

Cartagena de Indias D. T. y C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-003-2021-00075-01
Accionante	NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA
Accionado	ASESORES EN DERECHO S.A.S., COMO MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN A PANFLOTA - FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA - FONDO NACIONAL DEL CAFÉ - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., EN CALIDAD DE ADMINISTRADORA DE PANFLOTA - COLPENSIONES
Vinculado	PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN - PAR
Tema	<i>Se revoca parcialmente el fallo de primera instancia – la acción de tutela resulta improcedente para obtener la elaboración y pago del cálculo actuarial, cuando se logra evidenciar la falta de cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez – No se acredita la existencia del hecho vulnerador.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver las impugnaciones presentadas por los accionados, ASESORES EN DERECHO S.A.S¹., y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA², contra la sentencia de fecha quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)³, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió declarar improcedente la tutela frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, y se accedió al amparo del derecho fundamental a la seguridad social, invocado por la actora.

¹ Fols. 870 – 878 Exp. Diigtal.

² Fols. 881 – 886 Exp. Digital.

³ Fols. 812 – 837 Exp. Digital.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones⁴.

En ejercicio de la acción de tutela, la accionante Natividad Mangones de García, elevó las siguientes pretensiones:

“DECLARACIONES Y CONDENAS:

DECLARACIONES:

1. Se declare la protección de los derechos fundamentales a la VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL, PROTECCIÓN ESPECIAL A LA TERCERA EDAD de la señora NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA.

2. Se declare que el último salario devengado por el señor CARLOS GARCÍA FUENTES (Q.E.P.D.) correspondía a la suma de NOVENTA Y SIETE MIL CIEN PESOS (\$97.100), para efectos de liquidar las prestaciones reconocidas a la señora NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA.

CONDENAS:

1. Principales:

1.1. Se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a reconocer pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional a favor de la señora NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA calidad de cónyuge supérstite del Sr. CARLOS GARCÍA FUENTES (Q.E.P.D.) desde el 17 de noviembre de 1978.

1.2. A consecuencia de lo anterior, se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al pago de las sumas retroactivas generadas desde la causación de la prestación hasta cuando se realice el pago efectivo.

1.3. Así mismo, se ordene a la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S., expedir el acto administrativo que ordene el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional, así como las mesadas retroactivas, a favor de la señora NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA.

1.4. Ordenar a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA realizar los pagos por los que resulte condenada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a favor de la señora NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA.

1.5. Ordenar a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ indexar la mesada pensional reconocida a la señora NATIVIDAD MANGONES DE GARCÍA.

1.6. Condenar a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a indexar las sumas reconocidas.

1.7. Condenar a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al pago de los intereses de los que trata el Art. 141 de la ley 100 de 1993.

⁴ Fols. 1 – 3 Exp. Digital.



2. Subsidiarias:

2.1. Condenar a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a pagar la totalidad del cálculo actuarial del periodo comprendido desde el 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978.

2.2. Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- realizar calculo actuarial de los periodos comprendidos desde el 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978, laborados por el CARLOS GARCÍA FUENTES (Q.E.P.D.) y que no fueron cotizados por el empleador.

2.3. Ordenar a la a la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. a realizar el respectivo acto administrativo que ordene el calculo (sic) actuarial del señor CARLOS GARCÍA FUENTES (Q.E.P.D.) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES-.

2.4. Ordenar a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA realizar los aportes a pensión del señor CARLOS GARCÍA FUENTES (Q.E.P.D.), previo calculo actuarial realizado por COLPENSIONES."

3.2 Hechos⁵.

Como sustento a sus pretensiones, la parte accionante expuso los siguientes argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Relató que, pertenece a la población vulnerable, dado que en la actualidad cuenta con 83 años y padece de trastorno del metabolismo, insuficiencia renal, dermatitis, poliartrosis, hiperparatiroidismo, obesidad, hipertensión, insuficiencia venosa, hipercolesterolemia y ciática.

Expresó que, contrajo matrimonio con el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), el día 23 de febrero de 1958, manteniendo una convivencia ininterrumpida y compartiendo techo hasta la fecha de su fallecimiento, esto es, el 16 de noviembre de 1978.

Sostuvo que, el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), al momento de su fallecimiento, contaba con más de 20 años de servicio, habiendo laborado para la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM, desde el 12 de marzo de 1956 hasta el 24 de septiembre de 1959, y en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., desde el 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978.

Indicó que, el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), devengaba un salario promedio correspondiente a USD \$2.394,57, teniendo en cuenta que la tasa representativa de cambio certificada en la página del Banco de la Republica,

⁵ Fols. 3 – 8 Exp. Digital.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

para el mes de noviembre de 1978 era de \$40,561, por lo que el salario en pesos colombianos que percibía para la época era de \$97.100,64.

Manifestó que, mediante petición del 25 de noviembre del año 2020, solicitó ante la Federación Nacional de Cafeteros, el reconocimiento de la sustitución pensional; dicha solicitud fue negada mediante comunicación fechada 26 de enero del año 2021.

Señaló que, el día 04 de marzo del año 2021, solicitó ante Asesores en Derecho S.A.S., copia del contrato de mandato N° 9264-001-2014, celebrado con la Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera y administradora de Panflota, recibiendo respuesta el 11 de marzo de 2021, mediante la cual se informó a la accionante que el contrato solicitado era un documento sometido a reserva, por lo cual no se podía proceder con su entrega.

Así mismo, el 04 de marzo de 2021, presentó petición ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando la copia del contrato mercantil N° 3-1-0138, suscrito entre la entidad y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante liquidada, no obstante, la solicitud fue resuelta de manera negativa, al indicársele que el documento requerida estaba sujeto a reserva.

Precisó que, con la expedición de la Ley 90 de 1946, se instituyó el seguro social obligatorio, se creó el Instituto Colombiano de Seguros, y se dispuso que la obligación de reconocimiento de las prestaciones derivadas de la muerte, enfermedad o vejez del trabajador, fueran subrogadas. Aunado a lo anterior, señaló que el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), cumplió con el tiempo de servicio exigido al momento de su deceso, previsto por el artículo 20 del Decreto 3041 de 1966, por lo cual, su cónyuge o hijos podían acceder a la pensión de sobreviviente, al encontrarse satisfechas las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a su fallecimiento.

