



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA - CAQUETÁ

Florencia, Caquetá, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

AUTO INTERLOCUTORIO No. JTA19-744

ASUNTO : **INCIDENTE DE DESACATO TUTELA**
INCIDENTANTE : **MARINELA CABRERA MOSQUERA**
INCIDENTADO : **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA Y OTRO.**
RADICACIÓN : **18001-33-33-003-2019-00304-00**

Una vez agotado el incidente por desacato iniciado por la accionante MARINELA CABRERA MOSQUERA contra el Ministro de Defensa Nacional (en adelante MINDEFENSA) LORENZO GUILLERMO BOTERO NIETO y el Ministro de Salud y Protección Social (en adelante MINSALUD) – JUAN PABLO UIRBE RESTREPO procede el despacho a emitir la decisión que ponga fin a este trámite sancionatorio.

Observa el despacho que mediante sentencia No. JTA19-243 del 14 de mayo de 2019 se resolvió: **“PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental de habeas data de la señora MARINELA CABRERA MOSQUERA identificada con cédula de ciudadanía No.40.783.123, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: ORDENAR** al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** que en el término de 48 horas proceda a informarle al Ministerio de Salud y Protección la condición de pensionada de la señora MARINELA CABRERA MOSQUERA. **TERCERO: ORDENAR** al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** que una vez el Ministerio de Defensa Nacional proceda a informarle la condición de pensionada de la accionante, prosiga a incluirla en la base de referencia de personas pensionadas para que pueda expedirse la respectiva planilla para el pago de la seguridad social como pensionada que además cotiza trabajadora independiente....”

Notificada la decisión, en respuesta el MINDEFENSA allegó memorial de cumplimiento de fallo en incidente de desacato, manifestando que mediante oficio No. 19-42371 del 14 de mayo de 2019 se informó al Ministerio de Salud y Protección Social la calidad de pensionada de la señora de la señora Cabrera Mosquera, al ser beneficiaria de una pensión por muerte, por lo que alude el cumplimiento al fallo de tutela y solicita el archivo del presente trámite incidental.

Por su parte, el MINSALUD allegó escrito de contestación de incidente informando al Despacho que no es la entidad encargada de realizar la inclusión en el archivo denominado “REPORTE DE INFORMACIÓN DE PERSONAS PENSIONADAS REGIMEN ESPECIAL”, siendo facultad del Ministerio de Defensa, así mismo, que procedió a oficiar a dicha agencia Ministerial con el fin de que le informará la condición de pensionada de la

accionante, obteniendo respuesta mediante oficio radicado el 15 de mayo de 2019, donde indica que la señora Marínela Cabrera Mosquera no es reportada en el archivo “REPORTE DE INFORMACIÓN DE PERSONAS PENSIONADAS REGIMEN ESPECIAL” por cuanto no se establece en los subtipos de cotizantes “(...) 1. Dependiente pensionado por vejez, jubilación o invalidez y 2. Independiente pensionado por vejez, jubilación o invalidez activo”¹.

Finalmente, sostiene que de conformidad a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, la accionante se encuentra en la obligación de cotizar sobre los ingresos que percibe como trabajador independiente, para constituir su propia pensión de vejez, por lo que de no realizar los aportes podrá ser sujeto de sanciones por parte de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP.

En virtud de lo anterior, queda claro el cumplimiento del fallo de tutela No. JTA19-243 frente al Ministerio de Defensa Nacional, a quien se le ordenó “que en el término de 48 horas proceda a informarle al Ministerio de Salud y Protección la condición de pensionada de la señora MARINELA CABRERA MOSQUERA” y mediante comunicación No. OFI19-42371 MDNSGDAGPSAT fechada 14 de mayo de 2019, reiterada mediante oficio No. OFI19-51357 MDNSGDAGPSAT del 06 de junio de 2019 procedió a informarle al Ministerio de Salud y Protección Social que la señora Marínela Cabrera Mosquera es beneficiaria de una Pensión Mensual por muerte del Capitán (póstumo) Iván Javier Escobar Jiménez.

Ahora bien, frente al cumplimiento del fallo por parte del Ministerio de Salud y la Protección Social, esto es, “que una vez el Ministerio de Defensa Nacional proceda a informarle la condición de pensionada de la accionante, prosiga a incluirla en la base de referencia de personas pensionadas para que pueda expedirse la respectiva planilla para el pago de la seguridad social como pensionada que además cotiza trabajadora independiente”, se presenta una imposibilidad jurídica para dar cumplimiento a la orden de tutela, como se procederá a explicar seguidamente.

