|  |  |
| --- | --- |
| Ciudad y fecha | **Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)** |
| Referencia | **Expediente No. 11001333603420200010600** |
| Accionante | **Jairo Arturo Vargas Díaz** |
| Accionado | **Consorcio FOPEP, Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República y Procuraduría General de la Nación** |
| Medio de control | **Tutela** |
| Asunto | **Sentencia de primera instancia** |

**SENTENCIA**

El despacho decide la acción de tutela que presentó en nombre propio el señor Jairo Arturo Vargas Díaz en contra del Consorcio FOPEP (Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional), la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Presidencia de la República y la Procuraduría General de la Nación, para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y debido proceso, los cuales considera vulnerados, pues indicó que con motivo del descuento que se le efectuó sobre su pensión en el mes de mayo, y los que se le efectuaran en los meses de junio y julio siguientes, en aplicación del Decreto 568 de 2020, no tiene como garantizar su sustento.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Síntesis del caso**

1. El señor Jairo Arturo Vargas Díaz adujo que los descuentos que se efectúan sobre su mesada pensional, en aplicación del impuesto solidario que creó el Gobierno Nacional, a través del Decreto No. 568 de 2020, le vulnera sus derechos fundamentales, pues indicó que con motivo de ese descuento se afecta su subsistencia y se causa un perjuicio irremediable.

2.Señaló que al finalizar el mes requiere la suma de $565.796 para terminar de cubrir sus necesidades, por lo que debe acudir a sus tarjetas de crédito, lo cual incrementa el monto de sus deudas. Así, precisó que el descuento por impuesto solidario durante los meses de mayo, junio y julio afecta su subsistencia y la de su núcleo familiar.

3. Indicó que él y su esposa tenían condiciones de salud que ameritaban cuidados estrictos[[1]](#footnote-1), entre ellos una alimentación adecuada. Además, debían de asistir periódicamente a citas medicas y pagar una cuota moderada alta, por el monto de su pensión.

4. El accionante manifestó que cuenta con una casa en el Departamento del Meta, la cual está desocupada, motivo por el cual le genera gastos de administración. De igual forma, señaló que su pensión de $10.288.657,25, se ve disminuida así:

* Descuentos: $ 5´689.685,00[[2]](#footnote-2)
* Deudas: $1´643.488,08[[3]](#footnote-3)
* Gastos: $3.521.280[[4]](#footnote-4)

5. En consecuencia, el accionante formuló en la tutela las siguientes pretensiones:

*“****PRIMERA:*** *Se ordene en forma inmediata la devolución del dinero descontado en el mes de mayo de 2020 por el impuesto solidario por COVID 19 que consagró el decreto 568* *del 5 de abril de 2020, ya que debido a ese descuento no tengo como garantizar el sostenimiento mínimo de mi esposa y mío.*

***SEGUNDA****: Se ordene en forma inmediata que no sea aplicado el impuesto solidario por COVID 19 que consagró el decreto 568 del 5 de abril de 2020 para los meses junio y julio de 2020, ya que si se hacen estos descuentos provocarían una inestabilidad económica que me llevarían a la bancarrota.”.*

**2. Actuación procesal**

6. El escrito de tutela se presentó el 28 de mayo de 2020**.** En auto del 28 de mayo de la misma anualidad, el despacho admitió la solicitud de tutela. Los días 1 y 2 de junio de 2020, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Presidente de la República, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Administrado por el Consorcio FOPEP 2019), la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, presentaron su informe de tutela.

**3. Contestación de la tutela**

**3.1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y presidente de la República**

7. Solicitó declarar improcedente la acción de tutela, pues indicó que no existe la vulneración de los derechos que invocó el accionante, dado que no se probó la presunta afectación de los mismos. Precisó que era la Corte Constitucional la competente para pronunciarse sobre las medidas que adoptó el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia que vive el país. Finalmente, solicitó su desvinculación del presente asunto y, que en caso de acceder a las pretensiones de la tutela, las órdenes se adopten teniendo en cuenta los derechos y deberes necesarios para garantizar la convivencia en sociedad.