Advirtió que, ante la falta de cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, el reconocimiento y pago de la pensión estaba a cargo del empleador, quien debía asumir la totalidad de la pensión o contribuir a su financiación a través de cálculos actuariales, como lo ha sostenido al jurisprudencia nacional mediante las sentencias SL 41745 del 16 de julio de 2014, y SL 43182 del 20 de octubre de 2015.

Además, indicó que a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, le corresponde el reconocimiento de las pensiones y sustituciones pensionales a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

Agregó que, la Fiduprevisora S.A., funge como administradora de Panflota, de acuerdo con el contrato N° 3- 1-0138, suscrito con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. A su vez, la fiduciaria celebró contrato de mandato N° 9264-001-2014 con la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., con el objetivo de que esta última cumpliera las funciones relacionadas con el reconocimiento, sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. con cargo a Panflota, una vez la Federación Nacional De Cafeteros transfiera los recursos.

Finalmente, informó que era obligación del empleador realizar el cálculo actuarial, quien deberá además, hacer los respectivos aportes con destino a Colpensiones, como administradora del régimen de prima media con prestación definida.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 ASESORES EN DERECHO S.A.S., COMO MANDATARIA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA⁶

La sociedad accionada, Asesores en Derecho S.A.S., mediante informe rendido el día 05 de abril de 2021⁷, solicitó la declaración de improcedencia de la presente acción, al sostener que no se encuentran acreditados los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente pretendida por la actora.

Indicó que, en virtud del contrato de mandato N° 9264-001-2014, suscrito entre la entidad y la Fiduciaria Previsora S.A., como vocera y administradora de Panflota, se efectuó el nombramiento de Asesores en Derecho S.A.S., como mandataria con representación de Panflota, cuyas funciones entre otras, corresponden a la expedición de los actos administrativos relacionados con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los extrabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (entidad que de acuerdo a lo dispuesto en el Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, dejó de existir jurídicamente); por lo cual, dentro del presente asunto, actúa solamente como mandataria de Panflota.

Precisó que, si bien la señora Mangones de García, cuenta con 83 años de edad, dicha circunstancia no es suficiente para soportar la procedencia de la presente tutela, como quiera que durante 40 años, no adelantó las actuaciones necesarias ni agotó los trámites requeridos, para solicitar su pretensión; de igual manera, afirmó que dentro del expediente, no se

⁶ Fols. 181 – 195 Exp. Digital.

⁷ Fols. 176 – 180 Exp. Digital.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

demuestra el grave estado de salud de la actora, por cuanto las documentales aportadas, fueron expedidas entre el año 2009 y el año 2013, sin que las mismas den fe de la situación de salud real de la tutelante.

Respecto de la dependencia económica alegada por la accionante, sostuvo que el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), falleció el 16 de noviembre de 1978, por lo que hasta la fecha, han transcurrido más de 40 años, en los cuales la tutelante, ha subsistido sin necesidad de aportes por parte del fallecido.

En cuanto a la convivencia ininterrumpida, señaló que la parte actora no logró acreditar tal circunstancia, máxime cuando los documentos aportados como prueba no resultan idóneos, al haber sido suscritos con posterioridad al vínculo que se alega.

En ese sentido, adujo que la señora Natividad Mangones de García no cumple con las condiciones que componen el test de procedencia de la tutela, para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, ni logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera necesario un pronunciamiento de fondo respecto del presente asunto.

Aunado a lo anterior, expresó que el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), no causó prestación pensional alguna que deba ser reconocida a sus beneficiarios, toda vez que al momento de su muerte, solo había prestado sus servicios a la Flota Mercante Grancolombiana, desde el 18 de febrero de 1960 al 16 de noviembre de 1978, *“es decir un total de 6748 días los cuales deben ser objeto de descuento por concepto de licencias y suspensiones equivalentes a 57 días. Por lo tanto, al efectuar el estudio correspondiente se concluye que el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.) únicamente laboró un total de 955,85 semanas equivalentes a 18 años no acreditando el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 260”* del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, manifestó que solo hasta la expedición de la Resolución N° 003296 del 02 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto del mismo año, se adelantó la inscripción de los trabajadores marítimos ante el Instituto de Seguros Sociales, por parte de los empleadores; fecha para la cual, ya había finalizado el vínculo laboral suscrito con la Flota Mercante Grancolombiana S.A., y había acontecido el fallecimiento del señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.).

3.3.2 COLPENSIONES⁸

Colpensiones, allegó el informe requerido el 05 de abril de 2021⁹, mediante el cual manifestó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que la competencia de la entidad, se circunscribe a asumir los asuntos relacionados con la administración del régimen de prima media con prestación definida, por lo cual no puede atender lo pretendido por la accionante.

Afirmó que, no ha incurrido en acción u omisión que haya generado vulneración a los derechos fundamentales de la actora, toda vez que ha actuado con diligencia dentro de sus asuntos, y no se advierte que ante la entidad se registre un trámite o actuación pendiente con la señora Natividad Mangones de García.

Por lo anterior, Colpensiones solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, y la declaración de improcedencia de la acción de tutela presentada.

3.3.3 FIDUPREVISORA S.A.¹⁰

Mediante informe remitido el día 05 de abril de 2021¹¹ al Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena, la Fiduprevisora S.A., se refirió al caso en concreto indicando lo siguiente:

“Una vez revisados los hechos y pretensiones de la acción constitucional de la referencia, claramente se evidencia que la parte accionante no argumenta la forma cómo esta entidad financiera ha vulnerado sus derechos fundamentales. Al contrario, al revisar los hechos, pretensiones y anexos de la acción constitucional, lo que se demuestra es la diligencia con la que Fiduprevisora S.A. ha contestado las distintas peticiones que han sido radicadas en la entidad, tal como se evidencia en oficio No. 20170040929011 de fecha 01 de agosto de 2017 y oficio No. 20210040594081 de fecha 19 de marzo de 2021, adjuntos al presente escrito.

