TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 183

TEMAS:	VIOLACIÓN AL PRECEDENTE COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE TUTELA CONTRA SENTENCIA JUDICIAL – AFECTACIÓN A LA IGUALDAD Y AL PATRIMONIO PÚBLICO CON LA DECISIÓN JUDICIAL
INSTANCIA:	PRIMERA

1. OBJETO DEL PRESENTE PRONUNCIAMIENTO:

Decide la Sala, la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP en contra del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, con vinculación oficiosa del señor CARLOS ELOY CORREA MADRID en calidad de tercero posiblemente afectado con las decisiones de fondo que aquí se adopten.

2. COMPETENCIA

Le correspondió a esta Corporación conocer del presente trámite, al tenor de lo dispuesto por el Decreto 1382 de 2000, que reglamentó el reparto en materia de tutelas, en atención a que se atacan providencias emanadas de un JUZGADO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, siendo esta Corporación la superior funcional de los mismos.

3. ANTECEDENTES

La entidad accionante solicita el amparo Constitucional de Tutela previsto en el artículo 86 superior, en contra del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por la presunta violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

La presente acción se fundamenta en los hechos que la Sala resume así:

Asegura que, el señor CARLOS ELOY CORREA MADRID, nació el 12 de septiembre de 1956, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 11030427 y prestó sus servicios como docente en el Departamento de Córdoba, desde el 19 de abril de 1979 hasta el 30 de enero de 2007, con vinculación Nacionalizada.

Afirma que, el mismo señor, adquirió el estatus jurídico pensional el 12 de septiembre de 2006 y mediante Resolución No. 52811 del 1 de noviembre de 2007, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación gracia, en cuantía de $ 1.562.899,23, efectiva a partir del 12 de septiembre de 2006.

Expresa que, mediante Oficio No. GN - 65388 de 15 de noviembre de 2008, el área de nómina de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, negó el reintegro del 7% por concepto efectuado para salud.

Indica que, el señor CARLOS ELOY CORREA MADRID, inició ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en donde solicita la nulidad del mencionado acto administrativo, la cual le correspondió por reparto al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, con Radicado No. 2009-00030, despacho que profirió sentencia el día 28 de noviembre de 2011, en los siguientes términos:

> *"PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el accionado, como se motivó.*
>
> *SEGUNDO: Declarase la nulidad del oficio GN.65388 de fecha 15 de noviembre de 2008, expedido por CAJANAL E.I.C.E. (hoy en liquidación), a través de la Asesora Contratista Subgerencia de Prestaciones Grupo Nómina con fundamento en la parte considerativa.*
>
> *TERCERO: Como consecuencia de las declaraciones anteriores, CONDENASE a la Caja Nacional De Previsión Social CAJANAL EN LIQUIDACION a cancelar los valores equivalentes a los descuentos que fueron girados al Fosyga, que afectan la pensión del actor Garios Eloy Correa Madrid; así mismo se le previene para que se abstenga de continuar efectuando dichos descuentos de la mesada pensional de la actora."*

Refiere que, la entidad accionante, mediante Resolución RDP 051517 del 07 de noviembre de 2013, da cumplimiento al fallo de Nulidad y Restablecimiento del derecho, y en consecuencia, se ordenó la devolución de los descuentos que por concepto de salud que se practicaron en la mesada pensional del causante, y se procedió a dar traslado al FOSYGA para lo de su competencia. Así mismo, se ordenó el cese de los descuentos por concepto de salud sobre la mesada pensional y en consecuencia se dio traslado al FOPEP para lo de su competencia.

Plantea que, la obligación impuesta a CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN fue trasladada a la UGPP y en la actualidad, es la citada Unidad quien está a cargo de reportar mes a mes al FOPEP el pago de la mesada pensional.

Concluye afirmando que, la orden emitida en primera instancia por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO se toma irregular, toda vez que desconoce la obligación legal contenida en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2002, respecto de los aportes a salud que debe hacer al señor CARLOS ELOY CORREA MADRID en un 12%, con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4. PRETENSIONES

Solicita la entidad accionada:

4.1. Que se amparen los derechos fundamentales deprecados por la UGPP, en atención al desconocimiento de los principios generales de la Seguridad Social.

