



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre del dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-36-000-2016-00265-03

Actor: CIRO LIÉVANO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.

Asunto: Incidente de desacato – levanta sanción – análisis del alcance de la orden del juez de tutela.

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala revisa, en grado jurisdiccional de consulta, el auto interlocutorio del 30 de junio de 2017, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “C” declaró que la conducta de la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A., es constitutiva de incumplimiento y desacato a lo ordenado en el fallo de tutela del 12 de mayo de 2016, dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio del cual se modificó el fallo proferido el 17 de marzo de 2016 por la referida autoridad judicial, por lo que la sancionó con multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente¹.

I. ANTECEDENTES

1. Acción de tutela

Mediante escrito radicado el 2 de febrero de 2016 en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Ciro Liévano,

¹ Suma que debía ser consignada en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir del siguiente al de la notificación. Folio 268.

actuando a través de apoderado judicial debidamente constituido², ejerció acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café, la Fiduprevisora S.A. y la sociedad Asesores en Derecho S.A.S, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital.

Tales derechos los consideró vulnerados, debido a que las personas jurídicas accionadas se encuentran en mora de incluirlo en el cálculo actuarial al que afirma tiene derecho como ex trabajador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. CERRADA –CIFM.

Mediante fallo del 12 de mayo de 2016, dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado se modificó el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia del 17 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “C”, en el sentido de amparar de manera definitiva el derecho a la igualdad en conexidad con los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor.

En consecuencia, se dejó sin efectos el numeral 2º del fallo impugnado, que había concedido el amparo como mecanismo transitorio, y se confirmaron los ordinales tercero y cuarto, que dispusieron:

“TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ASESORES EN DERECHO S.A.S. a través de su representante doctor ANDRÉS CAMILO MURCIA VARGAS o quien haga sus veces, en su calidad de MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, que en un plazo que no podrá ser superior a **quince (15) días**, proceda a elaborar el cálculo actuarial individual correspondiente al periodo laborado por el señor CIRO LIÉVANO durante el lapso del 25 de febrero de 1965 al 30 de julio de 1981.

CUARTO: ORDENAR a la FIDUPREVISORA S.A. a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, o a quien corresponda, que traslade el valor actualizado del cálculo actuarial a que se refiere el numeral anterior con destino a COLPENSIONES conforme a lo solicitado por el demandante.

Para tal efecto, FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien corresponda, deberá realizar las gestiones del caso ante la Federación

² Según poder visible a folio 12.

Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, a fin de que esa entidad gire los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes aquí impartidas”³.

Para arribar a la citada resolutive, esta Corporación consideró que le asistía la razón al juez constitucional de primera instancia cuando concluyó que las entidades accionadas llamadas a conjurar la lesión de los derechos fundamentales del demandante son la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., por ser a quien se le adjudicó el contrato de fiducia mercantil con el fin de constituir el patrimonio autónomo de PANFLOTA y la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., como mandataria del patrimonio autónomo PANFLOTA⁴, por cuanto lo que se discute es el reconocimiento del derecho que tienen los ex trabajadores de la CIFM a que se realice el cálculo actuarial correspondiente para que se les reconozcan los aportes que debió efectuar el empleador al fondo de pensiones, por el tiempo en el que prestaron sus servicios a dicha compañía.

Así las cosas, la Sala precisó que la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S. vulneró los derechos fundamentales del actor, cuando afirmó en la respuesta del derecho de petición del accionante⁵ que la CIFM no tenía la obligación legal con los trabajadores del mar, “... pues solo hasta el 15 de agosto de 1990, mediante la Resolución No. 003296 de 02 de agosto de 1990 el ISS llamó a inscripción obligatoria de los trabajadores del mar, siendo dicha data la inicial de cobertura frente a los trabajadores de la CIFM S.A., hoy cerrada”⁶.

En la sentencia, la Sección precisó que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946⁷, la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A. –liquidada– debía aprovisionar el capital necesario para cubrir el monto de los aportes pensionales que debían ser girados, con posterioridad al ISS en el momento en el que dicha entidad asumiera la obligación de reconocer y pagar las pensiones.

Este criterio permite garantizar *“la plena vigencia de un orden justo, la igualdad y la solidaridad, como fines del Estado Social de Derecho. Que, incluso, en varios pronunciamientos, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han*

³ Ver folios 4 a 34.

⁴ Para los fines establecidos en el auto No. 400010509 de la Superintendencia de Sociedades y el correspondiente contrato de mandato.

⁵ Argumento que reitera en el informe de contestación de la demanda de tutela de la referencia.

⁶ Folio 130 del expediente de tutela.

⁷ “ARTICULO (sic) 72. 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”.

*esgrimido las mismas razones para tutelar los derechos fundamentales de ex trabajadores de la CIFM.*⁸

2. Incidente de Desacato

2.1. Del primer trámite incidental

2.2.1. Con ocasión de una primera solicitud de iniciar incidente de desacato, presentada por el tutelante, el tribunal de primera instancia, mediante auto del 9 de noviembre de 2016, se abstuvo de imponer sanción a Sandra Gómez Arias, en su calidad de Presidenta de Fiduprevisora S.A., oportunidad en la que, a efectos de lograr la efectividad del derecho fundamental conculcado aclaró la orden, en el sentido de determinar que las gestiones las debía realizar “... *mediante acción judicial y/o administrativa que devenga efectiva para el giro compulsivo de los recursos correspondientes al bono pensional del aquí incidendante (sic)*”⁹.

Nuevamente, el apoderado judicial del accionante, en escrito del 16 de diciembre de 2016, informó sobre el incumplimiento por parte de Fiduprevisora S.A. del fallo de tutela, afirmando que habían transcurrido más de ocho meses desde que se profirió la decisión de segunda instancia sin que se hubieran efectivizado los derechos fundamentales amparados.

Precisó que la compañía Asesores en Derecho S.A.S. expidió la Resolución 043 del 3 de mayo de 2016, la cual determinó el valor del bono pensional del señor Ciro Liévano en la suma de \$791.121.237, por el tiempo laborado en la CIFM entre el 25 de febrero de 1965 y el 31 de julio de 1981, por lo que ordenó al Patrimonio Autónomo PANFLOTA que solicitara a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, los recursos para el pago del bono pensional y que los girara a Colpensiones.

2.2.2. Mediante proveído del 8 de febrero de 2017 se resolvió el incidente de desacato, en el sentido de declarar que la conducta de la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A, es constitutiva de incumplimiento y desacato a lo ordenado en el fallo de tutela del 12 de mayo de 2016, dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que modificó el proferido por el Tribunal Administrativo de

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

⁹ Folio 100.

Cundinamarca, razón por la cual, la sancionó con multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

El *a quo* consideró que la Presidenta de Fiduprevisora S.A. se ha negado al adelantamiento de las actuaciones administrativas y/o judiciales necesarias para que la Federación Nacional de Cafeteros gire los recursos correspondientes al bono pensional del incidendante, lo cual –a su juicio– configura desidia en relación con el cumplimiento del amparo conferido al actor y, en consecuencia, compromete su responsabilidad subjetiva.