Las funciones de FIDUPREVISORA S.A., dentro del proceso de reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de los beneficiarios del contrato de fiducia suscrito y que se desprenden del proceso de liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (PANFLOTA), se limitan a lo siguiente:

1. Una vez se encuentre en firme la Resolución que reconoció y ordenó el pago de una prestación, promulgada por la firma ASESORES EN DERECHO S.A.S., y ésta sea allegada a esta entidad financiera, la Entidad procederá a solicitar a la Federación Nacional de Cafeteros el giro o traslado de los recursos necesarios para pagar la prestación.

⁸ Fols. 538 – 543. Digital.

⁹ Fol. 536 Exp. Digital.

¹⁰ Fols. 561 – 569 Exp. Digital.

¹¹ Fols. 556 – 560 Exp. Digital.



13-001-33-33-003-2021-00075-01

2. Una vez la Entidad reciba el giro o traslado de los recursos por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, procederá con la función de pago para con los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil suscrito para la conformación del Patrimonio Autónomo de PANFLOTA (PA PANFLOTA).

(...)

En este sentido, se demuestra que FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio autónomo PANFLOTA, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionante, toda vez que esta entidad financiera única y exclusivamente procede a realizar pagos de mesadas pensionales, siempre y cuando estos estén reconocidos mediante resoluciones expedidas ya sea por el mandatario con representación (ASESORES EN DERECHO S.A.S.) y/o el liquidador de la hoy extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, y, en especial, cuando la Federación Nacional de Cafeteros gira los recursos correspondientes."

Por lo expuesto, la entidad accionada solicitó al Despacho judicial la desvinculación dentro del presente asunto.

3.3.4 FONDO NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA¹²

El Fondo Nacional de Cafeteros de Colombia, mediante informe aportado el 06 de abril de 2021¹³, solicitó la declaratoria de improcedencia de la presente tutela, argumentando lo siguiente:

"De la simple lectura del escrito de amparo, se colige que, si quiera se hace una enunciación de cuál sería el supuesto derecho fundamental vulnerado o inminente amenaza (riesgo) de afectación a los mismos, ni se allegó prueba alguna que permita evidenciar tal situación, menos aún, la causación de un perjuicio irremediable, situación que se desvirtúa por el simple hecho que, transcurridos más de 42 años desde la fecha de deceso del supuesto causante, solo hasta la fecha se viene a reclamar el reconocimiento de dicha pensión de sobrevivientes, lo que en sí mismo, además de desvirtuar el hecho que, supuestamente se estaría vulnerando el derecho al mínimo vital de la accionante, permite colegir que el asunto traído a consideración de la jurisdicción constitucional, no involucra el mínimo vital ni un perjuicio irremediable, circunscribiéndose exclusivamente a determinar el alcance² de un derecho inexistente (...)

En conclusión tenemos que, la norma vigente para la fecha del fallecimiento del supuesto causante, según las fechas indicadas en el propio escrito de solicitud de amparo, es el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, en consonancia con el numeral 1º del artículo 260 del C.S.T., por lo que, correspondería a la reclamante acreditar, además de su condición de cónyuge y el requisito de convivencia, que el causante para la fecha de su fallecimiento hubiera cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos en favor de la Empresa a cuyo cargo se predica el reconocimiento de la pensión de jubilación; encontrando, sin embargo, que según el propio dicho de la tutela, este

¹² Fols. 579 – 586 Exp. Digital.

¹³ Fols. 577 – 578 Exp. Digital.



13-001-33-33-003-2021-00075-01

trabajo para la sociedad comercial FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, para el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 1960 y el 16 de noviembre de 1978, siendo claro en consecuencia, que la aquí tutelante no cumple con ninguno de los requisitos legales para acceder a una pensión de sobrevivientes.

(...)

De este modo y aunado a lo señalado en precedencia, es de resaltar que, conforme a lo establecido en la sentencia SU-1023 de 2001 por la Corte Constitucional, la responsabilidad transitoria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, se limita a suministrar liquidez al patrimonio autónomo "PANFLOTA" para el pago de la nómina de pensionados de la extinta CIFM, por lo que, cualquier concepto distinto al pago de las mesadas pensionales, no se encontraría dentro del alcance de la misma, así mismo, asuntos relativos al reconocimiento de pensiones, incrementos pensionales, retroactivos pensionales y/o giro del pago de la nómina de pensionados de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. – CIFM, como los que se relacionan en la presente solicitud de amparo, son de competencia de terceros, y por tanto, ajenos a las facultades que legal y judicialmente le corresponde (...)"

De igual manera, precisó que la señora Natividad Mangones de García, dispone de otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, que resultan idóneos y eficaces para reclamar sus intereses jurídicos, por lo cual, al no evidenciarse el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la presente acción constitucional es sin lugar a dudas improcedente.

3.3.5 PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN – PAR¹⁴

La PAR presentó informe el 12 de abril de 2021¹⁵, por medio del cual solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción interpuesta, toda vez que la tutela ha sido prevista como un mecanismo subsidiario, que en ningún caso puede ser sustitutivo de los medios ordinarios de defensa judicial dispuestos para ventilar los asuntos pensionales.

En igual sentido, solicitó ante el Despacho la desvinculación de la entidad, por cuanto carece de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que la presunta situación fáctica que presenta la accionante como generadora de la vulneración de derechos y garantías fundamentales no son imputables a ella, toda vez que el reconocimiento y pago de la prestación económica, no es objeto ni responsabilidad de PAR.

¹⁴ Fols. 767 -774 Exp. Digital.

¹⁵ Fol. 766 Exp. Digital.



13-001-33-33-003-2021-00075-01

Manifestó que, con la expedición de la Ley 100 de 1993, y la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (01 de abril de 1994), la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones, efectuó la afiliación, cotización y reconocimiento de pensiones de jubilación a los trabajadores que prestaban sus servicios, con cargo a la empresa, a través de la Caja de Previsión Social de las Comunicaciones - CAPRECOM.