4.2. Consecuentemente dejar sin efectos el fallo proferido por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, dentro del proceso 2009-00030, en razón a que contraría los postulados legales y jurisprudenciales que fundamentan los aportes de salud de la pensión Gracia y que genera un absoluto detrimento a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- por la evidente irregularidad sustancial en la orden impartida.

4.3. Que como consecuencia de lo anterior se sirva ordenar al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, modificar la providencia atacada, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable a la pensión de el señor CARLOS ELOY CORREA MADRID, ordenando que se continúen aplicando los descuentos de salud a las mesadas de la pensión gracia en el porcentaje establecido legalmente y no reintegrar los descuentos que se hayan aplicado por este concepto, dada la naturaleza de la misma.

5. LA ACTUACIÓN

La presente acción de tutela fue admitida mediante auto del 16 de octubre de 2014, providencia en la que igualmente se dispuso la vinculación al presente trámite, del señor CARLOS ELOY CORREA MADRID, en calidad de tercero con interés en las resultas del proceso.

La anterior providencia, fue notificada por el medio más expedito mediante oficios que obran a fol. 32 a 38.

Igualmente, se ordenó oficiar al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, para que remitiera a esta Corporación el expediente radicado con el N. 70001333310022009003000, en calidad de préstamo, a fin de verificar el trámite seguido en el mismo.

6. RESPUESTAS

El JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, dentro del término concedido, presentó el informe requerido, en donde afirma que la providencia atacada a través de este medio, no vulneró los derechos fundamentales de la entidad accionada, citando en su defensa varias providencias sobre la procedencia de la tutela en contra de sentencias.

Asegura que en este caso, se está usando la tutela como un mecanismo alterno y paralelo para atacar una decisión judicial desfavorable a los intereses del actor.

Concluye asegurando que, en el caso concreto no se cumple el requisito de la inmediatez, pues no se inicia el trámite de la tutela dentro de un término próximo, sino en contra de una providencia que fue notificada el 2 de diciembre de 2011, es decir, transcurridos 2 años y 10 meses.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, se formula el siguiente:

¿Procede la Acción de tutela contra providencias judiciales, en caso violación evidente del precedente jurisprudencial y afectación consecuente del patrimonio público?

8. CONSIDERACIONES

Tal como se deprende de la lectura misma del escrito introductorio de la presente acción, el accionante pretende que se deje sin efectos la decisión de fondo proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO de fecha 28 de noviembre de 2011, proferida dentro de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de CARLOS ELOY CORREA MADRID en contra de CAJANAL, proceso radicado 70001333310022009003000, providencia que declaró la nulidad del acto administrativo demandado, y ordenó el restablecimiento del derecho que consideró, se le vulneraba al demandante.

Por lo tanto, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** la tutela contra providencias judiciales, **ii)** el régimen de seguridad social integral aplicable a la pensión gracia, en especial, la jurisprudencia existente sobre el punto, y por último, **iii)** el caso concreto.

8.1. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene origen en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Más adelante, mediante sentencias de tutela de la misma Corte, se permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, analizar nuevamente la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial que se adoptó en realidad, envuelve una vía de hecho, entendida esta como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad.

Igualmente, al interior del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha planteado el debate de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales, existiendo al interior de la mencionada Corporación decisiones no uniformes sobre el tema, siendo cerrado dicho debate con la sentencia de la Sala Plena, en donde la Alta Corporación concluyó:

> *"De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen,* ***antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004*** *(****Expediente AC-10203****), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutiva, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."*[1]

Para la Sala, esta última es la posición que debe predominar al interior de un Estado Social de Derecho, en donde se debe dar prevalencia a los derechos fundamentales y en el cual no puede existir ninguna autoridad, dentro de las cuales está claramente la judicial, sin control en relación a la posible violación de estos derechos de especial jerarquía, por lo que si bien procede la tutela en contra

---

[1] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 31 de julio de 2012. CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO.

de sus decisiones, ello es claramente excepcional, en tanto que las decisiones judiciales comportan la materialización de la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso, por lo que no puede permitirse el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha llevado a desarrollar un test para determinar: a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada; esto con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una providencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Así las cosas, la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional ha evolucionado y bajo el nombre de causales de procedibilidad, ha rediseñado el ámbito de competencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siendo pues la acción en estudio procedente en contra de decisiones de los jueces si cumple los siguientes requisitos: a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de una sentencia de tutela[2].