Destacó que en el fallo que es materia de cumplimiento en esta oportunidad, las órdenes de amparo no estuvieron dirigidas a la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, de tal manera que no resultaba de recibo la petición del incidendante de vincular a la Federación Nacional de Cafeteros, precisando que el amparo tutelar se circunscribió a “... ordenar la determinación del cálculo actuarial individual correspondiendo al período laborado en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante por el señor CIRO LIÉVANO, comprendido del 25 de febrero de 1965 al 30 de julio de 1981 y a que subsiguientemente la FIDUPREVISORA S.A. a través de su representante surtiera el traslado del valor actualizado del cálculo actuarial, **es a la citada empresa a la que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, le corresponde a través de su representante legal, realizar las gestiones del caso ante la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, a fin de que esa entidad gire los recursos necesarios para que se realicen material y objetivamente las ordenes de amparo**”¹⁰. (Negrillas incluidas en el texto)

2.2.3. Mediante escrito radicado el 6 de marzo del año en curso en la Secretaría General de esta Corporación, el Gerente Jurídico de Fiduprevisora S.A. solicitó la revocatoria o inaplicabilidad de la sanción impuesta a Sandra Gómez Árias.

Precisó que la entidad no tiene competencia en relación con el reconocimiento de derechos pensionales, dado que de conformidad con el contrato de fiducia mercantil, únicamente realiza pagos cuando existe acto administrativo por medio del cual se reconoce algún derecho pensional, expedido ya sea por el mandatario con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante o por quien ejerció las gestiones como agente liquidador de la hoy extinta CIFM.

¹⁰ Folio 172.

2.2.4. Con auto del 16 de marzo de 2017, la Consejera Ponente revisó en grado de consulta la sanción impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de febrero de 2017, en el sentido de confirmarla.

Como fundamento de su decisión explicó que *“al encontrarse que continúa y es actual la vulneración de los derechos del señor Ciro Liévano y haberse requerido en varias oportunidades a FIDUPREVISORA S.A. para que cumpla oportunamente, hasta el punto que se han tramitado dos incidentes de desacato por los mismos hechos, no hay duda que la sanción es idónea, proporcional y necesaria.”*

2.3. Del trámite incidental en el caso en concreto

2.3.1. Con escrito enviado por correo electrónico el 6 de abril de 2017, la Fiduprevisora S.A. solicitó la inaplicabilidad o suspensión de la sanción impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de febrero de 2017. Al respecto indicó que el 31 de mayo de 2017 remitió a Colpensiones la Resolución No. 043 del 3 de mayo de 2016 expedida por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S, mediante la cual reconocen y ordenan el pago de un bono pensional a nombre del accionante, solicitando la expedición del respectivo comprobante de pago, a cargo de la compañía Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. –liquidada–, con el fin de realizar el respectivo pago.

Así las cosas, expresó que se encuentra a la espera que Colpensiones remita los comprobantes de pago para cancelar el bono pensional.

2.3.2. Con escrito radicado el 24 de abril de 2017 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el apoderado del señor Ciro Liévano se opuso a la petición elevada por la Fiduprevisora S.A de levantar o suspender la sanción impuesta a la señora Sandra Gómez Árias en su calidad de presidente de dicha entidad, argumentando que la misma no ha cumplido con el fallo de tutela del 12 de mayo de 2016. Al respecto expresó:

“Una cosa es exigir a Colpensiones la expedición de un comprobante para efectuar un pago y otra muy diferente querer que Colpensiones certifique haber recibido un dinero que aún no ha sido entregado. Decir voy a pagar es diferente a decir que ya pagué.

Al ver las comunicaciones enviadas por Fiduprevisora S.A a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES en febrero

de 2017 y marzo de 2017, se comprueba que Fiduprevisora S.A no ha girado aún el valor a Colpensiones.

No aparece, porque no existe consignación alguna que demuestre lo que asegura el Director Jurídico de Fiduprevisora S.A.

El pago del bono pensional a favor de mi poderdante no se ha efectuado, pese a que ha transcurrido un año de proferida la sentencia de tutela No. 2016-00265, continuando con la violación de los derechos fundamentales de mi poderdante.”¹¹

2.3.3. Mediante auto del 2 de mayo de 2017¹², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, previo a resolver la solicitud presentada por la Fiduprevisora S.A. requirió a la señora Sandra Gómez Arias, en su calidad de presidenta de dicha entidad, a efectos de que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, acreditara el pago efectivo del bono pensional ante Colpensiones.

2.3.4. Con escrito enviado por correo electrónico el 5 de mayo de 2017, el Gerente Jurídico de Fiduprevisora S.A. solicitó inaplicar o suspender la sanción impuesta a la señora Sandra Gomez Arias atendiendo a que dicha entidad, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, *“ha acatado todas las órdenes impartidas en la sentencia 2016-265 y adelantó todas las actuaciones ante COLPENSIONES, es decir, traslado a la Resolución No. 043 de fecha 03 de Mayo de 2016 expedida por Asesores en Derecho S.A.S. mediante la cual reconoce y ordena el pago de un bono pensional al accionante lo cual se trasladó el día 31 de marzo de 2017 el día 04 de abril de 2017 es reiterada nuevamente el día 04 de mayo mediante radicado No. 2017004052544 a dicha entidad la expedición del respectivo COMPROBANTES (sic) de pago, a efectos de que el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA proceda a realizar el pago, dando así cumplimiento conforme a lo ordenando en el fallo de tutela.”¹³*

Igualmente, solicitó que se requiera a Colpensiones con el fin de que expida el respectivo comprobante de pago, a cargo de la Compañía Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. Liquidada, para que dé cumplimiento a lo solicitado por el accionante.

2.3.5. En providencia del 9 de mayo de 2017¹⁴ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca suspendió por 15 días, contados a partir de la notificación de dicha providencia, la sanción impuesta a la señora Sandra Gómez y la requirió para que surtiera las actuaciones necesarias para materializar el

¹¹ Folio 1 del cuaderno 2 del incidente.

¹² Folios 4 a 8 del cuaderno 2 del incidente.

¹³ Folio 19 del cuaderno 2 del incidente.

¹⁴ Folios 85 a 87 del cuaderno 2 del incidente.

cumplimiento del fallo, tales como ejercer una acción de tutela en contra de Colpensiones con el fin de que resolviera las peticiones relacionadas con la expedición del comprobante de pago.

2.3.6. El 12 de mayo de 2017, el apoderado del señor Ciro Liévano interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto del 9 de mayo de 2017, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído del 23 del mismo mes y año, en el sentido de negar por improcedentes los recursos interpuestos.

2.3.7. El 24 de mayo de 2017 la Fiduprevisora S.A. puso en conocimiento del juez del desacato que (i) el 18 de mayo de 2017 se reiteró nuevamente a Colpensiones la Resolución No. 043 de 2017 expedida por Asesores en Derecho S.A.S. mediante la cual reconoce y ordena el pago del bono pensional del accionante por valor de \$791.121.237, con el fin de solicitar la expedición del comprobante de pago; (ii) el 19 de mayo de 2017 Colpensiones expidió el documento requerido; y (iii) el 23 de mayo de 2017 la Fiduprevisora S.A pagó a Colpensiones el bono pensional expedido a favor del señor Ciro Liévano.