Indicó que, de conformidad con la Ley 651 de 2001 y el Decreto Reglamentario 2387 de la misma anualidad, correspondió al Patrimonio Autónomo de Pensiones (P.A.P.), asumir las reservas pensionales correspondientes al tiempo laborado por los trabajadores, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por no haberse efectuado durante el mismo aportes a pensiones; siempre y cuando los interesados cumplan los requisitos mínimos para acceder a la prestación a la cual les asista derecho.

Sostuvo que, el PAR no es una administradora de pensiones, por lo cual no tiene competencia para reconocer dicha prestación, por el contrario, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, ostenta la competencia administrativa para atender los temas relacionados con el reconocimiento de prestaciones económicas de los exfuncionarios de la extinta Telecom.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁶

El Juzgado Tercero Administrativo Del Circuito De Cartagena, en sentencia del quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

"5. FALLA

Primero. - *Declarar improcedente la acción de tutela de la referencia respecto de la pretensión tendiente al reconocimiento de pensión de sobreviviente en favor de la señora Natividad Mangones de García, por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.*

Segundo. – *Tutelar el derecho a la seguridad social de la señora Natividad Mangones de García, amenazado por la falta de determinación del cálculo actuarial del tiempo laborado por su fallecido esposo a la liquidada Flota Mercante Grancolombiana, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente Providencia.*

Tercero. – *Ordenar a la sociedad Asesores en Derecho S.A.S, con NIT 900.082.919-9 en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo Panflota y/o a quien ejerza como tal, que en un plazo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia: (i) elabore el cálculo actuarial individual*

¹⁶ Fols., 812 – 837 Exp. Digital.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.030/2021
SALA DE DECISIÓN No. 004

SIGCMA

13-001-33-33-003-2021-00075-01

correspondiente al periodo laborado por el Carlos García Fuentes en la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A. desde el 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978 y, (ii) envíe dicho cálculo a la Fiduprevisora S.A.

Cuarto.- Ordenar a la FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, que: (i) dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que reciba el dato del cálculo actuarial a que se refiere el numeral anterior, lo envíe a la Federación Nacional de Cafeteros - Fondo Nacional del Café e inicie las gestiones del caso ante esta entidad a efectos de que aprovisione los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes aquí impartidas y, (ii) que dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la Federación Nacional de Cafeteros - Fondo Nacional del Café le suministre dichos recursos, traslade el valor actualizado del cálculo actuarial a que se refiere el numeral anterior, con destino a Colpensiones.

Quinto.- Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros - Fondo Nacional del Café que dentro del plazo de treinta (30) días contados desde la recepción del cálculo actuarial en comento, aprovisione el valor calculado y lo entregue a la FIDUPREVISORA S.A. para su posterior remisión a Colpensiones.

Sexto.- Conminar a FIDUAGRARIA S.A., en calidad de representante del Consorcio de Remanentes Telecom conformado por FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIARIA POPULAR S.A., el cual a su vez actúa como administrador y vocero del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación – PAR, para que, en el término de 30 días, siguiente a la notificación de esta sentencia, analice la situación particular del señor Carlos García Fuentes (q.e.p.d) y determine el cálculo actuarial individual que le corresponda por el tiempo laborado en la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM.

Sexto.- Ordenar a Colpensiones que dentro de los siguientes cinco (5) días hábiles contados a partir del recibimiento del cálculo actuarial del señor Carlos García Fuentes (q.e.p.d.), efectúe la revisión del mismo.

Séptimo.- Notificar este fallo a las partes intervinientes en el presente trámite, por el medio más expedito posible.

Octavo. - En caso de no ser impugnada la presente decisión, remitir el expediente para su eventual revisión a la Corte Constitucional."

La A-quo estimó que, en el caso de marras, no se acreditó el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente pretendida, por cuanto:

1. Dentro del asunto, no se evidencia la afectación al mínimo vital o la vida en condiciones dignas de la actora, con ocasión de la falta de pago de la pensión de sobreviviente, como quiera que han transcurrido 42 años desde la muerte del señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), sin que la falta de pago de dicha prestación perturbe la satisfacción de sus necesidades básicas o impida su congrua subsistencia.

2. No constató que se hayan iniciado actuaciones administrativas o judiciales tendientes a obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.
3. No desvirtuó la idoneidad o eficacia del proceso ordinario laboral, previsto para resolver los asuntos relativos a la pensión de sobreviviente a favor de beneficiarios de trabajadores particulares.

No obstante lo anterior, la Juez de primera instancia con el propósito de garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de la tutelante, ordenó a las accionadas efectuar el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., desde el 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978, y el traslado del valor resultante a Colpensiones.

En ese sentido, precisó que si bien la obligación de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., de afiliar a los trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, solo surgió a partir del 15 de agosto de 1990, eso no eximía a la entidad de aprovisionar el capital necesario para cubrir el monto de las cotizaciones por pensión causadas antes de esa fecha y transferirlas al Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 90 de 1946; debido a que la falta de determinación de los bonos pensionales, puede devenir en un obstáculo para la pronta definición de su aspiración pensional o para el eventual reconocimiento de una indemnización sustitutiva, cuestiones que en vista de la avanzada edad de la señora Mangones y de su estado de salud, deben ser resueltas con la mayor celeridad posible.

3.5. IMPUGNACIÓN

3.5.1 ASESORES EN DERECHO S.A.S¹⁷.

La parte accionada, presentó escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia, manifestando en primer lugar que, las órdenes impuestas por la A-quo son improcedentes, al no haberse cumplido dentro del presente asunto, el requisito de subsidiariedad de la tutela, ni haberse demostrado la falta de idoneidad de los medios ordinarios o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que hiciera necesario un pronunciamiento de fondo; como quiera que durante 40 años, la accionante no ejerció las acciones ordinarias ni constitucionales dispuestas para exigir el derecho que pretende, de ahí que se

¹⁷ Fols. 870 – 878 Exp. Digital.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

deduzca que los derechos fundamentales de la señora Natividad Mangones de García, no se han visto afectados.