Adicionalmente, si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento

[2] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-590 de 2005.

del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, este, para poder revocar la decisión del juez natural, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo[3]: a) Defecto orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, c) Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

Por lo anterior, es menester estudiar el fondo de la cuestión decidida por la providencia que se impugna por este medio, a fin de establecer si existe alguno de los defectos ya enunciados.

8.2. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL APLICADO A LA PENSIÓN GRACIA:

La seguridad social en Colombia, es un derecho y es un servicio público de carácter obligatorio elevado al rango constitucional en el artículo 48 superior, que se presenta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Así pues, la Constitución Política consagró la seguridad social como derecho social o económico, es decir, como dentro de aquellos tipificados por la doctrina como de segunda generación. Igualmente, el artículo 9 del Pacto Internacional de

---

[3] a) *Defecto orgánico:* Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. b) *Defecto procedimental absoluto*: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d) *Defecto material o sustantivo*: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) *Error inducido*: Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f) *Decisión sin motivación:* Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. g) *Desconocimiento del precedente:* Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h) *Violación directa de la Constitución: C*uando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

derechos económicos, sociales y culturales, lo consagra como derecho de este tipo[4]. Lo anterior quiere decir, que necesariamente para su materialización expresa, estos requieren de una serie de presupuestos económicos para su desarrollo progresivo.

En atención a lo dicho, este resulta ser uno de los principios esenciales de los derechos sociales, económicos y culturales, la progresividad, es decir:

> *"… los DESC implicarían una "obligación positiva" del Estado, un efectivo actuar para establecer las condiciones que permitan a los ciudadanos ejercer sus derechos. En consecuencia, se justificaba consagrar los derechos en instrumentos separados, ya que los DCP tienen una aplicación inmediata mientras que los DESC requieren de una estructura del Estado para hacerlos efectivos y, por tanto, la obligatoriedad de los mismo se ve sujeta a una "cláusula de progresividad"".*[5]

Así las cosas, para la materialización de la seguridad social como derecho, es necesario contar con los recursos económicos y con el soporte institucional necesario para ello, por lo que este se convierte en un verdadero sistema en el que confluyen normas jurídicas, recursos económicos, entidades para la prestación efectiva del servicio, etc.

Por otra parte y en concordancia con lo anterior, la seguridad social igualmente es un servicio público de carácter obligatorio, regido por los principios de la eficiencia, universalidad y solidaridad, de acuerdo a la regulación que se difiere al legislador. Este, por su parte, reguló dicho tema con la expedición de la Ley 100 de 1993, integrando el denominado sistema general de seguridad social, en general, dentro del cual se incluye el sistema de salud. En dicho cuerpo

---

[4] *"Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social."*

[5] LÓPEZ MURCIA, Julián Daniel, et al. La Garantía de los Derechos Sociales. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, 2009. p. 46. En la cita DESC derechos económicos, sociales y culturales y DCP derechos civiles y políticos.

normativo, se definieron los principios que lo rigen en su artículo 2[6]. Dicho sistema, no obstante su generalidad, consagra unos regímenes exceptuados del mismo como lo son:

> ***"ARTICULO. 279.-Excepciones.*** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*
>
> *Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

---

[6] ***"ARTICULO. 2º- Principios.*** *El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley;

e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

PARAGRAFO*.-La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida."*

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARAGRAFO. 1º- *La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.*

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARAGRAFO. 2º-*La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de su obligaciones pensionales.*

PARAGRAFO. 3º-Adicionado por la Ley 238 de 1995 artículo 1*. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados."* (Subrayado del parágrafo 1 de la Sala).

Como puede observarse, la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de excepción dentro del cual estableció a los educadores que gocen de la Pensión Gracia, de manera expresa (Parágrafo 2).