**3.2. Fondo De Pensiones Públicas Del Nivel Nacional – FOPEP (Administrado Por El Consorcio FOPEP 2019)**

8. Indicó que el FOPEP[[5]](#footnote-5) era una cuenta adscrita al Ministerio del Trabajo[[6]](#footnote-6), sobre la cual recaía exclusivamente su representación legal y judicial, por lo que solicitó la vinculación del Ministerio del Trabajo.

9. Solicitó negar la acción de tutela que presentó el accionante, al igual que desvincular el Consorcio FOPEPE[[7]](#footnote-7). Agregó que el señor Jairo Arturo Vargas Díaz devenga una pensión de jubilación nacional que reconoció CAJANAL, hoy en cabeza de la UGPP[[8]](#footnote-8) motivo por el cual ingresó en la nómina general del FOPEP, para el mes de septiembre de 1995, y actualmente devenga una mesada por un monto de $10.288.657,25. Sin embargo, sobre sus ingresos pensionales recaen los siguientes descuentos por obligaciones libremente contraídas:

****

10. Indicó que conforme al artículo 2.2.8.5.3 del Decreto 1833 de 2016 los descuentos aplicados en la nómina de abril se reflejaban de la siguiente manera:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | | | CUPON DE PAGO No. 248783 | | |
|  | | | **MES 4** | **AÑO 2020** | **PAGUESE**  **HASTA** 27/07/2020 |
| IDENTIFICACION  CC 19116559 | | NOMBRE PENSIONADO  VARGAS DIAZ JAIRO ARTURO | | | |
| COD. | CONCEPTOS | | INGRESOS | | EGRESOS |
| 10 | JUBILACION NAL | | 10,288,657.25 | |  |
| 6 | EPS SANITAS | |  | | 1,234,700.00 |
| 267 | FONDO SOLIDARIDAD | |  | | 102,900.00 |
| 270 | BBVA (2 de 84) | |  | | 4,352,085.00 |
|  | | | 10,288,657.25 | | 5,689,685.00 |
|  | | | NETO A PAGAR | | 4,598,972.25 |

11. Manifestó que con la expedición del Decreto 568 del 15 de abril de 2020**,** para la nómina de mayo de 2020, el Consorcio FOPEP, como agente retenedor, procedió a acatar su deber legal de aplicar el descuento por el impuesto, a aquellos pensionados que son sujeto pasivo del impuesto, es decir, los que devenguen un monto igual o superior de $10.000.000.

12. Explicó que de conformidad con los artículos 5° y 6° del Decreto antes señalado, para la nómina de Mayo 2020, tal como se refleja en el cupón de pago de dicho mes, el valor del impuesto solidario por el COVID 19 que fue aplicado sobre la mesada del pensionado correspondió a un monto de **$1.273.700,00**; con lo cual, en la nómina de dicho mes, no fue aplicado el descuento por concepto de libranza en favor del Banco BBVA, considerando que dicha obligación tiene un valor fijo de $4.352.085,00 y la aplicación del mismo, acarrearía exceder el 50% embargable legalmente[[9]](#footnote-9).

13. Concluyó que el accionante durante la vigencia del Decreto 568 de abril de 2020, devengará por concepto de mesada pensional un neto de **$7.677.758,66**, valor considerablemente mayor al que venía recibiendo antes de la aplicación del impuesto, sumado a que los descuentos de la mesada pensional no superan el 50% del neto de la pensión, parámetro legal fijado como mínimo en materia pensional, por lo que no se evidencia una vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad o debido proceso, invocados por el pensionado Jairo Arturo Vargas Díaz.

14. Resaltó que el citado decreto se aplica a partir del 01 de mayo de 2020 y hasta el 31 de julio de 2020, motivo por el que, para la nómina de agosto de 2020 los descuentos de la nómina del accionante volverían aplicar de manera normal, salvo disposición en contrario.

15. Finalmente, señaló que el recaudo del impuesto está a cargo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, y será trasladado al Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME.

16. En el caso particular, el Consorcio FOPEP como ente pagador de las pensiones reconocidas por los fondos insolventes del sector público y las cajas de previsión nacional, cumple exclusivamente la función de agente retenedor, motivo por el que para que el pensionado pueda proceder a solicitar la devolución del dinero descontado por concepto del tributo por el COVID 19, este último deberá realizar las gestiones pertinentes ante la DIAN para la solicitud de devolución del impuesto. En concordancia con esta situación solicita la vinculación de las entidades involucradas[[10]](#footnote-10).