Adicionalmente, indicó que a la actora no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente ni al cálculo actuarial ordenado, debido a que el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), no reunió los 20 años de servicio requeridos para acceder a la pensión de jubilación, por el contrario, solo laboró en la Flota Mercante S.A., por el término de 18 años, 08 mes y 28 días.

Agregó que, la obligación de afiliación de los trabajadores marítimos, surgió con la expedición de la Resolución N° 003296 del 02 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto del mismo año, por lo cual la Flota Mercantes S.A., no tenía la carga de inscribir ante el Instituto de Seguros Sociales al señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), quien dejó de prestar sus servicios en 1978, con ocasión de su muerte, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del acto administrativo citado.

Finalmente, sostuvo que la elaboración del cálculo actuarial ordenado, desborda las competencias radicadas en cabeza de la sociedad, por lo cual dicha decisión debe ser revocada; máxime cuando a su juicio, dicha función le corresponde a la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Panflota, y a las administradoras o fondos de pensiones, tal como se extrae del artículo 01 del Decreto 1887 de 1994 compilado en el artículo 2.2.4.4.1., del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

3.5.2 FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA¹⁸.

La entidad accionada presentó sus motivos de inconformidad respecto de la sentencia del quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), que se han de sintetizar así:

Expresó que, la orden impuesta a Asesores en Derecho S.A.S., es inaplicable, toda vez que la elaboración de los cálculos actuariales corresponde exclusivamente a la administradora de pensiones a la cual se encontraba afiliado el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), no obstante lo anterior, se advierte que dentro del proceso no existe prueba siquiera sumaria de la afiliación a pensiones del extrabajador de la Flota Mercante S.A.

Precisó que, las pretensiones de la parte accionante resultaban improcedentes, toda vez que le correspondía acreditar además de la condición de cónyuge

¹⁸ Fols. 881 – 886 Exp. Digital.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

supérstite y la convivencia ininterrumpida, que el causante para la fecha de su fallecimiento hubiera cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos, condición ultima que no fue demostrada, porque el señor García Fuentes (Q.E.P.D.), solo laboró ante la empresa del 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978.

Manifestó que, la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, se limita a suministrar liquidez al Patrimonio Autónomo Panflota, para efectuar el pago de la nómina de pensiones de la extinta CIFM, por lo cual cualquier concepto distinto al pago de dichas mesadas pensionales, desbordaría la competencia asignada a la entidad.

Aunado a lo anterior, señaló que la accionante dispone de los mecanismos ordinarios de defensa judicial dispuestos para exigir su pretensión, lo que en últimas se traduce en la improcedencia de la acción de tutela, al ser esta eminentemente residual y subsidiaria.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)¹⁹, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por los accionados, contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)²⁰ y siendo admitida por auto proferido el treinta (30) de abril de la presente anualidad²¹.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

¹⁹ Fols. 887 – 888 Exp. Digital.

²⁰ Fol. 906 Exp. Digital.

²¹ Ver archivo "22. 003-2021-00075-01 NATIVIDAD MANGONES vs COLPENSIONES- admite impugnación"

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de las impugnaciones presentadas, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿Se cumplen los requisitos de procedencia de la presente acción de tutela para ordenar la expedición y pago del cálculo actuarial solicitado, al evidenciarse que la actora no agotó la actuación administrativa correspondiente, ni demostró la existencia del hecho vulnerador de su derecho fundamental a la seguridad social?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ PARCIALMENTE el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar improcedente la presente acción de tutela, respecto de las pretensión subsidiaria tendiente a obtener la elaboración y pago del cálculo actuarial, toda vez que del análisis detenido del caso, se logra evidenciar la falta de cumplimiento de los presupuestos legales para que la acción de tutela resulte procedente; lo anterior por cuanto, la señora Natividad Mangones de García: i) dispone de otro medio de defensa judicial idóneo para que sea resuelta su pretensión: ii) no acreditó la existencia de hecho o la conducta que aduce como causante de la vulneración de derechos fundamentales; y iii) no satisfizo el requisito de inmediatez para acceder al amparo de su derecho fundamental a la seguridad social. En todo lo demás, se CONFIRMARÁ la sentencia del quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021).

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Subsidiariedad de la acción de tutela; (iii) Derecho fundamental a la seguridad social – cálculo actuarial y; (iv) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2 Subsidiariedad de la acción de tutela

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, implica que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte Constitucional ha señalado que *"permite reconocer la validez y fiabilidad de los medios y recursos ordinarios de*

13-001-33-33-003-2021-00075-01

protección judicial, cómo dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"²². Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, cómo ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que esta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en este podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, el cual indica: *"en el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado"*.

²² Sentencia T-603 de 2015, Corte Constitucional. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-580 DE 2006, Corte Constitucional. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario²³.

En conclusión, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable

5.4.3 Derecho fundamental a la seguridad social – Cálculo actuarial

La Corte Constitucional en sentencia T-234 de 2018²⁴, al referirse al derecho a la seguridad social y a la figura jurídica del pago del cálculo actuarial, manifestó lo siguiente:

“4. Omisión en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones a cargo del empleador por la no afiliación

4.1. La Constitución Política, dispone en su artículo 48 que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que se debe garantizar a todos los colombianos. Esta garantía constitucional está consagrada, a su vez, en distintos instrumentos internacionales como en la Declaración Americana de los Derechos de la Persona y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales se observa que la finalidad de este derecho es amparar a las personas contra las consecuencias normales de la vejez, la viudez, la invalidez, y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

Es por esto que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones colombiano, se consagró un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de prevenir dichas contingencias propias de los seres humanos inclusive, la muerte. Así las cosas, las normas dictadas para cumplir este fin, reconocieron derechos pensionales para aquellos afiliados a quienes les sobrevenga alguna de estas eventualidades, previo el cumplimiento de unos requisitos. En ese sentido, se establecieron prestaciones como la pensión de invalidez, de vejez, de sobrevivientes y la sustitución pensional. (...)

