



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2016-00194-00
ACCIONANTE:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”
ACCIONADO:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
NATURALEZA:	ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, contra del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

1.- ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, quien actúa a través de su Director Jurídico, presentó acción de tutela contra el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional;

¹ Reverso folio 31/vto.

consecuencialmente pide, se deje sin efecto el fallo proferido por el ente judicial accionado, dentro del proceso radicado No. 7000133310020080014600, 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.

Así mismo, se sirva ordenar al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, dictar nueva sentencia, de conformidad con el ordenamiento jurídico, aplicable a los aportes en salud sobre la pensión gracia y se disponga, reintegrar los descuentos que se hayan aplicado por este concepto, dada la naturaleza de la misma.

1.2.- Hechos².

La señora ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS, nació el 12 de septiembre de 1949, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 34.961.043 y prestó sus servicios como docente en la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, desde el 8 de abril de 1970, al 8 de octubre de 1999 y su último cargo, lo desempeñó en la Escuela Isabel la Católica de Montería.

La señora Chevel Cárdenas, adquirió su estatus de pensionada gracia, el 12 de septiembre de 1999.

Se afirma, que la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, mediante Resolución No. 016964 de agosto 22 de 2000, reconoció pensión gracia a la señora Rosalba Edith Chevel Cárdenas, de conformidad con la Ley 114 de 1913, en cuantía de \$859.962,75 efectiva a partir del 12 de septiembre de 1989 (sic) y en dicho acto administrativo se ordenó además, deducir de cada mesada pensional,

² Folios 2 - 3.

el valor correspondiente a los servicios médico – asistenciales, conforme a la Ley 100 de 1993.

Mediante Resolución No. 04123 de mayo 31 de 2004, la extinta Cajanal, declaró el silencio administrativo negativo, a la petición hecha por la causante, revocó el acto ficto surgido del silencio administrativo negativo y dio cumplimiento, en forma transitoria, a la sentencia de tutela del 14 de abril de 2004, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, reliquidando la pensión gracia de la causante, con el 75% de lo devengado en el año anterior al status de pensionada, esto es, entre el 13 de septiembre de 1998 y el 12 de septiembre de 1999, con la totalidad de factores salariales devengados, elevando la cuantía de la misma, a la suma de \$955.36,69, a partir de 12 de septiembre de 1999, sin condición a retiro por ser del ramo docente.

La causante, a través de derecho de petición, le solicitó a la extinta Cajanal, dejar de descontar de su pensión gracia los aportes a salud, petición que fue contestada en forma negativa por Oficio GN-32706 de agosto 8 de 2008.

Inconforme con la anterior decisión, la causante inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 7000133310020080014600, el cual le correspondió al Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que en fallo del 31 de octubre de 2011, resolvió:

“PRIMERO: Declarase la nulidad del oficio GN.32706 de fecha 24 de junio de 2008, (sic) 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.

SEGUNDO: Sólo se declara probada parcialmente la excepción de prescripción trienal de las sumas a reintegrar con anterioridad al 17 de junio de 2005. Con fundamento en la parte considerativa.

TERCERO: Como consecuencia de las declaraciones anteriores, CONDENSE 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; así mismo se le previene para que se abstenga de continuar efectuando dichos descuentos de la mesada pensional de la actora."

La anterior sentencia, quedó debidamente ejecutoriada el 24 de noviembre de 2011.

Mediante Resolución RDP 031730 de julio 15 de 2013, esa unidad dio cumplimiento al fallo de Nulidad y Restablecimiento del derecho y en consecuencia, ordenó suspender los descuentos por concepto de aportes a salud, que afectaban la pensión de jubilación gracia de la señora Rosalba Edith Chevel Cárdenas, en nómina de pensionados.

Aclaró la accionante, que la obligación impuesta a la extinta 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.

A la fecha, la señora Chevel Cárdenas, está activa en la nómina de pensionados con la Resolución No. 4123 de mayo 31 de 1999, desde el 1º de agosto de 2004, ostentando una mesada pensional de \$2.309.517,58.

Concluye afirmando, que el fallo emanado del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, es adverso a derecho, toda vez que va en contra de los postulados del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, siendo clara, la grave afectación de los principios de la sostenibilidad financiera y de solidaridad del Sistema General de la Seguridad Social, así como del debido proceso, por cuanto se ordenó reintegrar, las sumas descontadas de la pensión gracia de la causante, por aportes para salud y la abstención de seguirlos efectuando, desconociendo dicha providencia judicial, la obligación legal contenida en las Leyes 100 de 1993, 812 de 2003, respecto a que los

descuentos para aportes a salud, sobre un reconocimiento pensional gracia, es legal y debe hacerse mes a mes.

1.3.- Actuación procesal.

La acción fue admitida mediante auto datado 6 de julio de 2016³. En la misma providencia, se ordenó requerir al Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, para que se pronunciara sobre las razones de hecho y de derecho en que se fundamentó la acción, con la prevención legal, de que dicho informe, se presumía rendido bajo la gravedad del juramento y que la omisión injustificada de lo que se le solicitó, daría lugar a que se tuvieran por ciertos los hechos, conforme lo establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991; además de ello, se le solicitó, la remisión del expediente con radicación 2008-00146-00, contentivo de demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentara la señora ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL EICE" – hoy UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFICALES "UGPP".

De igual manera, se dispuso la vinculación de la señora ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS, como tercera interesada, para que se pronuncie sobre los supuestos de hecho y de derecho de esta acción constitucional.

1.3.1.- Informe de la Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo⁴.

Luego de hacer un recuento procesal, manifestó, que la sentencia proferida por esa unidad judicial, acogió las disposiciones consagradas en la Ley 37 de 1933, Ley 91 de 1989 artículo 15, Ley 182 de 2003 y pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, Sección Segunda,

³ Folio 100.

⁴ Folios 107 - 110.

en sentencia de marzo 3 de 2015. Las normas señaladas, se encontraban vigentes para la época y regulaban la materia en seguridad social para los docentes, así como los pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, que no se apartaba de la tesis acogida por el juzgado, frente a las pretensiones de la demanda.

Señaló, que dentro de los argumentos que tuvo en cuenta el Despacho para proferir la sentencia condenatoria, se encontraba aquel que indicó que se probó en el proceso, que la demandante pertenecía al régimen de excepción, al ser beneficiaria de la pensión gracia reconocida mediante Resolución No. 16964 de agosto 22 de 2000, la cual tenía un carácter especial, que no requería afiliación, ni cotización a un régimen pensional, por lo que se infirió, que se encontraba cobijada por el fondo especial establecido en la Ley 91 de 1989.

Por otro lado, agregó, quedó demostrado en el proceso los descuentos de los aportes por concepto en salud al Fosyga, que se le venían realizando a la señora Rosalba Chevel Cárdenas, en el mes de mayo de 2008, teniendo la entidad demandada, conocimiento de la pensión gracia que ostentaba la demandante.

Dice también que se señaló en el fallo, que no podía desconocerse la vinculación de la actora al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como causal de exclusión de la Ley 100 de 1993, pues, fue precisamente su calidad de docente y el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por la Ley, lo que conllevó al reconocimiento y pago de la pensión gracia, de la cual es beneficiaria la accionante.

Por lo que, consideró, no era válido el descuento del 12% a la mesada pensional, de la cual era beneficiaria la actora, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1703 de 2002, en aplicación de lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Indicó, que en el fallo proferido, se hizo una errónea interpretación normativa entre las disposiciones aplicables, en lo concerniente a aquellas personas sujetas a cotizar salud y pensión, trayendo como consecuencia, una decisión adversa al ordenamiento jurídico.

En ese orden, señaló, que decidió acceder a las pretensiones de la demanda y en consecuencia, ordenó el pago de los valores equivalentes a los descuentos, que fueron dirigidos al Fosyga y previó, que la entidad se abstuviera de continuar afectando la mesada pensional de la actora.

1.3.2.- Informe de la señora Rosalba Edith Chevel Cárdenas.

No rindió informe.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Primera Instancia**, de la presente la acción, conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto ley 2591 de 1991.

2.2. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los supuestos manifestados por el accionante, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar:

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

3.3. Análisis de la Sala.

3.2.1.- La acción de tutela contra decisiones judiciales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado, que la acción de tutela, procede, excepcionalmente, contra providencias emitidas por los jueces de la república, en virtud del artículo 86 Superior, ya que al consagrar la acción de tutela, previó expresamente, que ella puede ser elevada, para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, *“cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

Así mismo ha considerado dicha Corporación, que para proteger la autonomía judicial y la seguridad jurídica, principios que también ostentan relevancia constitucional y que pueden verse afectados, por la revisión en sede de tutela de los fallos judiciales, el amparo procede solo, cuando se reúnen estrictos requisitos contemplados en la jurisprudencia.

En efecto, en numerosos fallos y en especial, en la sentencia C-590 de 2005⁵, la Corte estableció las causales de orden general y especial, que debe examinar el juez constitucional, para determinar si la acción de tutela, procede como mecanismo de protección, frente a la decisión adoptada por otro juez.

En primer lugar, ha dicho la Corte Constitucional, que la tutela procede, únicamente, cuando se verifica la **totalidad** de los *requisitos generales* de procedencia, que se mencionan a continuación:

- “(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (...)*
- (i) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate*

⁵ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(…)

(ii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;(…)

(iii) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (…)

(iv) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(…) y

(v) Que no se trate de sentencias de tutela (…)"⁶.

En los eventos en los que la acción de tutela, promovida contra un fallo judicial, ha superado este examen, puede el juez constitucional entrar a analizar, si en la decisión judicial, se configura al menos, uno de los requisitos especiales de procedibilidad.

Los requisitos especiales de procedibilidad, a su vez, constituyen los defectos en que puede incurrir la sentencia, que se impugna por vía de amparo y son el aspecto nuclear, de los cargos elevados contra la sentencia. La citada providencia C-590 de 2005, sintetizó de la siguiente forma, las causales especiales de procedibilidad, así:

a. **Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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.

⁶ Tomados de la sentencia T – 446 de 2013. M. P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

d. **Defecto material o sustantivo**, en los casos en que 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**, que se presenta cuando el juez o tribunal, 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, en el entendido que precisamente en esa motivación, reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. **Desconocimiento del precedente**, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional, establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario, aplica una ley, limitando sustancialmente dicho alcance. 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.**

Así las cosas, la procedencia excepcional de la acción de tutela, contra providencias judiciales, depende, de la verificación y configuración, de **todos** los requisitos generales y al menos, de una causal específica de procedibilidad, que conlleve a la violación de un derecho fundamental. De este modo, se protegen los elevados intereses constitucionales, que se materializan en la ejecutoria de las providencias judiciales, al tiempo que se garantiza el carácter supremo de la Constitución y la vigencia de los derechos de los ciudadanos.

Agregándose además, que la acción de tutela procede contra autos, tal y como lo señala la Corte Constitucional en sentencia SU – 817 de 2010, en donde se sostuvo:

“El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. La acción de tutela procederá solamente (i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y los requisitos especiales de procedibilidad de la acción tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.

La primera oportunidad en la que la Corte admitió una tutela contra un auto fue en la sentencia T-224 de 1992. En esta sentencia, la Corte consideró que el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales de las partes. En estos casos, los afectados deben acudir a los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento contra al respectiva providencia; sin embargo, si la lesión de los derechos persiste, la Corporación indicó que es posible acudir a la acción de tutela.

Posteriormente, en las sentencias T-025 de 1997, T-1047 de 2003 y T-489 de 2006, aunque la Corte no concedió la tutela en sede de revisión, admitió la procedencia de la tutela contra autos interlocutorios; en el primer caso, contra un auto del Consejo de Estado que denegó una solicitud de nulidad del tutelante en un proceso de reparación directa; en el segundo caso, contra un auto que negó la libertad provisional solicitada por un recluso; y en el tercer caso, contra un auto que en sede de apelación revocó otro auto que había decretado la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación dentro de un proceso ejecutivo”.

3.2.2. 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 a modo de derecho social o económico, es decir, dentro de aquellos tipificados por la doctrina como de segunda generación. Igualmente, el artículo 9 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, lo consagra a manera de derecho de este tipo⁷. 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”⁸.

Así las cosas, para la materialización de la seguridad social como derecho, es necesario contar con los recursos económicos y con el

⁷ “Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

⁸ 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.

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 normativo, se definieron los principios que lo rigen en su artículo 2º.

Dicho sistema, no obstante su generalidad, consagra unos regímenes exceptuados del mismo, como lo son:

⁹ **“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.

PARÁGRAFO.-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.

“ARTÍCULO. 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.

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.

PARÁGRAFO. 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.

PARÁGRAFO. 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.

PARÁGRAFO. 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 párrafo 1 de la Sala).