**3.3. Procuraduría General de la Nación**

17. Manifestó que dadas las pretensiones de la acción de tutela y el marco de competencia de la entidad, debía declararse su falta de legitimación en la causa, dado que no efectuó ninguna acción que afecte los derechos que invocó el señor Jairo Arturo Vargas Díaz.

**3.4 Ministerio De Hacienda Y Crédito Público**

18. En su informe de tutela realizó un recuento de la situación que vive el país por la pandemia del Covid-19, y las medidas que adoptó el Gobierno Nacional para afrontarla, entre ellas, la creación del impuesto solidario al que alude el señor Vargas Díaz.

19. Precisó que existen mecanismos de ayuda y alivio en las políticas y normas de nivel nacional, que permiten disminuir el impacto económico del impuesto solidario, los cuales están disponibles para todos los habitantes de la Nación, lo cual incidía en el análisis del concepto de mínimo vital, atendiendo el contexto jurídico, social y económico en el que cual se exige su protección.

20. Por último, indicó que en la acción de tutela no se acreditó ninguna acción u omisión, proveniente de las entidades accionadas, que vulnere o amenace los derechos fundamentales del accionante.

**4. Pruebas**

* Copia simple de las cedula de ciudadanía correspondientes al accionante Jairo Arturo Vargas Diaz [[11]](#footnote-11)y la señoraCARMEN ERLIDES REINO[[12]](#footnote-12).
* Copia de la historia clínica del señor Jairo Arturo Vargas Diaz y la señoraCARMEN ERLIDES REINO.
* Copia del cupón de pago correspondiente al mes de abril de 2020 del FOPEP del señor Jairo Arturo Vargas Diaz discriminando la siguiente información.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | | | CUPON DE PAGO No. 248332 | | |
|  | | | **MES 4** | **AÑO 2020** | **PAGUESEHASTA** 2020/07/27 |
| IDENTIFICACION  CC 19116559 | | NOMBRE PENSIONADO  VARGAS DIAZ JAIRO ARTURO | | | |
| COD. | CONCEPTOS | | INGRESOS | | EGRESOS |
| 10  6  267  270 | JUBILACION NAL EPS SANITAS  FONDO SOLIDARIDAD  BBVA (2 DE 84) | | 10,288,657.25 | | 1,234,700.00  102,900.00  4,352.085.00 |
|  | | | 10,288,657.25 | | 5,689.685.00 |
|  | | | NETO A PAGAR | | 4.598.972.25 |

* Copia del extracto del banco BBVA de la cuenta de ahorros del señor Jairo Arturo Vargas Díaz correspondiente el 30 de abril de 2020 en donde se ve la consignación de su pensión por el monto de 4.598.972.25

**4.1. Casa del llano**

* Captura de pantalla por pago a condominios senderos del llano manzana 4 casa 15 correspondiente a la suma de **$276.000** del 9 de mayo de 2020.
* Recibo del agua correspondiente manzana 4 casa 15 por la suma de **$16.140** cancelado el 5 de marzo de 2020.
* Recibo de energía correspondiente manzana 4 casa 15 por la suma de **$70.700** para vencerse el 27 de marzo de 2020.

**4.2. Apartamento de Bogotá**

* Captura de pantalla por pago al conjunto residencial INTISUYO PH interior 4 apto 103 ubicado en la calle 24 c n 69-59 correspondiente a la suma de **$343.000** del 11 de mayo de 2020.
* Recibo del agua correspondiente al interior 4 apto 103 ubicado en la calle 24 c n 69-59 por la suma de **$207.410** cancelado el 13 de abril de 2020.
* Recibo de energía correspondiente al interior 4 apto 103 ubicado en la calle 24 c n 69-59 por la suma de **$208.780**.
* Captura de pantalla de pago de ETB por la suma de **$148.900** efectuada el 6 de mayo de 2020.
* Captura de pantalla de pago de GAS VANTI por la suma de **$28.710** efectuada el 5 de mayo de 2020.