²³ Corte Constitucional, sentencia T-375 del diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Exp. T-6.750.628.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-234 del diecinueve (19) de junio de dos mil dieciocho (2018). M. P. Crisitna Pardo Schlesinger. Exp. T-6.549.771.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.030/2021
SALA DE DECISIÓN No. 004

SIGCMA

13-001-33-33-003-2021-00075-01

4.4. Así las cosas, y al tratarse de obligaciones expresamente consagradas en la ley, no es posible que los empleadores se amparen en su propia culpa para evadir su cumplimiento y exonerarse de las consecuencias que puede acarrear su omisión. Por tanto, 'si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes, no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional'. Así, dicha omisión no puede ser imputada al trabajador, ni mucho menos este deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, como la imposibilidad de acceder a una pensión que garantice las condiciones mínimas de una subsistencia digna, pues se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado.

4.5. De lo anterior se extraen tres posibilidades que generan, además, diferentes responsabilidades:

(...) ii. Si el empleador omitió afiliar a su trabajador a un fondo de pensiones pero lo hace (afiliación) de manera tardía, la ley contempla la obligación que tiene el empleador de trasladar al sistema, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el empleado y que no fue cotizado por el patrono. Así, el fondo o administradora expide al empleador un cálculo actuarial de lo adeudado, correspondiente a los aportes que se debieron realizar desde el mismo momento en que inició la relación laboral, este hace el correspondiente pago, trasladando la responsabilidad pensional a la entidad, la cual, si se cumplen los requisitos para una prestación económica deberá ser quien la asuma.

4.6. Específicamente, en el segundo caso que se presenta cuando el empleador afilia tardíamente a su empleado, como se dijo, debe solicitar al fondo o administradora de pensiones el cálculo actuarial (aportando los demás documentos que exija la entidad para el efecto) a partir del cual debe tomar la decisión de pagar dicho valor a la administradora y trasladar el riesgo o asumir las prestaciones económicas que puedan presentarse.

4.7. Es clara la intención del legislador al prever esta figura (pago del cálculo actuarial), y es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. De tal manera que si se hace la correspondiente afiliación del empleado por parte del empleador y se paga el valor del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados."

De igual forma, por medio de sentencia T-674 de 2012²⁵, al resolver un caso similar puntualizó lo siguiente:

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-674 del veinticuatro (24) de agosto de dos mil doces (2012). Exp. T-3.364.906.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.030/2021
SALA DE DECISIÓN No. 004

SIGCMA

13-001-33-33-003-2021-00075-01

“Ahora bien, aclarados los extremos de la relación laboral, está acreditado que el mismo feneció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, empero no es cierto que antes de esa ley integradora en materia de seguridad social no existiera ningún tipo de responsabilidad u obligación a cargo del empleador, puesto que por virtud del otrora artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo estaba a cargo del “patrón” la pensión de jubilación como un tipo de prestación patronal, la cual, con la creación del Instituto de los Seguros Sociales, a partir de la Ley 90 de 1946 era posible trasladar gradualmente la asunción del riesgo de vejez, invalidez o muerte a dicho Instituto con la afiliación del trabajador en el mismo (...)

Adicionalmente, no es de recibo el otro argumento del liquidador al indicar que el ex trabajador no alcanzó a cumplir los 20 años de servicios para causar el derecho pensional, teniendo como consecuencia el no ser pensionado de esa entidad, razonamiento que extraña dado que una cosa es la consolidación de un derecho pensional, y que nada tiene que ver con el asunto reclamado por el accionante, y otra cosa muy distinta es la elusión del pago de aportes base de la financiación de dicha pensión, los cuales, a luces del artículo 121 de la Ley 222/5 hacen parte de los créditos laborales que deben ser incluidos dentro de la liquidación.

(...)

No obstante, de esta interpretación surge un problema y es que todos aquellos trabajadores que laboraron antes de la expedición de la Resolución 4250 de 1993 que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y fueron desvinculados por algún motivo de esta clase de empresas, no podrían acumular el tiempo laborado al subsistema de pensiones y por tanto verían frustrada su pensión de vejez, prestación que es concreción del derecho fundamental a la seguridad social.

Esta visión pugna con el ordenamiento constitucional, pues el tiempo que se debería cotizar al Sistema de Seguridad en Pensiones por parte de estos trabajadores sería mayor al que una persona en similares condiciones tendría que realizar. En el caso concreto, el actor estaría obligado para poder acceder a la pensión de jubilación cotizar nuevamente los 7 años y 11 meses, pues el tiempo laborado desde el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992, no contaría a estos efectos, lo cual constituye una clara vulneración del artículo 13 de la Constitución Nacional.

(...)

Es claro que la intención de la Ley 100 de 1993 no fue la de amparar el no pago de las acreencias pensionales precedentes a su entrada en vigencia dejando a esos trabajadores en la total indefensión frente a la negligencia del empleador en el pago de los aportes respectivos.”

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Liquidación por retiro N° 2044, expedida el 16 de noviembre de 1979, por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a nombre del señor Carlos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.030/2021
SALA DE DECISIÓN No. 004

SIGCMA

13-001-33-33-003-2021-00075-01

García Fuentes, y recibida por la señora Natividad Mangones de García²⁶.