La obligación del pago de aportes para efectos de materializar la solidaridad, es interpretada por la Corte Constitucional, en la siguiente providencia, que por su importancia y claridad, la Sala trae a colación:

"El argumento parece en principio admisible pues es cierto que la solidaridad es uno de

> *los principios esenciales de la seguridad social,* ***por lo cual en general es deber de todas las personas realizar aquellos aportes que son necesarios para que los servicios sociales puedan también ser gozados por los usuarios de escasos recursos****….*
>
> *A pesar de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no existe violación a ese deber de solidaridad, por cuanto la situación es diferente. En efecto, la exclusión de los mandatos de la Ley 100 de 1993 de los trabajadores y pensionados de ECOPETROL, y de otras personas como los miembros de la Fuerza Pública,* ***no significa que éstos queden exonerados de las obligaciones que derivan del principio de solidaridad ya que, expresamente, el parágrafo 1 del artículo 279 de esa misma ley señala que la empresa y los servidores no cubiertos por la Ley 100 de 1993 "quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley".*** *Por ende, y en el entendido de que estas personas deben realizar tales aportes de solidaridad, la Corte considera que la disposición impugnada es exequible."* (El resaltado es propio)[7]

En providencia anterior, había dicho sobre el mismo tema:

> *"Queda claro, entonces, que el deber de solidaridad no es sólo del Estado sino también de los particulares y, si bien es cierto que corresponde instrumentarlo al legislador, tal potestad no implica autorización a éste para desconocerlo, como ocurre en el caso de debate, puesto que al reformar el régimen de seguridad social de los afiliados al Fondo de Previsión Social del Congreso para aplicar los regímenes vigentes antes de la expedición de la ley 100 de 1993, salvo en algunos aspectos, quedarían exonerados los congresistas, empleados del Congreso y empleados del citado Fondo, de contribuir con el Fondo de Solidaridad y Garantía mediante la operación de la compensación, obligación instituida para todos las Entidades Promotoras de Salud, Cajas, Fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades públicas, como se lee en el 204 de la ley 100 de 1993, al cual se hizo alusión en párrafos anteriores, concordante con el 280 del mismo ordenamiento.*
>
> ***Si es obligación de todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, se hayan convertido o no en Entidades Promotoras de Salud -EPS-, de participar "en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía", no encuentra la Corte justificación constitucional alguna para establecer un privilegio en favor del Fondo de Previsión Social del Congreso, lo cual vulnera no sólo el principio de solidaridad sino también el de la igualdad.***

---

[7] Sentencia C-229 de 1998. MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Consideración de la Corte 11.

> *Recuérdese que los fondos de solidaridad se crearon con el fin de subsidiar y financiar los servicios básicos de salud y seguridad social de los grupos de población más débiles, vulnerables y desprotegidos del país, y se financian no sólo con recursos públicos sino también con los aportes de los trabajadores. En consecuencia, no existe justificación alguna para eximir a los congresistas, empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso del deber general de solidaridad, vinculante para todos los colombianos."* (El resaltado es propio)[8]

Resultan claras las anteriores interpretaciones del principio constitucional de solidaridad, sobre el cual se basa la seguridad social, en calidad de derecho de carácter progresivo.

En decisión de tutela, que también es importante traer a colación, en donde se discutió la procedencia del descuento aquí analizado, dijo la misma Alta Corporación analizó:

> *"Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.*
>
> ***Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.***
>
> *Por tal razón, con el fin de mantener la capacidad adquisitiva de las mesadas pensionales, en el artículo 143 transcrito de la Ley 100 de 1993, se dispuso un incremento en su monto equivalente a la suma necesaria para cubrir la diferencia entre el 5% (porcentaje anterior) y el 12% ahora establecido.*
>
> *Lo que significa que con el objeto de poner en igualdad de condiciones a los pensionados, la denominada pensión gracia también se incrementó, pues se les otorgó a las personas a quienes se les reconoció la pensión antes del 1° de enero de 1994, el beneficio del aumento mensual en el monto de la pensión equivalente a la cotización para salud a la que se veían sometidos por aplicación de las disposiciones que en dicha materia trae la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios."*[9]

---

[8] Sentencia C-017 de 1998. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte 3.3.
[9] Sentencia T-359 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