Como sustento de sus afirmaciones, adjuntó el comprobante de pago y el respectivo certificado de cancelación del mismo, por valor de \$141.596.253.

2.3.8. En auto del 31 de junio de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (i) negó la solicitud de inaplicación de la sanción confirmada en sede del grado jurisdiccional de consulta el 16 de marzo de 2017; y (ii) requirió a la señora Sandra Gómez Arias, en su calidad de presidenta de la Fiduprevisora S.A. a efectos de que en el término de 48 horas acreditara las gestiones efectuadas para conjurar el déficit reportado por la liquidación surtida por Colpensiones y la efectuada por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S.

Como fundamento de su decisión, explicó que a Colpensiones se le solicitó la expedición de la orden de pago correspondiente, actuación en la que se efectuó una nueva liquidación cuando lo ordenado era cancelar el valor determinado por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S., *“y por demás la liquidación efectuada por Colpensiones con la anuencia silenciosa de la Fiduprevisora S.A., se tuvo en cuenta el salario mínimo y en consecuencia se determinó un valor inferior al pago allí contemplado...”*¹⁵

¹⁵ Folio 151 del cuaderno 2 del incidente.

Así las cosas, no era posible concluir que la Fiduprevisora S.A. cumplió a cabalidad el fallo de tutela.

2.3.9. Mediante escrito enviado por correo electrónico el 2 de junio de 2017, el Gerente Jurídico de la Fiduprevisora S.A., explicó lo siguiente:

1. Dentro de los documentos trasladados a Colpensiones, para la validación del cálculo actuarial del señor Ciro Liévano, se anexó la Resolución No. 043 de 2016, mediante la cual Asesores en Derecho S.A.S., le reconoció al accionante la suma de \$791.121.237, por concepto de bono pensional tipo B.
2. En los soportes enviados por Colpensiones, se evidencia que el cálculo actuarial realizado por esa entidad corresponde a un “cálculo actuarial por omisión”, que hace referencia efectivamente a la situación del actor, siendo que el realizado por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S., es decir, el tipo “B” no le era aplicable a esta situación jurídica.

En este orden de ideas, explicó que, para la elaboración del cálculo actuarial por omisión, no se cuenta con el salario devengado por el accionante, razón por la cual Colpensiones realizó la liquidación con el salario mínimo de la época en la que el señor Ciro Liévano trabajaba en la CIFM.

3. El cálculo actuarial por omisión de empleador privado se realiza por solicitud del empleador, en los casos en que se omitió la afiliación de su trabajador al Sistema General de Pensiones.
4. Respecto al no pago de lo ordenado por Asesores en Derecho S.A.S. a favor de Colpensiones, se debe tener en cuenta que la modificación del cálculo varía sustancialmente en la determinación del valor por este concepto, adicionalmente a que las partes no conocen el valor del salario base expresado en pesos a la fecha del retiro, situación que dificulta tener certeza del valor real de la prestación solicitada.

2.4. Auto de apertura del incidente de desacato

En providencia del 15 de junio de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió incidente de desacato¹⁶ en contra de la presidenta de la Fiduprevisora S.A., quien conforme a la consulta en el sitio web de la entidad es la señora Sandra Gómez Arias.

Dicho auto fue notificado al correo electrónico a la dirección sgomez@fiduprevisora.com.co.

2.5. Intervenciones

2.5.1. Con escrito radicado el 22 de junio de 2017 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de la Administradora de Pensiones – Colpensiones, solicitó se declarara el cumplimiento del fallo de tutela del 12 de mayo de 2016 proferido por esta Sección. Lo anterior, por cuanto la entidad había realizado las actuaciones necesarias tendientes a ejecutar lo ordenado por el juez constitucional.

2.5.2. Mediante oficio del 22 de junio de 2017, el representante legal de la Fiduprevisora S.A. informó sobre las acciones adelantadas por la misma, tendientes a atender lo ordenado en el fallo de tutela del 12 de mayo de 2016. Al respecto, puso de presente que el 23 de mayo de 2017 realizó la consignación en Bancolombia del respectivo cálculo actuarial por omisión a favor del señor Ciro Liévano, adjuntando el comprobante de pago.

2.5.3. El señor Darwin León Segura, quien adujo actuar en calidad de Gerente Jurídico de Fiduprevisora S.A., manifestó que la entidad fiduciaria dio estricto cumplimiento al fallo de tutela por cuanto el 23 de mayo de 2017 consignó en la cuenta de Bancolombia el valor del cálculo actuarial. Así mismo, indicó que en aras de aclarar la razón por la cual Colpensiones no emitió el respectivo título *“por el monto total de la resolución expedida por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S., la Fiduprevisora S.A. realizará un nuevo cálculo actuarial con el último salario devengado por el accionante según los archivos que reposan en la entidad y de tal cálculo se le hará conocer a Colpensiones y Asesores en Derecho S.A.S. para que realice de nuevo el estudio del Bono pensional del señor Ciro Liévano.”*¹⁷

2.5.4. La señora Sandra Gómez Arias, en su en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A. fue notificada del auto que dio apertura al trámite

¹⁶ La apertura de dicho incidente culminó con la sanción impuesta el 30 de junio de 2017, la cual se revisa en sede de consulta.

¹⁷ Folio 215 vuelto.

incidental, mediante oficio enviado a la dirección de correo electrónico sgomez@fiduprevisora.com.co., no obstante, guardó silencio.

2.6. Providencia revisada en consulta

Con auto interlocutorio del 30 de junio de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “C” declaró que la conducta de la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A., es constitutiva de incumplimiento y de desacato a lo ordenado en el fallo de tutela del 12 de mayo de 2016, por lo que la sancionó con multa de (un) 1 SMLMV. Como sustento de su decisión, el juez del desacato explicó lo siguiente.

1. Encontró acreditado con suficiencia que los términos otorgados en el fallo de segunda instancia, para acatar la orden están ampliamente superados *“y aunque esta es clara en indicar que corresponde a la Fiduprevisora S.A., el traslado a COLPENSIONES del valor actualizado del cálculo actuarial surtido por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S., en calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo Panflota, y correspondiente al periodo laborado por el señor CIRO LIÉVANO durante el lapso comprendido entre el 25 de febrero de 1965 y el 30 de julio de 1981, evidencia no efectivamente materializada (sic) por la doctora SANDRA GÓMEZ ARIAS en su calidad de PRESIDENTE DE LA FIDUPREVISORA S.A.”*¹⁸

Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aclaró que la orden de tutela no se agota con la consecución de los recursos y el subsiguiente giro del monto del bono pensional liquidado por Colpensiones con base en el salario mínimo, ya que el sentido de la misma y la concreción del amparo concedido, se circunscribe al pago efectivo del bono pensional correspondiente al periodo dejado de cotizar, con base en el salario efectivamente devengado por el señor Ciro Liévano.