- Constancia de envío de la solicitud de copia simple del contrato de mandato No. 9264-001-2014, celebrado entre Asesores en Derecho S.A.S., y la Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora de Panflota²⁷.
- Comunicación del 11 de marzo de 2021, por medio de la cual Asesores en Derecho S.A.S., da respuesta negativa a la solicitud de copias del contrato de Mandato N° 9264-001-2014, elevado por la accionante, indicando que es un documento privado objeto de reserva²⁸.
- Constancia de envío electrónico del 11 de marzo de 2021, de la comunicación de la misma calenda²⁹.
- Certificado del contrato de mandato No. 9264-001-2014, expedido por el representante legal de Asesores en Derecho S.A., en el cual se deja constancia de las funciones designadas a la empresa como mandatario con representación con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota³⁰.
- Comunicación fechada 19 de marzo de 2021, mediante la cual la Fiduprevisora S.A., da respuesta a la solicitud de copias del contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0138, suscrito entre la fiduciaria y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada; señalando que, no es dable suministrar copia del documento por estar bajo reserva bancaria de información³¹.
- Partida de bautismo con notas marginales y partida de matrimonio de la señora Natividad Mangones de García y el señor Carlos García Fuentes³².
- Declaraciones extraproceso del 17 de octubre de 2020, rendidas por la señora Natividad Mangones, Alfonso Rodríguez Peinado, y Edilsa Batista Pájaro, ante la Notaria Segunda de Cartagena, mediante las cuales se informó que la tutelante convivió con el señor Carlos García Fuentes, procreando 3 hijos³³.
- Historia clínica de la señora Natividad Mangones de García³⁴

²⁶ Fols. 12 – 13 Exp. Digital.

²⁷ Fol. 196 Exp. Digital.

²⁸ Fols 14 – 15 Exp. Digital.

²⁹ Fol. 200 Exp. Digital.

³⁰ Fols. 16 – 19 Exp. Digital.

³¹ Fols. 20 – 21 Exp. Digital. z

³² Fols. 22 – 25 Exp. Diigtal.

³³ Fols. 26 – 32 Exp. Diigtal.

³⁴ Fols. 33 – 62 Exp. Diigtal.



13-001-33-33-003-2021-00075-01

- Certificado de fecha 27 de enero de 2020, emitido por el Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom y Teleasociadas en Liquidación - PAR, a través del cual se deja constancia de que el señor Carlos García Fuentes (q.e.p.d.), laboró en la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM, desde el 12 de marzo de 1956 hasta el 24 de septiembre del año 1959³⁵.
- Certificación del SISPRO de fecha 3 de marzo de 2021, en el cual se indicó que la señora Natividad Mangones de García no se encuentra afiliada a los sistemas de salud, pensión y riesgos laborales³⁶.
- Contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos N° 3-1- 0138 del 14 de febrero de 2006, celebrado entre la CIFM S.A., en liquidación y la Fiduprevisora S.A., junto con los otrosí suscritos³⁷.

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la señora Natividad Mangones de García, interpuso acción de tutela con la finalidad de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, seguridad social, y protección a la tercera edad, presuntamente vulnerados, debido a que a su juicio, las entidades accionadas, no han reconocido la pensión de sobreviviente o sustitución pensional que le corresponde, ni las mesadas retroactivas causadas desde el 17 de noviembre de 1978, en su condición de cónyuge supérstite del señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.). De manera subsidiaria, pretendió que se condenara a los demandados, a la elaboración y pago de la totalidad del cálculo actuarial del período comprendido desde el 18 de febrero de 1960 hasta el 16 de noviembre de 1978.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió el asunto en primera instancia, mediante sentencia del quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), en la cual dispuso la improcedencia de la acción frente a la pretensión principal, correspondiente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, al considerar que no se cumplían la totalidad de las condiciones previstas en el test de procedencia.

Por otro lado, decidió amparar el derecho fundamental a la seguridad social de la actora, ordenando a las accionadas adelantar las actuaciones competentes, para la determinación del cálculo actuarial del tiempo laborado

³⁵ Fol. 64 Exp. Digital.

³⁶ Fols. 89 – 90 Exp. Digital.

³⁷ Fols. 207 – 246 Exp. Digital.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

por el cónyuge fallecido, ante la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A., y el traslado del valor actualizado con destino a Colpensiones.

La sociedad Asesores en Derecho S.A.S., y el Fondo Nacional de Cafeteros de Colombia, impugnaron la decisión anterior, sosteniendo que resultaba improcedente el amparo, al no haberse superado el requisito de subsidiariedad, o demostrado la ocurrencia de un perjuicio irremediable o siquiera la afectación a los derechos fundamentales de la actora; como quiera que, los hechos que sustentan su pretensión acaecieron hace más de 40 años, tiempo en el cual, la actora no adelantó las actuaciones pertinentes para reclamar el derecho que alega, por lo que se deduce, que logró satisfacer su mínimo vital aun sin percibir la mentada prestación.

Así mismo, señalaron que la orden de efectuar el cálculo actuarial debió ser dirigida a la Fiudruprevisora S.A., y a la administradora de pensiones, Colpensiones, habida cuenta de que dicha orden desborda las funciones asignadas a la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., por lo cual resulta inaplicable.

Adicionalmente, expresaron que no había lugar a ordenar el cálculo actuarial, toda vez que i) el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), no cumplió con el requisito de tiempo de servicio de 20 años continuos o discontinuos, para acceder a la pensión de jubilación, por cuanto que el tiempo total laborado ante la Flota Mercante Grancolombiana S.A., corresponde a 18 años, con 8 meses y 28 días; y ii) la empresa no tenía la obligación de afiliar al señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), ni cotizar aportes a pensiones en su favor, toda vez que la resolución que ordenaba la inscripción de los trabajadores marítimos al Instituto de Seguros Sociales, fue expedida y entró en vigencia en 1990, año para el cual ya no se encontraba vigente el vínculo laboral en cuestión.

Una vez analizados los reparos de los impugnantes y previo a resolver el caso en concreto, cabe anotar que no se discute la procedencia de la tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, dado que en primera instancia, se determinó que la accionante no superó el test de procedencia de que trata la sentencia SU-005 de 2018, que exige valorar la eficacia del mecanismo judicial principal e idóneo, mediante la acreditación concurrente de 4 condiciones necesarias, que no fueron satisfechas³⁸. Por lo cual, se declaró

³⁸ (i) Que pertenezca a un grupo de especial protección constitucional o se encuentre en uno o varios supuestos de riesgo tales como vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia etc.; (ii) que su falta de otorgamiento o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular de su derecho al mínimo vital, (iii) que se haya iniciado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la salvaguarda de sus derechos, y (iv) que se acrediten las razones por las cuales el medio

13-001-33-33-003-2021-00075-01

improcedente la tutela respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

En concordancia con lo anterior, encuentra esta Sala de Decisión que su objeto de estudio, se circunscribe a determinar si en el presente asunto, se encuentran cumplidos los principios de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho fundamental a la seguridad social. Superado lo anterior, se procederá a verificar si la accionante tiene derecho a la determinación del cálculo actuarial del tiempo laborado por el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., aún cuando a criterio de los accionados, no existe la obligación de cotizar dichos aportes, máxime cuando el causante no logró con anterioridad a su muerte, cumplir los requisitos de acceso a la pensión de jubilación. De asistirle el derecho, se entrará a identificar cuál es la entidad a quien corresponde asumir la reserva actuarial.