En el fallo de tutela luego de analizar los argumentos expuestos en el escrito de tutela, las pruebas aportadas, la contestación de la demandada APORTES EN LINEA y teniendo en cuenta el silencio del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Salud y la Protección Social, el Despacho con fundamento en la certificación de fecha 29 de abril de 2019 expedida por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa (fl. 04 CP), quien sostuvo que la accionante se encontraba pensionada por parte de dicho ministerio y bajo el principio de presunción de veracidad establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, procedió a amparar el derecho fundamental al habeas data de la accionante e impartió las ordenes respectivas con el fin de permitirle a la accionante cotizar al sistema de seguridad social en su condición de pensionada que también labora como independiente.

No obstante, en el incidente de desacato las entidades accionadas MINSALUD y MINDEFENSA allegan escrito de contestación de tutela, informando al Despacho que efectivamente la accionante es beneficiaria de

¹ Resolución No. 3559 de 2018

supérstite consecuencia de la muerte del Capitán (póstumo) Iván Javier Escobar Jiménez, por lo que de conformidad a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y la Resolución No. 3559 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Seguridad Social, está en la obligación de cotizar al sistema de seguridad social respecto de los ingresos que obtiene como independiente para constituir su propia pensión de vejez.

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, establece que de toda relación laboral o de un contrato de prestaciones de servicios, se debe realizar aportes al sistema general de pensiones, excepto cuando el afiliado haya cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez, o cuando el cotizante se pensione por invalidez o anticipadamente, veamos:

“ARTÍCULO 4o. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”

Así mismo, en la Resolución No. 003559 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección social “Por medio de la cual se modifica los anexos técnicos 2, 3, y 5 de la Resolución No. 2388 de 2016, modificada por las Resoluciones 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017” en su ordinal primero, numeral 8 ítem 2, establece lo siguiente:

“8. En el numeral 2.1.2.3.2 “Campo 6 – Subtipo de Cotizante” del Capítulo 1 “Archivos de entrada” del Anexo Técnico 2 “Aportes a Seguridad Social de Activos” modificar las aclaraciones de los subtipos de cotizantes “1. Dependiente pensionado por vejez, jubilación o invalidez activo”, “2. Independiente pensionado por vejez, jubilación o invalidez activo”, “3. Cotizante no obligado a cotización a pensiones por edad”, “4. Cotizante con requisitos cumplidos para pensión”, “5. Cotizante a quien se le ha reconocido indemnización sustitutiva o devolución de saldos” y “9. Cotizante pensionado con mesada igual o superior a 25 smlmv”.

(...)

2. Independiente pensionado por vejez, jubilación o invalidez activo: Este subtipo de cotizante únicamente puede ser utilizado cuando el cotizante es pensionado por vejez, jubilación o invalidez y se encuentre relacionado en el archivo “Información de Personas Pensionadas” dispuesto por este Ministerio mensualmente por este Ministerio en el FTP seguro de cada operador de información” con el tipo de pensión “1 - Vejez”, “8 - Invalidez Riesgo Común”, “9 - Invalidez Riesgo Laboral” o “10 - Jubilación”.

Este subtipo de cotizante aporta al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales como independiente. En este caso, el Ingreso Base de Cotización para el Sistema General de Salud podrá ser diferente al del Sistema General de Riesgos Laborales, toda vez que este subtipo de cotizante aporta al Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto por su pensión como por su contrato de prestación de servicios superior a un mes, mientras que para el Sistema General de Riesgos Laborales solo deberá aportar por su contrato.”

En virtud de lo anterior, es claro que la accionante debe realizar los aportes en seguridad social en pensiones sobre los ingresos que obtiene como independiente, pues solo están exonerados de hacerlo quienes ostentan la condición de pensionados por jubilación, invalidez o se pensione anticipadamente, situación que en el presente asunto no se configura pues la accionante es beneficiaria de una sustitución pensional por muerte, por lo que debe continuar cotizando de sus ingresos como independiente para constituir su propia pensión de vejez.

Frente al cumplimiento del fallo de tutela y los casos excepcionales donde se presente una imposibilidad física y jurídica de dar cumplimiento a la sentencia de tutela, la Corte Constitucional², sostuvo lo siguiente:

Cumplir con las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho³. El derecho a acceder a la justicia⁴ implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce⁵.

4.2.1.1. El acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de acudir ante la administración de justicia para plantear un problema jurídico, ni en su resolución, sino que implica, también, que “se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”⁶. Dada la relevancia del cumplimiento de las providencias judiciales para el derecho fundamental de acceder a la justicia, en algunas oportunidades este tribunal lo ha amparado, de manera excepcional, por medio de la acción de tutela⁷, “bajo el entendido de que la administración de justicia, además de expresarse en el respeto a las garantías establecidas en el desarrollo de un proceso, se manifiesta en el hecho de que las decisiones que se tomen dentro del mismo tengan eficacia en el mundo jurídico y que la providencia que pone fin al proceso produzca todos los efectos a los que está destinada”⁸.