Igualmente, el juez del desacato, tuvo en cuenta las acciones desplegadas por la Fiduprevisora S.A., en virtud de las cuales se obtuvieron los recursos necesarios para cancelar el monto del bono pensional reconocido por la Sociedad Asesores en Derecho S.A.S, se solicitó a Colpensiones en varias oportunidades el correspondiente

¹⁸ Folio 266.

comprobante de pago y se efectuó el giro de recursos ordenado por dicha entidad.

No obstante, consideró que la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de presidenta de la Fiduprevisora S.A., no satisfizo la orden tutelar con dichas actuaciones, pues *“el amparo conferido le impone a la aquí incidentada surtir las actuaciones necesarias para efectuar el giro del bono pensional correspondiente al periodo no cotizado del actor señor CIRO LIÉVANO, liquidado con base en el salario efectivamente devengado por aquel, en consecuencia, de requerir ser acreditado ante COLPENSIONES el salario o la conversión del mismo a pesos, debió efectuar las gestiones necesarias para tal fin.”*¹⁹

De lo anterior concluyó que efectuar el giro del bono pensional, liquidado sin tener en cuenta el real salario devengado por el actor, desconoce el sentido del amparo.

2. Afirmó que de conformidad con la orden tutelar, le es exigible a la señora Sandra Gómez Arias que adelante las gestiones necesarias para que el comprobante de pago emitido por Colpensiones corresponda con el salario real devengado por el accionante, *“circunstancia en virtud de la cual resulta predicable que su conducta configura grave indiligencia e incuria frente a la tutela concedida, que reitera y destaca, asume en el caso en concreto como medio de defensa judicial de carácter definitivo, evidenciando que la orden tutelar comporta, contrario a lo aducido por la incidentada, que en su cumplimiento el bono pensional del señor CIRO LIÉVANO, se liquide con el salario efectivamente devengado por éste, y no resulta entonces acertado refutar que el tópico del monto, excede el amparo conferido, conforme alega la autoridad incidentada, por el contrario, es exigible de la misma.”*²⁰

2.7. Actuaciones posteriores a la sanción

Mediante oficio radicado el 10 de julio en la Oficina de Correspondencia de esta Corporación, el Gerente Jurídico de la Fiduprevisora S.A S.A. puso de presente que (i) el 23 de mayo de 2017 realizó el pago de **\$141.586.253** a Bancolombia correspondiente del bono pensional a favor del señor Ciro Liévano; (ii) el valor del bono pensional calculado por Colpensiones es de \$141.586.253, mientras que aquel liquidado por Asesores en Derecho S.A.S. había arrojado la suma de **\$791.121.237**; (iii) mediante Resolución

¹⁹ Folio 266.

²⁰ Folio 267.

No. 108 del 1º de junio de 2017 emitida por Asesores en Derecho S.A.S. se modificó la parte resolutive del acto administrativo No. 043 de 2016, dejando como valor de la prestación \$141.596.253.

Puso de presente que la diferencia en los valores del bono pensional, se debió a que, según lo informado por el actuario evaluador de la Flota Mercante Gran Colombiana, en su momento emitió el cálculo actuarial con unos valores que no correspondían, ya que no discriminó el último salario devengado del valor total del salario que se plasmó en la liquidación, por lo que al principio resultó un valor tan alto.

Por otro lado, explicó que debido a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en relación con la necesidad de calcular el valor del bono pensional con el salario real devengado por el tutelante, la Fiduprevisora S.A entregó nuevamente la hoja de vida del señor Ciro Liévano al Actuario y a Colpensiones, a fin de validar el referido título.

El 28 de junio de 2017 requirió a la señora Olga Lucía Sarmiento, Gerente Nacional de Ingresos y Egresos de Colpensiones, para que tuviera en cuenta la solicitud de realizar nuevamente el “cálculo actuarial por omisión en los aportes” del señor Ciro Liévano.

El 5 de julio de 2017, el señor Israel Alfonso Castro Vaca, evaluador de la Flota Mercante envió a la Fiduprevisora S.A. el nuevo cálculo actuarial a pagar de acuerdo a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es decir, con el último salario devengado por el accionante el cual arrojó un valor de **\$210.976.523** liquidado a 31 de julio de 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Fiduprevisora S.A. se comunicó con Colpensiones, para solicitar la entrega del comprobante para pago por la diferencia que resulte sobre el nuevo salario notificado, sin embargo, dicha entidad le expresó la imposibilidad de expedir el referido comprobante, debido a que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual en Porvenir, situación que le imposibilitaba recibir dichos valores.

Con fundamento en los argumentos expuestos, solicitó que se revocara y/o inaplicara la sanción impuesta a la Dra. Sandra Gómez Arias.

3. Actuaciones realizadas en sede de consulta

3.1. Decreto de pruebas

Mediante providencia del 22 de agosto de 2017, se advirtió que existía la necesidad de contar con medios de prueba adicionales a aquellos que obran en el expediente. Lo anterior, por cuanto no se allegaron elementos de juicio suficientes para determinar si el señor Ciro Liévano se encuentra inscrito en el Régimen de Ahorro Individual –RAI- en Porvenir y, de ser así las condiciones del traslado efectuado entre Colpensiones y el mencionado Fondo de Pensiones y Cesantías.

Teniendo en cuenta lo anterior, con base en lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, se dispuso comisionar a la Magistrada Auxiliar adscrita al despacho Nancy Ángel Müller, por el término de tres (3) días hábiles, para que practique inspección judicial e incorpore al expediente del incidente de desacato los documentos y medios de convicción necesarios para resolver el asunto de la referencia, en las oficinas de Colpensiones, así como en Porvenir de resultar necesario.

3.2. De conformidad con el acta de la diligencia de inspección judicial visible a folio 379 del expediente, el 11 de septiembre de 2017 la Magistrada Auxiliar del despacho ponente se trasladó a las oficinas de Colpensiones en donde fue atendida por el señor Alfonso Rueda Quevedo quien desempeña el cargo de Analista 4 de la Dirección de Acciones Constitucionales, funcionario que explicó lo siguiente:

i. Colpensiones tiene la competencia para realizar los cálculos actuariales por omisión. En el caso en concreto, dicha operación había arrojado un valor de \$2.721.307 para el periodo transcurrido entre el 25 de febrero de 1965 y el 27 de mayo del mismo año. Adicionalmente, por el periodo de servicios prestados entre el 28 de mayo de 1965 y el 30 de julio de 1981, el monto del cálculo actuarial correspondía a \$141.596.253, para un total de \$144.317.560. El cálculo actuarial enunciado, se realizó con el salario mínimo vigente para la época de la omisión, debido a que no contaban con el expediente laboral del tutelante.

ii. La incidentada realizó pagos a Colpensiones por los valores antes descritos.

iii. Mediante Resolución No. 43 DCYP del 8 de agosto de 2017, Colpensiones efectuó el traslado de la reserva actuarial a Porvenir, indicando que el dinero recibido produjo un rendimiento total de

\$4.420.060, por lo que el valor efectivamente trasladado al Fondo de pensiones Porvenir fue de \$148.737.620.

iv. El señor Ciro Liévano presentó una acción de tutela, con el fin de obtener el traslado a Porvenir del cálculo actuarial pagado por la Fiduprevisora S.A a Colpensiones.