Por consiguiente, previo a realizar el análisis del caso de fondo, debe este Tribunal verificar la satisfacción de los requisitos generales estudiados en el acápite anterior, para determinar la procedencia de la acción de tutela en el sub lite.

5.5.2.1 Subsidiariedad de la acción de tutela

Como se evidenció, la acción constitucional solo procede como mecanismo subsidiario ante una vulneración a los derechos fundamentales de una persona, siempre y cuando en el transcurso del proceso, el Juez de competencia logre determinar que los medios de defensa ordinarios, a pesar de ser los idóneos, no son lo suficientemente eficaces para la protección de los intereses del accionante, o cuando el actor no cuenta con otros mecanismos de defensa ordinarios; por otra parte, también procede transitoriamente cuando se ejerza para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, en esta última eventualidad, la jurisprudencia la Corte Constitucional ha estimado que es de competencia del peticionario demostrar la concurrencia de esta figura.

Del expediente se extrae que, la señora Natividad Mangones de García, pudo acudir directamente a las entidades accionadas, en ejercicio del derecho de petición, con el objetivo de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, o en su defecto, la elaboración del cálculo actuarial a que considera tiene derecho. Por tanto, la parte actora, dispone formalmente de

ordinario de defensa judicial es idóneo pero ineficaz o en caso contrario inidóneo, para lograr la protección integral de los derechos presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable.

13-001-33-33-003-2021-00075-01

un mecanismo **adecuado e idóneo**, para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales; no obstante lo anterior, la tutelante no demostró haber agotado las actuaciones administrativas instituidas para tal fin. En este punto, se anota que la Corte Constitucional en sentencia T-674 de 2012, accedió al reconocimiento del cálculo actuarial por vía de tutela, en un caso similar, por encontrarse demostrado el agotamiento de los medios ordinarios principales pertinentes, esto es, la presentación de un derecho de petición dirigido a las entidades competentes para solicitar dicho reconocimiento.

Finalmente, se advierte que, si bien la accionante acreditó tener en la actualidad 84 de edad, y padecer de múltiples afecciones a la salud, según consta en la historia clínica aportada; dichas situaciones no resultan suficientes para soportar la procedencia de la presente acción de tutela; como quiera que al no mediar escrito de petición tendiente a solicitar de las entidades accionadas lo pretendido, mal podría deducirse la existencia de vulneración a sus derechos fundamentales, toda vez que las accionadas no han negado el derecho que tiene la accionante, máxime cuando ni siquiera se les ha otorgado la oportunidad de pronunciarse al respecto.

5.5.2.2 Requisito de inmediatez

Como se expuso en líneas precedentes, la acción de tutela debe ser interpuesta en un término razonable y proporcionado, respecto del hecho o la conducta que se aduce como causante de la vulneración de derechos fundamentales. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después del supuesto fáctico que se alega como vulnerador, se desdibujaría la naturaleza de la acción constitucional, que busca la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente transgredido y/o amenazado.

Así las cosas, se advierte que en el caso concreto han transcurrido aproximadamente cuarenta y dos (42) años, desde la muerte del señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), habiendo presentado acción de tutela solo hasta el año en curso, lapso que a juicio de la Sala no resulta razonable, sin que se evidencien razones válidas que justifiquen su inactividad, o haberse encontrarse en una circunstancia de debilidad manifiesta que le impidiera acudir con anterioridad, a las acciones ordinarias o a la tutela para exponer la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Debido a la falta de cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez antes relacionados, se concluye que la acción de tutela interpuesta por la señora Natividad Mangones de García, resulta evidentemente

13-001-33-33-003-2021-00075-01

improcedente, y por ende, esta Corporación se encuentra eximida de estudiar y pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En este orden de ideas, se procederá a declarar la improcedencia de la acción de la referencia. Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que habida cuenta que en el presente asunto, no operará la figura jurídica de cosa juzgada, la accionante podrá acudir a la acción de tutela nuevamente, si a bien lo tiene, una vez agote los medios ordinarios de defensa judicial, para efectos de obtener el amparo de sus derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, esta Corporación procederá a REVOCAR PARCIALMENTE el fallo de primera instancia, en sus numerales segundo a los sextos, en el sentido de declarar improcedente la presente acción de tutela respecto del reconocimiento y pago del cálculo actuarial solicitado. Por otro lado, se CONFIRMARÁ en todo lo demás la sentencia del quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021).

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha quince (15) de abril del año dos mil veintiuno (2021), en sus ordinales segundo a sexto proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

“Primero. - Declarar improcedente la acción de tutela de la referencia respecto de la pretensión tendiente al reconocimiento de pensión de sobreviviente en favor de la señora Natividad Mangones de García, por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

Segundo.- Declarar improcedente la tutela frente a la pretensión subsidiaria, correspondiente a la obtención del cálculo actuarial del tiempo laborado por el señor Carlos García Fuentes (Q.E.P.D.), durante el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 1960 al 16 de noviembre de 1978”

SEGUNDO: En lo demás se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

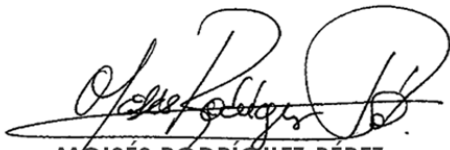
CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.024 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