Así las cosas, tenemos claro el planteamiento, tanto desde el punto de vista legal como constitucional, que la solidaridad como principio rector de la seguridad social, conlleva a que todos las personas, participantes o no del sistema general de seguridad social en salud, deben contribuir a la financiación del mismo, a fin de que se materialice el derecho social o económico ya mencionado, acorde con los ingresos que percibe, en aras de aportar a la financiación del mismos a favor de las personas menos favorecidas, planteamiento claramente basado en la justicia social (Preámbulo y artículo 2 de la C.P.) y que constituye un deber general de la persona, consagrado constitucionalmente en el artículo 95 numeral 2[10].

Así pues, conforme a lo anterior, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, entra a explicitar y regular lo anterior, con relación a los regímenes de excepción, norma que por su importancia la Sala la cita textualmente:

> *"Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.*
>
> *Cuando la persona afiliada como cotizante* ***a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud****, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.*
>
> *Si el cónyuge, compañero o compañera permanente del cotizante al régimen de excepción*

[10] La mencionada norma, es necesario traerla a colación al consagrar:
"Son deberes de la persona y del ciudadano:
…
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiente con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.
…
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad."

tiene relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización sobre tales ingresos directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los servicios asistenciales les serán prestados exclusivamente, a través del régimen de excepción y las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de Cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto, el empleador hará los trámites respectivos.

Si el régimen de excepción no contempla la posibilidad de afiliar cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge del cotizante del régimen de excepción deberá permanecer obligatoriamente en el régimen contributivo y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción.

Si el régimen de excepción no prevé la cobertura del grupo familiar, el cónyuge cotizante con sus beneficiarios permanecerán en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
Parágrafo. Cuando la persona afiliada a un régimen de excepción, sin tener derecho a ello, reciba servicios de salud de una Entidad Promotora de Salud o de una Institución Prestadora de Servicios que no haga parte de la red de servicios del régimen de excepción, existirá obligación de estas entidades de solicitar el reembolso al régimen de excepción al cual pertenece el usuario, debiendo sufragar este último régimen todos los gastos en que se haya incurrido. El plazo máximo para el reembolso será de treinta (30) días contados a partir de la fecha de presentación de la cuenta respectiva, so pena de que deban ser reconocidos los intereses moratorios a que alude el artículo cuarto del Decreto-ley 1281 de 2002." (Negrillas y subrayas propias)

Como se puede observar del aparte resaltado, la norma en mención consagra que cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe realizar el pago. Como se aclaró al analizar el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, previa interpretación integral del mismo conforme a la constitución y la jurisprudencia existente sobre el punto, los educadores beneficiarios de la pensión gracia se encuentra obligados a realizar los aportes de solidaridad de que trata el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, por lo que esta norma resulta claramente aplicable al caso controvertido, razón por la cual, para esta Corporación, el principio de solidaridad y el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, son aplicables a los educadores que reciben pensión gracia, máxime que ellos hacen parte de una clase privilegiada que poseen un

ingreso adicional, la pensión gracia, garantizado por el Estado directamente de su presupuesto y no como contraprestación a sus aportes, por lo que este se encuentra en la posición de poder imponer a estos la carga de contribuir con su ingreso a la financiación del sistema de seguridad social, carga que por demás no resulta ser irracional o desproporcionada, sino que por el contrario no es más que un deber personal para con el sistema y su financiación a favor de las personas que poseen menores ingresos, como obligación de ayuda mutua y forma de materializar la justicia social.

Por lo anterior, es menester concluir en este aparte, que existiendo una línea jurisprudencial clara, trazada por la CORTE CONSTITUCIONAL tanto en providencias en ejercicio del control de constitucionalidad como en revisión de acciones de tutela, **es obligación del juez que decida este tipo de casos, acogerse a la misma, o en su defecto, argumentar de manera expresa y suficiente, el por qué se separa de la línea trazada por el máximo intérprete de la constitución**.