**4.3. Obligaciones personales**

* Captura de pantalla del pago de CHEVYPLAN por el valor de **$426.648** el 6 de mayo de 2020.
* Copia del extracto del banco SCOTIABANK – COLPATRIA del crédito de consumo 18615328509 por la suma de $**894.231,21** del señor Jairo Arturo Vargas Díaz.
* Certificado del banco SCOTIABANK – COLPATRIA de la tarjeta de crédito con un saldo de **178116 y cupo de 4180000**
* Copia del extracto del banco BBVA de la tarjeta de crédito del señor Jairo Arturo Vargas Díaz por la suma de **$571.136,87** con fecha límite de pago el 5 de junio de 2020.
* Recibo de Movistar por telefonía celular, cuyo titular es el señor Jairo Arturo Vargas Díaz por la suma de **$67´259.**
* Recibo de Tigo por telefonía celular, cuyo titular es la señora CARMEN ERLIDES REINO por la suma de **$46.347** para pago oportuno el 8 de junio de 2020.

**II. CONSIDERACIONES**

**5. Competencia**

21. Este despacho es competente para decidir frente a las acciones de tutela presentadas por los ciudadanos, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991; así como las demás disposiciones pertinentes.

**6. Examen de procedencia de la acción de tutela**

**6.1. Legitimación en la causa por activa**

22. El artículo 86 de la Constitución Política establece que cualquier persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

23. En esta oportunidad, el señor Jairo Arturo Vargas Díaz se encuentra legitimado en la causa por activa en tanto que es mayor de edad, actúa en nombre propio y acusa la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y debido proceso.

**6.2. Legitimación en la causa por pasiva**

24. La legitimación en la causa por pasiva hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 5º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental.

25. En el presente asunto la acción está dirigida contra Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Administrado Por El Consorcio FOPEP 2019), la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, con todo atendiendo las pretensiones de la demanda y el contexto en que se presentan los hechos, el despacho los encuentra legitimados, por lo que está acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

26. Aunque el accionado Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Administrado Por El Consorcio FOPEP 2019), solicitó la vinculación del Ministerio de Trabajo por ser a quien está adscrita la cuenta de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por ser el administrador y recaudador del impuesto. (art. 7º Decreto 568 de 2020) y del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME por ser el destinatario final del impuesto solidario COVID 19. (art. 7º Decreto 568 de 2020 y Decreto 444 de 2020). El despacho considera innecesaria su vinculación, pues quien está efectuando el acto por medio del cual el accionante considera vulnerados sus derechos es presuntamente atribuible a los accionados.

**6.3. Subsidiariedad**

27. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela así:

*“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

28. Lo anterior implica que los ciudadanos deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios dispuestos por la ley, de tal manera que la acción de tutela no sea utilizada como vía preferente, o como instancia judicial adicional[[13]](#footnote-13).

29. Aunado a lo anterior, el **Decreto 2591 de 1991**, por el cual se reglamenta la acción de tutela que trata el artículo 86 Superior en su artículo 5 dispone:

*“ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”*

30. Dentro de las causales de improcedencia de la acción[[14]](#footnote-14), por regla general entre otros esta, cuando se trate de acto general impersonal abstracto:

**“***ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (…)”*

31. Sin embargo, en estados de excepción la Corte Constitucional[[15]](#footnote-15) ha admitido su procedencia excepcional como mecanismo transitorio cuando la aplicación de dicho acto afecta clara y directamente los derechos fundamentales de una persona y los medios ordinarios no resulten idóneos y eficaces por la causación de un perjuicio irremediable. Es decir que el juez constitucional puede hacer uso de la facultad excepcional consistente en ordenar la inaplicación del acto para el caso concreto, con un carácter eminentemente transitorio mientras se produce la decisión de fondo por parte de la Corte Constitucional.

**6.3.1 Del impuesto COVID 19 su naturaleza y la competencia para el análisis de su constitucionalidad en un estado de excepción**

32. El presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 215[[16]](#footnote-16) de la Constitución Política con la firma de todos los ministros declaró el Estado de Emergencia mediante los Decretos 417 del 17 de marzo de 2020[[17]](#footnote-17) y 637 de 2020[[18]](#footnote-18).

33. Dentro del estado de excepción las medidas extraordinarias que puede adoptar, el Gobierno Nacional para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos esta la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley, uno de ellos es el Decreto 568 del 15 de abril de 2020.

34. El DecretoNo. 568 del 15 de abril de 2020*“Por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020”,* busca obtener recursos para brindar ayudas económicas a los hogares vulnerables y trabajadores informales o independientes de clase media que se vieron afectados por ser actividades que requieren de frecuente interacción social que se encuentra interrumpida por el confinamiento obligatorio. Dicho decreto consagra:

*“****Artículo 1.*** *Impuesto solidario por el COVID 19. A partir del primero (01) de mayo de 2020 y hasta el treinta (31) de julio de 2020, créase con destinación específica para inversión social en la clase media vulnerable y en los trabajadores informales el impuesto solidario por el COVID 19, por el pago o abono en cuenta mensual periódico de salarios de diez millones de pesos (10.000.000) o más de los servidores públicos en los términos del artículo 123 de la Constitución Política3, por el pago o abono en cuenta mensual periódico de los honorarios de las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión vinculados a las entidades del Estado de diez millones de pesos (10.000.000) o más; y por el pago o abono en cuenta mensual periódico de la mesada pensional de las megapensiones de los pensionados de diez millones de pesos (10.000.000) o más, que será trasladado al Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME al que se refiere el Decreto Legislativo 444 de 2020.*

*El valor del impuesto solidario por el COVID 19 podrá ser tratado como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional en materia del impuesto sobre la renta y complementarios.*

*Las liquidaciones pagadas o abonadas en cuenta a los servidores públicos en los términos del artículo 123 de la Constitución al momento de la terminación de la relación laboral, o legal y reglamentaria, no estarán sujetas al impuesto solidario por el COVID 19.”*

***Artículo 2.*** *Sujetos pasivos. Son sujetos pasivos del impuesto solidario por el COVID 19 los servidores públicos en los términos del artículo 123 de la Constitución Política y las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública, de salarios y honorarios mensuales periódicos de diez millones de pesos ($10.000.000) o más, de la rama ejecutiva de los niveles nacional, departamental, municipal y distrital en el sector central y descentralizado; de las ramas legislativa y judicial; de los órganos autónomos e independientes, de la Registraduría nacional del estado Civil, del consejo nacional Electoral, y de los organismos de control y de las Asambleas y Concejos Municipales y Distritales.*

*Los pensionados con mesadas pensionales de las megapensiones de diez millones de pesos ($10.000.000) o más también son sujetos pasivos del impuesto solidario por el COVID 19.*

*Para efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo son contribuyentes del impuesto solidario por el COVID 19 los sujetos pasivos de que trata el presente artículo con salarios honorarios y/o mesadas pensionales mensuales periódicos (as) de diez millones de pesos ($10.000.000) o más.*

*El talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus COVID 19 incluidos quienes realicen vigilancia epidemiológica y que, por consiguiente, están expuestos a riesgos de contagio, así como los miembros de la fuerza pública no son sujetos pasivos del impuesto solidario por el COVIO 19.”*

***Artículo 3****°, dispuso que el hecho generador del impuesto solidario por COVID-19, lo constituye el pago o abono en cuenta de salarios y honorarios mensuales periódicos de millones de ($10.000.000) o más; y mesadas pensionales de las megapensiones mensuales de diez millones pesos ($10.000.000) o más, serán los sujetos pasivos del impuesto solidario por el COVID 19. Igualmente, se indicó que no estarían comprendidos dentro del concepto de salario sociales ni los beneficios salariales que se perciben semestral a anualmente.*

35. La constitucionalidad de dicho decreto esta está a cargo de la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 215 de la Constitución[[19]](#footnote-19) el numeral 7 del artículo 241 de la constitución [[20]](#footnote-20) y el artículo 55 de la Ley estatutaria 137 de 1994[[21]](#footnote-21) a la fecha por reparto correspondió al magistrado Carlos Libardo Bernal Pulido, desde el 8 de mayo de 2020 y no se ha pronunciado.

**7. Asunto a resolver**

36. El despacho debe establecer si la acción de tutela que presentó el señor Jairo Arturo Vargas Díaz, para la protección de sus derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados ante la aplicación del impuesto solidario objeto del Decreto 568 de 2020, es procedente. De igual forma, se debe verificar la existencia de un perjuicio irremediable ante el descuento que se le efectúa al accionante al ser sujeto pasivo del citado impuesto. En evento de que se advierta la vulneración de alguno o algunos de los derechos que invocó el accionante, debe resolverse lo relativo a las medidas para la protección por vía de tutela de esos derechos.

**8. Solución al caso en concreto**

37. El despacho parte por señalar que el estudio de constitucionalidad del decreto legislativo cuya inaplicación solicita el accionante a su situación en particular, corresponde a la Corte Constitucionalidad[[22]](#footnote-22), la cual lo puede excluir del ordenamiento jurídico declarando inexequible dicha norma, de tal manera que el juez de tutela en principio no se puede pronunciar al respecto, pues es ante la Corte Constitucional, donde se pueden exponer las razones por las que se considera que la norma en cuestión resulta inconstitucional.

38. Ahora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional puede modular o condicionar los efectos de los fallos de constitucionalidad que emita en desarrollo de su función de control sobre la materia, por lo que el accionante podría obtener, eventualmente, el reintegro del dinero retenido por el impuesto solidario del Covid-19.

39. Es de precisar que de evidenciarse un perjuicio irremediable[[23]](#footnote-23) para el actor, es posible reconocer la vulneración del derecho fundamental e inaplicar la norma en cita. Sin embargo, el despacho no encuentra pruebas de la existencia de un perjuicio irremediable en este caso.

40. En efecto, en el caso en concreto, el despacho observa que el accionante aportó el cupón de pago correspondiente al mes de abril de 2020, en donde se advierte que efectivamente recibe la suma de $4.598.972,25, pues se le efectúan los descuentos de ley, al igual que una libranza con el Banco BBVA por el valor de $4.352.085, como se evidencia a continuación:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | | | CUPON DE PAGO No. 248332 | | |
|  | | | **MES 4** | **AÑO 2020** | **PAGUESEHASTA** 2020/07/27 |
| IDENTIFICACION  CC 19116559 | | NOMBRE PENSIONADO  VARGAS DIAZ JAIRO ARTURO | | | |
| COD. | CONCEPTOS | | INGRESOS | | EGRESOS |
| 10  6  267  270 | JUBILACION NAL EPS SANITAS  FONDO SOLIDARIDAD  BBVA (2 DE 84) | | 10,288,657.25 | | 1,234,700.00  102,900.00  4,352.085.00 |
|  | | | 10,288,657.25 | | 5,689.685.00 |
|  | | | NETO A PAGAR | | 4.598.972.25 |

41. Con todo el accionante no demostró que para el mes de mayo de 2020 se le hubiese efectuado el descuento de la libranza, lo cual sumado a las obligaciones que tiene presupuestado cancelar mensualmente[[24]](#footnote-24), evidencia que no se encuentra acreditado el incremento en el déficit de ingresos que alega como causa de su acción, pues por el contrario, el no descuento de la libranza, supone un incremento temporal del ingreso disponible, tal y como se evidencia a continuación.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | | | CUPON DE PAGO No. 248332 | | |
|  | | | **MES 5** | **AÑO 2020** | **PAGUESEHASTA** 26/08/2020 |
| IDENTIFICACION  CC 19116559 | | NOMBRE PENSIONADO  VARGAS DIAZ JAIRO ARTURO | | | |
| COD. | CONCEPTOS | | INGRESOS | | EGRESOS |
| 10  6  1641  267 | JUBILACION NAL EPS SANITAS  IMPUESTO SOLIDARIO COVID 19  FONDO SOLIDARIDAD | | 10,288,657.25 | | 1,234,700.00  1,273,298.59  102,900.00 |
|  | | | 10,288,657.25 | | 2,610,898.59 |
|  | | | NETO A PAGAR | | 7,677,758.66 |

42.Por lo tanto, el incremento del déficit que calculó el señor Jairo Arturo Vargas Díaz con la aplicación del impuesto solidario por Covid–19, no se probó, pues el accionado FOPEP no le está efectuando el descuento de la libranza y no se hará por los meses de junio y julio del año 2020, si siguen excediendo el 50% embargable legalmente[[25]](#footnote-25). Además, en agosto del año 2020 el cupón de pago del accionante debería ser igual, en términos de descuentos y retenciones al del mes de abril del año 2020.

43. En ese sentido, el despacho considera que si bien el señor Jairo Arturo Vargas Díaz es sujeto pasivo del impuesto que creó el Gobierno Nacional, con motivo de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica declarada mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, lo que se advierte es que después de efectuarse el descuento por el impuesto de solidaridad, el accionante tiene como garantizar sus necesidades básicasde alimentación, vivienda, acceso a los servicios públicos domiciliarios y la atención en salud,

44. Además, la obligación de pagar dicho impuesto no le impone una carga al accionante superior a la que otro ciudadano en las mismas condiciones debe soportar, mientras los jueces competentes deciden sobre la constitucionalidad del impuesto solidario, al igual que los efectos de esas decisiones sobre los sujetos pasivos del impuesto.

45. **En conclusión**, el despacho considera que: **i)** la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo procedente para discutir las inconformidades que tiene el accionante frente al Decreto 568 del 15 de abril de 2020, acto de carácter general, impersonal y abstracto[[26]](#footnote-26), sujeto a control por parte de la Corte Constitucional y, **ii)** el accionante no probó la existencia de un perjuicio irremediable. Por lo anterior, el despacho declarará improcedente la acción de tutela que presentó el señor Jairo Arturo Vargas Díaz.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: Declarar improcedente** la acción de tutela que presentó el señor Jairo Arturo Vargas Díaz, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: Comunicar** por el medio más expedito la presente providencia al accionante Jairo Arturo Vargas Díaz, al representante legal de la Consorcio FOPEP (Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional), Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República y la Procuraduría General de la Nación, o a quienes hagan sus veces.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**LUIS GABRIEL AHUMADA PERDOMO**

Juez

NNC

1. El señor Jairo Arturo Vargas Díaz fue operado de cáncer en la próstata, es hipertenso, diabético, hipotiroideo, tiene gastritis crónica (enfermedad por reflujo gastroesofágico), dislipidemia, insuficiencia venosa periférica y presbicia. La señora CARMEN ERLIDES REINO es hipertensa, tiene obesidad, insuficiencia venosa crónica periférica [↑](#footnote-ref-1)
2. Descuentos

   EPS SANITAS: $1´234.700

   FONDO SOLIDARIDAD: $102.900, 270

   BBVA (2 de 84) $ 4´352.085,00 [↑](#footnote-ref-2)
3. Deudas bancarias

   BBVA TARJETA DE CRÉDITO: $571.137,87

   SCOTIABANK CRÉDITO DE CONSUMO: $894.231,21

   SCOTIABANK TARJETA DE CRÉDITO: $178.116. [↑](#footnote-ref-3)
4. Gastos personales

   CHEVYPLAN $426.648

   GAS $28.710

   ETB $148.900

   ENERGIA $279.480

   TELEFONIA MOVIL $113.606

   ADMINISTRACION CASA BOGOTÁ $343.000

   AGUA $223.550

   ALIMENTACIÓN $1.500.000

   ADMINISTRACION CASA META $276.000

   PREDIAL CASA META $181.386 [↑](#footnote-ref-4)
5. El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, fue creado mediante el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, el cual estableció que: *“El Fondo sustituirá a la Caja Nacional de Previsión Social en lo relacionado con el pago de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, y a las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional, que el Gobierno determine y para los mismos efectos. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos requeridos para el pago de las pensiones reconocidas o causadas con anterioridad a la presente Ley.”*

   Motivo por el cual, en desarrollo de la misma, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1132 de 1994 el cual posteriormente fue modificado por el Decreto Reglamentario 1833 de 2016, donde se ratifica la naturaleza jurídica del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica cuyos recursos se administran mediante encargo fiduciario. [↑](#footnote-ref-5)
6. El Ministerio del Trabajo a través del contrato de encargo fiduciario No. 483 de 2019, pactó, a partir del 2 de diciembre de 2019, la administración de los recursos del FOPEP con el Consorcio FOPEP 2019, NIT 901.336.116-7, conformado por las sociedades FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. [↑](#footnote-ref-6)
7. Como agente retenedor (Art. 8 Decreto 568 de abril de 2020) únicamente procedió a acatar su deber legal de aplicar el descuento por el impuesto decretado, a aquellos pensionados que devenguen un monto igual o superior de $10.000.000, pues en caso de incumplimiento este ente sería objeto de las sanciones previstas en el Estatuto Tributario y el artículo 402 del Código Penal; motivo por el que consideramos que se configura una falta de legitimación por pasiva, por cuanto el actuar de esta entidad se limitó a acatar la orden impartida por el Gobierno Nacional en el Decreto 568 del 15 de abril de 2020 [↑](#footnote-ref-7)
8. Decretos 4269 de 2011 y 2040 de 2011 [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1833 de 2016, art. 2.2.8.5.3: Monto: *“(…) Los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud y las cajas de compensación familiar, incluyendo los permitidos por la ley laboral, podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba efectivamente no menos del 50% de la mesada pensional”* [↑](#footnote-ref-9)
10. De acuerdo a lo consagrado en el Decreto 568 de 2020, se hace necesaria la vinculación y debida notificación de la presente acción constitucional de:

    - La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN por ser el administrador y recaudador del impuesto. (art. 7º Decreto 568 de 2020).

    - El Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME por ser el destinatario final del impuesto solidario COVID 19. (art. 7º Decreto 568 de 2020 y Decreto 444 de 2020).

    Lo anterior para garantizar así el debido proceso, y el derecho de defensa y contradicción por el interés que les asiste en el resultado de esta acción. [↑](#footnote-ref-10)
11. nació el 29 de enero de 1950. [↑](#footnote-ref-11)
12. Nació el 14 de julio de 1954. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia SU-1052 de 2000. [↑](#footnote-ref-14)
15. C. Constitucional, sentencia C-132 de 2018. Expediente D-12713 MP: Alberto Rojas Ríos, noviembre 28 de 2018. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o **amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública,** podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, **destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos**. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

    El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

    El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

    El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

    El presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

    **PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.** [↑](#footnote-ref-16)
17. **Decreto 417 del 17 de marzo de 2020** “*por el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus covid- 19.”* [↑](#footnote-ref-17)
18. **Decreto 637 del 6 de mayo de 2020** “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional” [↑](#footnote-ref-18)
19. **PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.** [↑](#footnote-ref-19)
20. ***“ARTICULO 241.*** *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones (..) 7.* ***Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno*** *con fundamento en los artículos 212, 213* y *215 de la Constitución”* [↑](#footnote-ref-20)
21. **Ley 137 de 1994** *“Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia,* dispuso que la Alta Corporación ejercerá el control jurisdiccional de los decretos legislativos dictados durante los Estados de Excepción de manera automática: (…) ***“Artículo 55****.* ***Corte Constitucional****. La Corte Constitucional ejercerá el control jurisdiccional de los decretos legislativos dictados durante los Estados de Excepción de manera automática, de conformidad con el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución, dentro de los plazos establecidos en su artículo 242 y de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991 o normas que lo modifiquen”* [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia C-004 de 1992 “*En síntesis, de la Carta Política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquél hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. perjuicio irremediable es el definido como aquel que “se yergue grave e inminente sobre el titular de un derecho fundamental, que requiere ser contrarrestado con medidas urgentes y de aplicación inmediata e impostergable”, cuyos elementos son: (i) la inminencia, (ii) la urgencia de las medidas, (iii) la gravedad del perjuicio y (iv) la impostergabilidad de la acción” Sentencia T-1190 de 2004 Sentencia T-225 de 1993. [↑](#footnote-ref-23)
24. Según los documentos que soportan la existencia de sus obligaciones. [↑](#footnote-ref-24)
25. Decreto 1833 de 2016, art. 2.2.8.5.3: Monto: *“(…) Los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud y las cajas de compensación familiar, incluyendo los permitidos por la ley laboral, podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba efectivamente no menos del 50% de la mesada pensional”* [↑](#footnote-ref-25)
26. según el artículo 6º, numeral 5º del Decreto 2591 de 1991; el artículo 241 numeral 7 de la Constitución Política y el artículo 55 de la Ley 137 de 1994 [↑](#footnote-ref-26)