Como puede observarse, la Ley 100 de 1993, consagró un régimen de excepción, dentro del cual, incluyó 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 ECOPELROL, 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)¹⁰⁷*

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,

¹⁰ Sentencia C-229 de 1998. MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Consideración de la Corte 11.

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 todas 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.

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)¹¹

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:

"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.

¹¹ Sentencia C-017 de 1998. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte 3.3.

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."¹²

Así las cosas, es 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 todas 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 mismo, 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 2¹³.

¹² Sentencia T-359 de 2009. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹³ 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."

Así pues, conforme a lo anterior, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, entra a explicitar y regular lo señalado, 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 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.” (Negritas 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 encuentran 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 este Tribunal, el principio de solidaridad y el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, son aplicables a los educadores que reciben pensión gracia, máxime cuando 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.**

4. Caso concreto

En el caso bajo estudio, el accionante persigue que se deje sin efectos, el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dentro del proceso radicado No. 7000133310020080014600; y en consecuencia, se ordene al ente judicial, dicte una nueva sentencia, de conformidad con el ordenamiento jurídico, aplicable a los aportes en salud sobre la pensión gracia y se disponga, reintegrar los descuentos que se hayan aplicado por este concepto, dada la naturaleza de la misma.

Por su parte la Juez accionada, señala en su informe, que la decisión adoptada y que ahora es materia de tutela, se encuentra ajustada a derecho y acorde a los lineamientos normativos y jurisprudenciales, para la época en que fue emitido el fallo objeto de conflicto.

Verificado el asunto, esta Sala es del concepto, que se debe conceder el amparo deprecado por la UGPP, toda vez, que la decisión adoptada por el juzgado accionado dentro del proceso ordinario referenciado, vulneró el debido proceso de la UGPP, al desconocer el precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional sobre el tema.

Al efecto, de la revisión del expediente allegado al presente trámite, se advierte que mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, resolvió declarar la nulidad del oficio GN 32706 de junio 24 de 2008, expedido por Cajanal EICE (hoy en liquidación) y en consecuencia, condenó a la entidad demandada, a cancelar los valores equivalentes a los descuentos que fueron girados al Fosyga, que afectaban la pensión de la señora ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS; así mismo, previno a la entidad para que se abstuviera de continuar, efectuando dichos descuentos de la mesada pensional de la actora.

De la lectura de la citada providencia, se observa que el juzgado accionado, no cita ninguna de las providencias estudiadas proferidas por la Honorable 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 existan 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, al vulnerar el derecho fundamental de la entidad accionante al debido proceso, afectando, el patrimonio público y la igualdad, pues, la demandante del mencionado proceso ordinario, tendrá una prerrogativa que los otros pensionados no poseen.

Aclara la Sala, que el requisito de inmediación entre la decisión objeto de tutela y el presente 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 a la demandante **ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS**, 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.

La anterior posición, es reiteración de lo considerado por este Tribunal, en un caso similar al aquí estudiado y en el cual, se dejó sin efecto la sentencia de tutela de fecha 28 de noviembre de 2011, 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. 700013333100220090003000¹⁴.

Bajo los anteriores razonamientos, hay lugar a conceder el amparo tutelar pedido, al vulnerarse el derecho fundamental al debido proceso de la UGPP, por ende, se ordenará **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida 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 la señora ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS, en contra de CAJANAL, Radicado No. 7000133310020080014600, de fecha 31 de octubre de 2011.

Así mismo, se ordenará al Despacho accionado, que dentro del término de cuarenta (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.

¹⁴ Sentencia No. 183 de fecha 23 de octubre de 2014, proferida por la Sala Primera de Decisión Oral, dentro del proceso de tutela radicado con el No. 7000123330020140025700.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho 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 la señora **ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS**.

SEGUNDO: Conforme con lo anterior, **DÉJESE** sin efectos la sentencia de fecha 31 de octubre de 2011, 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 la señora **ROSALBA EDITH CHEVEL CÁRDENAS** en contra de **CAJANAL**, Radicado No. 7000133310020080014600.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNESE** al Juzgado accionado, que dentro del término de cuarenta (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.

CUARTO: Notifíquese a las partes, la presente decisión, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada esta decisión, se remitirá la actuación, a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

SEXTO: En su momento, **DEVUÉLVASE** el expediente solicitado en préstamo, esto es, el radicado bajo el número 7000133310020080014600, al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, a fin de que cumpla la decisión aquí adoptada.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 00104/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA