pensional de la señora Tulia Dory Fandiño en los estrictos términos del parágrafo 2 del artículo 14 del decreto 1474 de 1997.

- Una vez decidido sobre la emisión del bono pensional la administradora de fondos encargada de la prestación económica responderá la solicitud de pensión de invalidez presentada por la actora, en el término de 5 días.

- La administradora de fondos de pensiones encargada de la prestación económica de la señora Tulia Dory Fandiño informará de todas las gestiones que realice de manera puntual y oportuna a la actora y al Tribunal de primera instancia para que verifique el cumplimiento del fallo, en los términos del artículo 27 del decreto 2591 de 1991.

2.- **Confírmase** en lo demás el fallo impugnado.

3.- **Envíese** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BASTIDAS BÁRCENAS**
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