El proceso le correspondió al Juzgado 22 Administrativo del Circuito de Bogotá, autoridad judicial que en sentencia del 3 de agosto de 2017 negó las pretensiones de la demanda de tutela, argumentando que (i) el señor Ciro Liévano se afilió al ISS el 15 de agosto de 1990, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, es decir que se encontraba atado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; (ii) la afiliación efectuada por el tutelante al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., régimen de Ahorro Individual con solidaridad, fue realizada el 29 de junio de 2016, es decir, cuando tenía 76 años de edad; (iii) no le estaba permitido el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad, porque se encontraba inmerso en el régimen de transición. Así las cosas, la afiliación al RAI es ineficaz para todos los efectos, pues le estaba prohibido por ley a dicho fondo privado recibir afiliaciones de personas que se encuentran inmersas en el régimen de prima media que ya cumplieron el requisito de la edad para tener derecho a la pensión y, por lo tanto, la entidad llamada a responder por el reconocimiento y pago de cualquier prestación de tipo pensional es Colpensiones.

v. Con fundamento en lo anterior, indicó que Colpensiones iniciaría el trámite correspondiente para solicitarle a Porvenir la devolución de los dineros trasladados, para dar cumplimiento al referido fallo de tutela y al ordenamiento jurídico, en tanto el señor Ciro Liévano está afiliado a Colpensiones y no le está permitido trasladarse a otro régimen.

vi. Reiteró la petición elevada en el memorial del 14 de agosto de 2017 enviado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual se anexó al expediente, en donde se explica que Colpensiones tiene la facultad de realizar los cálculos actuariales por omisión, y que dicha actuación no le correspondía a Asesores en Derecho S.A.S. En efecto, indicó que en la sentencia SL1438-2015 del 20 de octubre de 2015 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, modificó la orientación que tenía encaminada a

trasladarle la responsabilidad al empleador por la falta de aportes al sistema pensional, para dar cabida a la constitución de reservas actuariales a favor de las entidades de la seguridad social a efectos del pago de la pensión:

“Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.”

Así las cosas, expresó que es dicha Administradora la llamada legalmente a realizar el cálculo actuarial a favor del señor Ciro Liévano, razón por la cual a solicitud de la Fiduprevisora S.A la Administradora Colombiana de Pensiones realizó el cálculo actuarial, en un primer momento, teniendo en cuenta el salario mínimo de la época, como se expuso anteriormente, dinero que fue pagado por la accionada.

Con posterioridad, indicó que la Fiduprevisora S.A le solicitó el ajuste del cálculo actuarial por omisión, adjuntando la liquidación por retiro del señor Ciro Liévano, el contrato de trabajo, la tarjeta kardex en la que se detalla el último salario en dólares y la TRM a la fecha de retiro. Teniendo en cuenta lo anterior, explicó que para dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral cuarto de la sentencia del 12 de mayo de 2016, así como atender a la solicitud del ajuste del cálculo actuarial con base en los documentos aportados por la Fiduprevisora S.A:

*“... es menester manifestar la no competencia del empleador para hacer la liquidación del cálculo actuarial, sino que dicha liquidación le corresponde a el (sic) Fondo pensional respectivo por la consecuencia que este aspecto pueda tener, tal y como se ha manifestado en las consideraciones del presente escrito, debido a que es la administradora de pensiones quien recibirá ‘a satisfacción’, y deberá recibir y aplicar –volver semanas- los tiempos de servicio de trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador antes y después de la Ley 100 de 1193 (sic), aprobando por ende la reserva matemática necesaria por estos tiempos dejados de cotizar. En tal medida, es Colpensiones la Entidad en la que se encuentra válidamente afiliado el ciudadano, la que deberá proyectar el cálculo actuarial que debe cancelar el empleador omiso quien expresará la aceptación del pago, para efectos de proceder al reconocimiento de la prestación a que haya lugar.
(...)”*

Finalmente, nos permitimos solicitarles que de ser procedente, y teniendo en cuenta que la Sociedad de Asesores en Derecho S.A.S., Mandataria con Representación (con cargo al) PANFLOTA no es la llamada legalmente a realizar y liquidar el cálculo actuarial, por las razones ya expuestas, y que se debe atender la solicitud realizada por la FIDUPREVISORA S.A el día 29 de junio de 2017, mediante radicado 2017_6698604, en la que solicita el 'AJUSTE CÁLCULO ACTUARIAL POR OMISIÓN', debido a que el último salario del señor CIRO LIÉVANO fue en dólares y la liquidación realizada por Colpensiones como ya se ha indicado se realizaron con el salario mínimo para el periodo en omisión, razón por la cual se hace de vital importancia que su Honorable Despacho se pronuncie y dirima la presente controversia para que la Administración Colombiana de Pensiones pueda acatar y dar cumplimiento a cabalidad con lo ordenado en el numeral CUARTO de la presente acción de tutela, aún más considerando que Colpensiones es una Entidad de naturaleza pública, la cual se encuentra sometida al imperio de la ley y a la vigilancia de los entes de control (Contraloría, Procuraduría, Dian, Superintendencia Financiera) por lo cual NO es viable recibir las sumas de dinero liquidadas por la Sociedad en Derecho S.A.S., Mandataria con Representación (con cargo al) PANFLOTA en la Resolución No. 043 de fecha 3 de mayo de 2013, modificada por la Resolución No. 053 de mayo de 2016.²¹

vii. Entregó para que fuera anexada al expediente la constancia de afiliación del señor Ciro Liévano a Colpensiones.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la consulta de la providencia que declaró que la conducta de la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A. es constitutiva de incumplimiento y desacato a lo ordenado en el fallo de tutela del 12 de mayo de 2016, dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado que modificó el proferido el 17 de marzo de la misma anualidad por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la sancionó con multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

2. Cuestiones previas

2.1. Cuestión previa referida a la legitimación en la causa de quien interviene en representación de Fiduprevisora S.A.

²¹ Folio 395 vuelto.

En relación con la solicitud de revocatoria o de levantamiento de la sanción formulada por el señor Darwin León Segura, la Sala precisa que el mismo compareció al proceso aduciendo la calidad de Gerente Jurídico de Fiduprevisora S.A., sin que allegara al proceso prueba de la representación que pueda ejercer de la señora Sandra Gómez Arias, funcionaria encargada del cumplimiento de la orden y contra quien se adelantó el incidente de desacato, que por su carácter sancionatorio no se tramita en contra de la persona jurídica.

En consecuencia, al advertirse la falta de legitimación en la causa del peticionario, la Sala no atenderá la solicitud de revocatoria y/o levantamiento de la sanción, a que se refiere el memorial allegado el 10 de julio del año en curso, con posterioridad al auto que impuso la sanción en primera instancia.

No obstante, esta Sección manifiesta que se tendrán en cuenta los elementos materiales probatorios allegados con dicho memorial, a efectos de verificar el cumplimiento del fallo de tutela, en garantía del derecho al debido proceso de la funcionaria.

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

- i) ¿Sí la señora Sandra Gómez Arias, en su calidad de Presidenta de Fiduprevisora S.A. incurrió en desacato en relación con la orden de tutela impartida en providencia del 12 de mayo de 2016, que modificó la sentencia del 17 de marzo de la misma anualidad dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca?
- ii) ¿Se configuran en el caso en concreto los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para modular la orden dada en el fallo de tutela?
- iii) ¿Sí se garantizó el derecho al debido proceso de la funcionaria y el principio de proporcionalidad de la sanción?

4. Marco normativo y conceptual

En relación con el cumplimiento del fallo de tutela, el Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó el artículo 86 de la Constitución Política, estableció en su artículo 27, lo siguiente:

“Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. **El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan la sentencia.** (Resaltado fuera de texto).*

En punto al desacato de la orden de tutela, señaló la Corte Constitucional:

“Incidente de desacato y responsabilidad subjetiva

Dice el artículo 52 del decreto 2591 de 1991 que ‘La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar’. Es, por lo tanto, una sanción y por lo mismo susceptible al debido proceso.

(...)

Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento...”²²

En relación con la naturaleza jurídica del incidente de desacato, ha establecido la Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales que:

“El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como

²² Corte Constitucional Sent. T-763 de 1998. Exp. 161333. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos”.

En la sentencia C-367 de 2014, la Corte Constitucional consideró que incumplir una providencia judicial, además de afectar el acceso a la justicia, desconoce la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, vulnera los principios de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, máxime si se trata de una sentencia de tutela en la cual se están garantizando derechos fundamentales.

Esta Sección ha considerado que *“Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo y 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida. El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia”²³.*

5. Caso concreto

El incidente objeto de decisión debe ser resuelto bajo los parámetros jurisprudenciales anotados, dada su naturaleza sancionatoria, siendo obligatorio considerar el aspecto subjetivo, pues nuestro ordenamiento -

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 22 de enero de 2009. Actor Guillermo Alberto Pulido Mosquera. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, criterio que se ha reiterado por la Sala entre otros, en los siguientes pronunciamientos: auto del 21 de abril de 2015, con ponencia de la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 76001-23-33-000-2014-01083-01; 26 de enero de 2017, dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Rocío Araujo Oñate, Rad. No. 25000-23-42-000-2016-04024-01, auto del 13 de octubre de 2016, con ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro, entre otros.

entre sus principios rectores- proscribe la *responsabilidad objetiva*, exigiendo que sea el resultado de una acción u omisión ejecutada dolosa o culposamente por el agente, de tal manera que no sólo se debe determinar si los funcionarios contra quienes se inició el trámite incumplieron la orden de tutela²⁴, sino además verificar la *responsabilidad subjetiva*²⁵.

En torno al primer aspecto, se encuentra acreditado que en el fallo de tutela proferido el 12 de mayo de 2016 esta Corporación, confirmó el numeral 4º del fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “C” que dispuso:

“ORDENAR a la FIDUPREVISORA S.A a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, o a quien corresponda, que traslade el valor actualizado del cálculo actuarial a que se refiere el numeral anterior con destino a COLPENSIONES conforme a lo solicitado por el demandante.

Para tal efecto, FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien corresponda, deberá realizar las gestiones del caso ante la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, a fin de que esa entidad gire los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes aquí impartidas”²⁶. (Negritas y subrayas fuera de texto)

En consideración a que en la parte resolutive del fallo se utilizó la expresión “*gestiones del caso*”, la que resulta indeterminada, el juez constitucional de primera instancia, con agotamiento del debido proceso judicial y en aplicación de la doctrina de la Corte Constitucional²⁷ que permite al juez del incidente de desacato, en aras de garantizar el derecho fundamental conculcado aclarar la decisión, mediante auto del 9 de noviembre de 2016²⁸ dispuso:

“Ordenar a la Fiduprevisora S.A. a) que a través de su Presidenta o quien haga sus veces, surta las actuaciones necesarias respecto de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, mediante acción judicial o administrativa que devenga efectiva para el giro compulsivo de los recursos correspondientes al bono pensional del aquí incidendante.

²⁴ Fase objetiva.

²⁵ Fase subjetiva.

²⁶ Ver folios 4 a 34.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 6 de febrero de 2003.M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

²⁸ Auto que fue notificado por medios electrónicos a la funcionaria, sin que la misma interpusiera recurso alguno.

b) Dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación del sub lite se sirva presentar informe de las actuaciones desplegadas en cumplimiento del fallo”.

Del análisis del trámite dado al incidente de desacato se desprende que la señora Sandra Gómez Arias, no obstante encontrarse debidamente notificada del auto que la requirió para que efectuara las actuaciones judiciales y administrativas correspondientes e informara sobre el cumplimiento y del auto que dispuso la apertura del incidente de desacato, según mensajes remitidos a su correo y a la dirección de notificaciones judiciales de la entidad, debidamente publicado, y ordenó el cumplimiento inmediato para garantizar los derechos fundamentales, no realizó manifestación alguna encaminada a justificar el incumplimiento ni demostró que se encontrara imposibilitada para hacerlo.

No obstante, de conformidad con lo expuesto en el acápite 2.1 de la parte motiva de esta providencia, a efectos de verificar el cumplimiento de la orden tutelar, la Sala tendrá en cuenta los elementos probatorios obrantes en el expediente que arrojan en grado de plenitud probatoria las siguientes conclusiones:

(i) La Sociedad Asesores en Derecho S.A.S., mediante la Resolución No. 043 del 3 de mayo de 2017 reconoció el pago del bono pensional tipo B al señor Ciro Liévano por un valor de **\$791.121.237**.

(ii) La Fiduprevisora S.A obtuvo los recursos necesarios, por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, para cancelar el bono pensional reconocido.

(iii) Colpensiones expidió comprobante para pago del cálculo actuarial, luego de reliquidarlo, por un valor de **\$141.586.253 y \$2.721.307**, teniendo en cuenta que se trataba de un cálculo actuarial por omisión, más no uno bono tipo “B” y que, adicionalmente, al no conocer el valor del salario devengado por el tutelante, debía tomar como referente el salario mínimo.

(iv) La Fiduprevisora S.A. canceló en Bancolombia y a favor del señor Ciro Liévano el valor del cálculo actuarial por omisión liquidado por Colpensiones.

(v) Asesores en Derecho S.A.S. expidió la Resolución No. 108 del 1º de junio de 2017, mediante la cual modificó el valor inicialmente reconocido en la Resolución No. 043 del 3 de mayo de 2017, para concluir que el mismo

correspondía a **\$141.596.253**, aceptando que se había incurrido en un error al realizar la primera liquidación.

(vi) Con el fin de ajustar el monto del bono referido al valor real del salario devengado por el señor **Ciro Liévano**, la Fiduprevisora S.A el 28 de junio de 2017 le solicitó al evaluador de la Flota Mercante y a Colpensiones que realizara el cálculo, de conformidad con la hoja de vida del tutelante, la cual fue enviada a las entidades.

(vii) La Fiduprevisora S.A manifiesta la imposibilidad jurídica que le asiste para cancelar el valor faltante, por cuanto el señor **Ciro Liévano** se trasladó al Régimen de Ahorro Individual en Porvenir;

(viii) Con fundamento en la orden dada, en sede de tutela por el Juzgado 22 Administrativo de Bogotá, que consideró contrario a derecho el traslado efectuado, se canceló la inscripción en el RAI's del actor y Colpensiones activó la afiliación que tenía en el régimen de prima media con prestación definida que corresponde a la situación pensional del accionante, afiliación que estaba vigente desde el 25 de febrero de 1965, según documento visible a folio 397 del expediente de tutela.

Cabe destacar que Colpensiones, con fundamento en lo dispuesto por el régimen de pensiones le solicitó, a esta Sección, la modulación de la orden de tutela del 12 de mayo de 2016, en el sentido de indicar que dicha Administradora de Pensiones, es decir Colpensiones, es la llamada a realizar el cálculo actuarial requerido.

En este orden de ideas, como lo indicó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Fiduprevisora S.A. no ha cumplido la orden de tutela del 12 de mayo de 2016, toda vez que no ha cancelado la totalidad del valor correspondiente al bono pensional por omisión, del señor **Ciro Liévano**, teniendo en cuenta el valor real de su salario.

En efecto, el cumplimiento de la orden tutelar no se ha efectuado, pues, para ello se requiere que el cálculo actuarial del señor **Ciro Liévano**, se liquide con el salario efectivamente devengado por éste, siendo que a la fecha, la Fiduprevisora S.A. ha pagado únicamente los valores liquidados por Colpensiones, es decir, **\$141.586.253** y **\$2.721.307**, de los cuales **Colpensiones ha obtenido unos rendimientos de \$52.621 y \$4.367.439** persistiendo aún la falta de pago de la diferencia entre lo cancelado y el monto real calculado sobre el salario devengado por el actor.

Sin embargo, se advierte que existen medios de convicción en el expediente que ameritan un análisis con el fin de lograr que la medida ordenada en sede de tutela no sea inane, pues como lo indicó Colpensiones²⁹ dicha entidad es la llamada a realizar el cálculo actuarial por omisión, ya que el señor Ciro Liévano había realizado un traslado contrario al ordenamiento al régimen de ahorro individual que fue dejado sin efectos por el juez constitucional.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional resulta necesario, en sede de consulta, modular la orden de amparo, a efectos de que la misma pueda hacerse efectiva y, así, garantizar la protección de los derechos fundamentales del tutelante.

En efecto, el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia T-086 del 6 de febrero de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa indicó:

*“La modificación de la orden impartida por el juez no puede tener lugar en cualquier caso. Este debe corroborar previamente que se reúnen ciertas condiciones de hecho que conducirán a que dadas las particularidades del caso, el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando gravemente el interés público. Esto puede suceder en varias hipótesis: (a) **cuando la orden por los términos en que fue proferida nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane;** (b) en aquellos casos en que su cumplimiento no es exigible porque se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público; y (c) cuando es evidente que siempre será imposible cumplir la orden. En segundo lugar, el principal límite que la normatividad le fija al ejercicio de la facultad del juez de tutela de modificar la orden o las órdenes es la finalidad buscada, a saber, **las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo.** En tercer lugar, el alcance de las modificaciones que le es posible introducir al juez de tutela a la orden proferida inicialmente, como se dijo, Nuevamente **los límites están dados por la misma finalidad de la acción de tutela: garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales.** Por eso, al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre*

²⁹ Colpensiones sustenta su afirmación en la sentencia SL1438-2015 del 20 de octubre de 2015 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, en la que se modificó la orientación que tenía encaminada a trasladarle la responsabilidad al empleador por la falta de aportes al sistema pensional.

y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad. Pero el juez no puede modificar el contenido esencial de la orden. En cuarto lugar, cuando el juez de tutela se ve obligado a modificar aspectos accidentales de su orden por cuanto resulta necesario evitar que se afecten de manera grave, directa, manifiesta, cierta e inminente el interés público es probable que la alteración de la medida adoptada conlleve disminuir el grado de protección concedido originalmente. El juez de tutela debe elegir entre todas las modificaciones que pueda adoptar, aquella que represente la menor disminución del goce del derecho tutelado, pero que a la vez, evite la afectación del interés público de relevancia constitucional que justificó la modificación de la orden.

(...)

Son competentes para conocer de un incidente por desacato dentro de un proceso de acción de tutela, el juez al que le correspondió conocer la acción y el juez al que le correspondió resolver la impugnación, si la hubo. Por lo tanto, es preciso concluir que cuando el juez de la consulta también conoció en segunda instancia de la acción de tutela, conserva la competencia especial en materia de órdenes y, por tanto, puede modificar en sede de consulta los aspectos accidentales de la orden que hubiese sido impartida en la sentencia, respetando los parámetros señalados anteriormente, con miras a asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado y previendo, además, las medidas compensatorias que sean necesarias No ocurre lo mismo cuando el juez que resuelve la consulta no tuvo competencia sobre el caso y, en esa medida, no puede preservar ningún tipo de competencia especial en cuanto a poder establecer modificaciones al remedio ordenado. En los casos en que el funcionario judicial no tiene la competencia para modificar directamente la orden, pero al decidir la consulta lo considere necesario para garantizar el goce efectivo del derecho, deberá comunicárselo al juez de instancia el cuál puede y debe tomar la medida adecuada para el efecto.” (Negrillas de la Sala)

Así las cosas, integradas las órdenes de primera y segunda instancia, el amparo en el caso en concreto es el siguiente:

“PRIMERO: AMPARAR DE MANERA DEFINITIVA el derecho a la igualdad en conexidad con el derecho a la seguridad social y el mínimo vital del actor, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: (sin efectos)

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ASESORES EN DERECHO S.A.S. a través de su representante doctor ANDRÉS CAMILO MURCIA VARGAS o quien haga sus veces, en su calidad de MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, que en un plazo que no podrá ser superior a quince (15) días, proceda a elaborar el cálculo actuarial individual correspondiente

al periodo laborado por el señor CIRO LIEVANO durante el lapso del 25 de febrero de 1965 al 30 de julio de 1981.

CUARTO: ORDENAR a la FIDUPREVISORA S.A. a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, o a quien corresponda, que traslade el valor actualizado del cálculo actuarial que se refiere el numeral anterior con destino a COLPENSIONES conforme a lo solicitado por el demandante. Para tal efecto, FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien corresponda, deberá realizar las gestiones del caso ante la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, a fin de que esa entidad gire los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes aquí impartidas.”

En relación con el numeral tercero, la Sala advierte que, se configuran los presupuestos necesarios para modular la orden de amparo debido a que, en primer lugar ésta devino inane.