² C-367 de 2014

³ Cfr. Sentencias T-1686 de 2000 y C-1006 de 2008.

⁴ Cfr. Sentencias C-426 de 2002 y T-443 de 2013.

⁵ Estas obligaciones están previstas, también, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2).

⁶ Cfr. Sentencias T-553 de 1995, T-406 y T-1051 de 2002, T-096-08.

⁷ Cfr. Sentencias T-1051 de 2002, T-363 de 2005, T-409 de 2012 y T-263 de 2013.

⁸ Cfr. Sentencia T-443 de 2013.

4.2.1.2. Además de afectar el acceso a la justicia, incumplir las providencias judiciales desconoce la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, vulnera los principios de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, porque da al traste con la convicción legítima y justificada de una persona que, al acudir ante la administración de justicia, espera una decisión conforme al derecho que sea acatada por las autoridades o por los particulares a quienes les corresponda hacerlo.

4.2.2. La administración de justicia y, de manera especial, el juez que dictó la providencia judicial, no pueden ser indiferentes o ajenos a su cumplimiento. Este cumplimiento puede y, si es del caso debe, efectuarse aún en contra de la voluntad de quien está llamado a ello, por medios coercitivos.

4.2.2.1. El incumplir una providencia judicial puede comprometer la responsabilidad de la persona a quien le es imputable esta conducta y puede tener consecuencias en diversos ámbitos. Y puede comprometerla, porque si bien el incumplimiento obedece a una situación objetiva, dada por los hechos y sólo por los hechos, la conducta de incumplir obedece a una situación subjetiva, en la cual es relevante la culpabilidad de su autor.

4.2.2.2. **En algunos casos excepcionales, la conducta de incumplir no obedece a la voluntad de la persona llamada a cumplir con la providencia judicial, sino que responde a una situación de imposibilidad física y jurídica. No se trata de una imposibilidad formal o enunciada, sino de una imposibilidad real y probada, de manera eficiente, clara y definitiva, de tal suerte que, en estos eventos, para la satisfacción material del derecho involucrado “es procedente acudir a otros medios que permitan equiparar la protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia o que mitiguen los daños causados a la persona afectada”, valga decir, se puede prever formas alternas de cumplimiento del fallo**⁹. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Postura jurisprudencia que ha sido reiterada por la Corte Constitucional¹⁰ en diferentes pronunciamientos, así:

*“Aun cuando el cumplimiento inmediato del fallo de tutela es la regla general, esta Corporación ha admitido que, excepcionalmente, puede darse la circunstancia de que la decisión de tutela sea de imposible cumplimiento. En ese caso el destinatario de la orden está obligado a demostrar tal circunstancia en forma inmediata, eficiente, clara y definitiva. Así, ha dicho la jurisprudencia que “[a]nte la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla, cumplirla de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP) y, dos, que es la excepción, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla”*¹¹

De conformidad a lo transcrito es claro que la Corte Constitucional ha admitido eventos en los cuales se presenta la imposibilidad fáctica y jurídica por parte de la parte accionada para dar cumplimiento al fallo de tutela, siempre y cuando se demuestre de manera clara y fehaciente la imposibilidad alegada.

Así las cosas, nos encontramos ante el fenómeno jurídico de imposibilidad física y jurídica de dar cumplimiento al fallo de tutela, pues no se puede

⁹ Cfr. Sentencias T-587 de 2008, T-001 de 2010 y T-263-2013

¹⁰ T-235 de 2015

¹¹ C-367 de 2014

ordenar su inclusión de la accionante en el archivo reporte de información de personas pensionadas, por cuanto la accionante no presenta la condición de pensionada por jubilación, vejez e invalidez, tal como lo exige la Resolución No.3559 de 2018 y de conformidad a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, la accionante está en la obligación de aportar al sistema de seguridad social en pensiones de los ingresos que percibe como independiente, con el fin de constituir su propia pensión de vejez.

Dado lo anterior, el Despacho llega a la conclusión que en el presente caso no hay lugar a sancionar por desacato al fallo de tutela al Ministro de Defensa ni al Ministro de Salud y la Protección social, razón por la cual esta judicatura de abstendrá de sancionar a los precitados funcionarios.

Por lo anterior el suscrito Juez,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSTENERSE de sancionar por desacato al MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL - **LORENZO GUILLERMO BOTERO NIETO** y al MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - **JUAN PABLO UIRBE RESTREPO**, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión **archívese** las diligencias y efectúense los registros de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



FAVIO FERNANDO JIMENEZ CARDONA