Teniendo en cuenta lo expuesto, pasa la Sala a estudiar:

8.3. EL CASO CONCRETO:

Como ya se advirtió, la providencia atacada a través de la presente acción de tutela, decidió anular el acto administrativo expedido por CAJANAL, en donde se negaba el derecho al reintegro de los aportes descontados al demandante CARLOS ELOY CORREA MADRID, por lo que ordenó a título de restablecimiento del derecho la devolución de los mismos y que en el futuro se abstuviere de realizar el referido descuento.

Observada la providencia en mención, el Juzgado de instancia, en modo alguno hace mención o utiliza alguna de las providencia ya estudiadas de la CORTE CONSTITUCIONAL, sobre el tema de la solidaridad en el sistema de seguridad

social en pensiones, el cual es interpretado como aplicable aún a los regímenes de excepción, **por lo que claramente la decisión adoptada se apartó del precedente, por desconocimiento del mismo**, sin que existas motivos o razones expuestos en la providencia que den a pensar que el juez conocía el precedente y razonadamente lo inaplicó.

Por lo anterior, su decisión es claramente atentatoria de contenidos jurisprudenciales uniformes, anteriores a su fallo, por lo que el mismo vulneró el derecho fundamental de la entidad accionante al debido proceso, afectando gravemente de contera el patrimonio público y la igualdad, pues el demandante del mencionado proceso ordinario tendrá una prerrogativa que los otros pensionados no poseen.

En este punto, aclara la Sala que el requisito de inmediación entre la decisión y el fallo se debe entender superado, en razón a que los efectos del mismo se extienden en el tiempo de forma indefinida, en la medida que al demandante CARLOS ELOY CORREA MADRID le dejaron de hacer los descuentos futuros, por lo que la vulneración de los derechos de la UGPP es actual.

Igualmente, ante una evidente vulneración del precedente, es menester desconocer la cosa juzgada de la que se encuentra provisto el fallo impugnado, a través de la presente acción de tutela, y la seguridad jurídica debe ceder ante una vulneración actual de los derechos fundamentales de la UGPP y la afectación del patrimonio público.

Por lo anterior, se dejará sin efecto la sentencia de primera instancia, dictada por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO dentro del proceso que en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO inició el señor CARLOS ELOY CORREA MADRID en contra de CAJANAL, Radicado No.

70001333310022009000300O, de fecha 28 de noviembre de 2011, y se ordenará a la Jueza accionada que dentro del término de 40 días contados a partir de la notificación de la presente decisión, dicte nueva sentencia, atendiendo los criterios fijados en la presente providencia, a fin de que respete el derecho al debido proceso, en su acepción aplicación del precedente, de la entidad tutelante.

9. CONCLUSIÓN

Así las cosas, el Tribunal concluye que en el presente caso, la decisión adoptada por el juzgado de instancia dentro del proceso ordinario referenciado, vulneró el debido proceso de la UGPP, al desconocer el precedente jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL sobre el tema, razones suficientes para dejar sin efectos la sentencia mencionada, ordenando a la Jueza accionada, dictar una nueva decisión, conforme los parámetros fijados con anterioridad.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: TUTÉLESE el derecho fundamental al debido proceso de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, vulnerado por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, teniendo como vinculado a CARLOS ELOY

CORREA MADRID.

SEGUNDO: Conforme con lo anterior, **DÉJESE** sin efectos la sentencia de primera instancia, dictada por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, dentro del proceso que en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO inició el señor CARLOS ELOY CORREA MADRID en contra de CAJANAL, Radicado No. 70001333310022009003000, de fecha 28 de noviembre de 2011, y consecuente con ello, **ORDÉNESE** a la Jueza accionada que dentro del término de 40 días contados a partir de la notificación de la presente decisión, dicte nueva sentencia, atendiendo los criterios fijados en la presente providencia, a fin de que respete el derecho al debido proceso, en su acepción aplicación del precedente, de la entidad tutelante.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión a la entidad accionante UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, al señor CARLOS ELOY CORREA MADRID y al agente delegado del Ministerio Público. Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente solicitado en préstamo, esto es el radicado bajo el número 70001333310022009003000, al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, a fin de que cumpla la decisión aquí adoptada.

CUARTO: Si el presente fallo no es impugnado, **ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo, ordénese su archivo definitivo, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 157.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