En efecto, como lo indicó la Administradora de Pensiones Colpensiones, es el fondo al cual se encuentre afiliado el actor la autoridad competente para realizar el cálculo actuarial por omisión³⁰, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993³¹ reglamentado por el Decreto 1887 de 1994³² y cuya interpretación fue dada por la Sala de Casación Laboral en la sentencia del 20 de octubre de 2015, por lo que dicha obligación no le corresponde a la Sociedad Asesores S.A.S.³³

Adicionalmente, de conformidad con lo expresado por Colpensiones en la inspección judicial realizada el 11 de septiembre de 2011, ésta “es una Entidad de naturaleza pública, la cual se encuentra sometida al imperio de la ley y a la vigilancia de los entes de control (Contraloría, Procuraduría, Dian, Superintendencia Financiera) por lo cual NO es viable recibir las sumas de dinero liquidadas por la Sociedad en Derecho S.A.S., Mandataria con

³⁰ La omisión de la afiliación es una de las causas que dan lugar a la posibilidad de trasladar al Sistema General de Pensiones una reserva actuarial o un título pensional, con el fin de que esas semanas laboradas y no cotizadas por falta de afiliación se contabilicen dentro de la historia laboral del afiliado.

³¹ PARAGRAFO. 1o... En los casos previstos en los literales c) y d), 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 cálculo actuarial que se realiza por parte de la entidad administradora puede entenderse como una información que se le entrega al empleador para que tome la decisión, bien sea de pagarle a ésta administradora de pensiones el título pensional con el fin de convalidar las semanas cotizadas con respecto al tiempo laborado a su servicio por parte del trabajador, o bien de responsabilizarse por el pago y reconocimiento de la pensión del mismo

³² **“por el cual se reglamenta el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.**

³³ Ver igualmente la sentencia de la Corte Constitucional T-014 del 25 de enero de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Representación (con cargo al) PANFLOTA en la Resolución No. 043 de fecha 3 de mayo de 2013, modificada por la Resolución No. 053 de mayo de 2016.”³⁴, situación que impide a la Fiduprevisora S.A pagar algún monto adicional, siendo que, como se advirtió en los antecedentes de esta providencia, el valor del cálculo actuarial del tutelante no se ha realizado teniendo en cuenta el salario real por él percibido.

En segundo lugar, en aras de buscar el cumplimiento de la decisión y el sentido original de la orden impartida en el fallo del 12 de mayo de 2016, es decir, que al señor Ciro Liévano se le reconozca, para efectos pensionales, el tiempo que trabajó en la CIFM, frente al cual el empleador no realizó los pagos correspondientes, es necesario ordenar a la entidad encargada de efectuar los cálculos actuariales, es decir, a Colpensiones, que liquide el correspondiente al tutelante, teniendo en cuenta el valor real del salario devengado por este, como lo solicitó la Fiduprevisora S.A a Colpensiones.

En tercer lugar, la Sala advierte que dicha modificación no implica un cambio absoluto de la orden impartida originalmente, pues se reitera, lo importante es que el tutelante cuente con el cálculo actuarial a que tiene derecho.

En cuarto lugar, esta Sección encuentra que la modificación adoptada no conlleva a disminuir el grado de protección concedido originalmente, si no que por el contrario, permite el goce efectivo de los derechos fundamentales del accionante dentro del marco preciso del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el numeral tercero de las órdenes integradas de primera y segunda instancia se modulará de la siguiente manera:

***“TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Pensiones Colpensiones que en un plazo que no podrá ser superior a quince (15) días, elabore el cálculo actuarial individual correspondiente al periodo laborado por el señor CIRO LIÉVANO durante el lapso del 25 de febrero de 1965 al 30 de julio de 1981, con fundamento en el salario efectivamente devengado.”*

Por otra parte, de la revisión del expediente, la Sala observa que a la fecha la Fiduprevisora S.A, ha cancelado el valor inicial liquidado por Colpensiones, faltando únicamente que dicho fondo actualice el valor de la

³⁴ Folio 395 vuelto.

prestación, según lo solicitó la incidentada el 29 de junio de 2017 ante la Administradora de Pensiones.

De lo expuesto se desprende, sin lugar a dudas, que la funcionaria encargada de cumplir la orden de tutela³⁵ ha ejercido varias actuaciones tendientes a garantizar materialmente los derechos conculcados, por lo que si bien es cierto que no ha pagado efectivamente el valor del cálculo actuarial, también lo es que al momento ha realizado las actuaciones necesarias para proceder en tal forma, sin que el cumplimiento dependa en el caso concreto de la exclusiva voluntad de la funcionaria en tanto requiere el concurso de Colpensiones y se requería claridad en torno al cálculo actuarial que erróneamente había sido elaborado por la sociedad Asesores en Derecho S.A.S.

Así las cosas, resulta necesario que Colpensiones actualice el valor del cálculo actuarial del señor Ciro Liévano, teniendo en cuenta el salario real por él devengado, para que la Fiduprevisora S.A, como lo ha expresado en varias ocasiones, pague el excedente a que haya lugar, lo que deberá realizar en el término de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se le notifique la resolución de actualización del cálculo actuarial.

Para el efecto, atendiendo a las consideraciones expuestas en precedencia frente a la posibilidad de modular la orden tutelar, la Sala dispone que el numeral cuarto de las órdenes integradas de primera y segunda instancia quedara así:

CUARTO: ORDENAR a la FIDUPREVISORA S.A. a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, o a quien corresponda, que en el término de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se le notifique la resolución de actualización del cálculo actuarial, traslade el valor a que se refiere el numeral anterior con destino a COLPENSIONES conforme a lo solicitado por el demandante. Para tal efecto, FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien corresponda, deberá realizar las gestiones del caso ante la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, a fin de que esa entidad gire los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes aquí impartidas.”

Como consecuencia de lo anterior, la Sala (i) modulará el numeral tercero de las órdenes integradas de primera y segunda instancia; (ii) levantará la

³⁵ La que se encuentra debidamente individualizada e identificada.

sanción impuesta a la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A.; y (iii) devolverá el expediente al Tribunal de origen con el fin de que verifique el cumplimiento de la orden tutelar modulada.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO: MODULAR los numerales tercero y cuarto de las órdenes integradas de primera y segunda instancia el cual quedará así:

***TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Pensiones Colpensiones que en un plazo que no podrá ser superior a quince (15) días, proceda a elaborar el cálculo actuarial individual correspondiente al periodo laborado por el señor CIRO LIEVANO durante el lapso del 25 de febrero de 1965 al 30 de julio de 1981, con fundamento en salario efectivamente devengado.*

***CUARTO: ORDENAR** a la FIDUPREVISORA S.A. a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, o a quien corresponda, que en el término de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se le notifique la resolución de actualización del cálculo actuarial, traslade el valor a que se refiere el numeral anterior con destino a COLPENSIONES conforme a lo solicitado por el demandante. Para tal efecto, FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien corresponda, deberá realizar las gestiones del caso ante la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, a fin de que esa entidad gire los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes aquí impartidas.”*

SEGUNDO: LEVANTAR la sanción impuesta a la señora Sandra Gómez Arias, en su condición de Presidenta de Fiduprevisora S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REMITIR el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que éste en virtud de lo dispuesto por los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 verifique el cumplimiento de la orden tutelar modulada.

CUARTO: NOTIFÍQUESE en forma personal a la funcionaria a quien se le está levantando la sanción, a los accionantes y a los demás intervinientes en la actuación.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

Continúan firmas

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero