

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SISTEMA ORAL – DESPACHO NO 003

ESTADOS – AVISOS

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-03-administrativo-de-narino;jsessionid=32D650D2D5051FC550B5AD9DC5520C72.worker4>

Fecha fija: 30 de noviembre de 2022
MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCIA OJADA INSUASTY
En este documento puede consultar las providencias notificadas

RADICADO	MEDIO DE CONTROL	Partes ACTO OBJETO DE CONTROL:	AUTO	FECHA AUTO
2018-00004 8463	NRD	Demandante: Carmen Mesías Guerrero Demandado: INPEC	Auto decide medida cautelar	30 de noviembre de 2022



OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

Medios de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 52001-33-33-003-2018-00004-01 (8463)
Demandante: Carmen Mesías Guerrero
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC
Referencia: Auto que decide medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados
Auto interlocutorio No. D003-565-2022

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA UNITARIA DE DECISIÓN¹

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY

San Juan de Pasto, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO.

¹ Auto que se profiere por la Magistrada Ponente, en virtud de lo indicado en el art. 229 del CPACA que señala lo siguiente: ***“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.***

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

De otra parte, el art. 125 del mismo estatuto, prevé que el auto que resuelve sobre las medidas cautelares será de Sala cuando se resuelva en apelación, precisando que en primera instancia el auto será de ponente que es lo que acontece en este caso en que el asunto es de segunda instancia, pero la solicitud de medida cautelar se elevó en esta sede que por lo tanto, para esos efectos se convierte en primera instancia:

“ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas: (...)

h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.

3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja.”

Procede la Sala a resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 001172 del 15 de marzo de 2016, por la cual se efectúa reconocimiento - servicios personales.
- Resolución No. 006184 del 2 de diciembre del 2016 por la cual se efectúa un reconocimiento - pago pasivos exigibles vigencias expiradas.
- Resolución No. 001884 del 15 de junio de 2017 por la cual se resuelve recurso de reposición contra las Resoluciones Nos 001172 de 15 de marzo de 2016 y 006184 del 2 de diciembre de 2016.

Conviene anotar que también solicita la suspensión del procedimiento y actuación administrativa consistente en el proceso de cobro coactivo No. 051/2017 adelantado por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC en contra de la accionante, que basa su recaudo en la Resolución No. 006134 del 2 de diciembre de 2016.

La petición en comento la formuló el apoderado de la parte actora con posterioridad a la admisión del recurso de apelación presentado por el INPEC contra la sentencia de primera instancia y encontrándose el asunto en turno para proferir sentencia de segunda instancia.

II. ANTECEDENTES.

2.1. Tesis de la parte demandante (PDF 001 Pág. 5-16)

La señora Carmen Mesías Guerrero, por medio de apoderado judicial debidamente constituido, radicó demanda a través del medio de control de nulidad

y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad de los siguientes actos proferidos por el Instituto Nacional Penitenciario - INPEC:

- Resolución N° 001172 del 15 de marzo de 2016, por la cual se efectúa reconocimiento de servicios personales.
- Resolución N° 006184 del 2 de diciembre del 2016 por la cual se efectúa un reconocimiento de pago pasivos exigibles vigencias expiradas.
- Resolución No. 001884 del 15 de junio de 2017 por la cual se resuelve recurso de reposición contra los anteriores actos.

Y a título de restablecimiento de derecho, solicitó:

- Se declare que la actora **no adeuda ninguna suma de dinero al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC" por concepto de liquidación de incapacidades ni intereses.**
- Se ordene el pago de **la suma de \$978.582 correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales reconocida a favor de la parte actora.**
- Se declare **prescrito el pago de un mayor valor**, en caso de que lo hubiere, por concepto de liquidación de incapacidades.

Lo anterior con base en los siguientes hechos:

Refirió que la actora se desempeñó como profesional universitaria, código 2044, grado 5 del INPEC, designada en provisionalidad², cargo en el que comenzó a laborar desde el 20 de octubre de 2010 y fue retirada del servicio activo, mediante Resolución No. 002674 del 27 de julio de 2015, siendo el último lugar de prestación de servicios la ciudad de Pasto.

² Mediante Resolución 9623 del 5 de agosto de 2010.

Indicó que la demandante desempeñó sus funciones como abogada hasta el año 2012, cuando comenzó a padecer síntomas de estrés laboral, por lo cual se le otorgaron incapacidades desde el 9 de julio de 2013 hasta el 29 de abril de 2015, por cuanto requería atención médica, psicológica y psiquiátrica.

Aclaró que las incapacidades reconocidas a la señora Mesías Guerrero hasta los 180 días le fueron canceladas directamente por el INPEC con cargo a la EPS a la que se encontraba afiliada.

Precisó que, de acuerdo a la Ley, cuando las incapacidades superan los 180 días sin que se haya conceptuado sobre la rehabilitación del trabajador, el empleador debe responder por su pago, con la oportunidad de recobrar lo que haya cancelado en exceso a la EPS o AFP donde se encuentre afiliado el empleado.

Manifestó que el INPEC siempre canceló el valor por incapacidades un porcentaje equivalente al 66.5% y 50% del salario de la demandante.

Con ocasión de su retiro del servicio, el INPEC profirió actos reconociendo el pago de prestaciones sociales³, no obstante, razonó que, al haberse cancelado un valor superior por concepto de incapacidades por una suma de \$6.614.577, se debía efectuar descuento directo del valor reconocido por prestaciones laborales. Es decir que, la liquidación de prestaciones sociales no le fue cancelado a la demandante, sino descontado directamente por el INPEC e imputado a la supuesta deuda, persistiendo un saldo a favor de la entidad por valor de \$ 5.635.995,00.

Señaló que en ninguno de los actos acusados se indica el mes en que se canceló más de lo debido por concepto de incapacidades y cuál era el valor pagado en exceso.

³ Resolución N° 001172 de 15 de marzo de 2016, en la que se liquidan prestaciones por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 2013 y 4 de enero de 2014 y la Resolución No, 006184 del 2 de diciembre del 2016.

Aclaró que la demandante nunca recibió doble pago por incapacidad y si ello hubiera ocurrido, **obró de buena fe** al aceptar el pago, por lo cual considera que no le adeuda suma alguna al INPEC. Añadió que el cobro debe hacerse **a la EPS o la AFP a la que está afiliada la demandante** y que las incapacidades corresponden a pagos efectuados con anterioridad a 3 años, frente a los cuales ha operado la figura de la **prescripción**.

En el concepto de violación argumentó que:

- i) La demandante no contó con la protección del INPEC para recuperar su salud, pues no se pagaron en debida forma sus incapacidades y se le está cobrando un valor que supuestamente adeuda.
- ii) De acuerdo al Decreto 019 de 2012 - art. 12, el trámite para el reconocimiento de incapacidades debe adelantarse en forma directa por el empleador ante las EPS sin que pueda trasladarse al afiliado cotizante y además el pago de la incapacidad lo hace el empleador al afiliado.
- iii) El INPEC desconoce normas tales como el Decreto 2463 de 2001⁴ y el art. 28 de la Ley 1438 de 2011, la primera norma, en razón a que las incapacidades reconocidas a la demandante hasta los 180 días fueron canceladas directamente por el INPEC con cargo a la EPS a la que estaba afiliada, cancelando un valor de 66,5% y 50% del salario conforme a la Ley, debiendo recobrar por ello a la EPS o la AFP a la cual estuviera afiliada la trabajadora y no a la demandante y respecto a la segunda

⁴ En la demanda se indica que, conforme a esta norma: i) la incapacidad es el reconocimiento económico que es pagado por el empleador por los dos primeros días de incapacidad cuando la enfermedad es de origen general, en una cuantía de 66,667% de su salario; ii) Después del tercer día de incapacidad y hasta completar los 180 días la responsabilidad por el pago le corresponde a la EPS a la cual esté afiliado el trabajador y que corresponderá al 66,667% del salario durante los primeros 90 días y para el tiempo restante por el 50%; iii) Desde el día 181 hasta el día 360 o 540 si hay concepto de no rehabilitación, el fondo de pensiones asume el pago del subsidio por incapacidad, en la misma cuantía en que la venía asumiendo la EPS; iv) en caso de que la incapacidad supere los 180 días y hasta los 360 días, con el concepto médico expedido por la EPS en el que conste pronóstico favorable de rehabilitación corresponderá al Fondo de Pensiones responder por el pago de ese concepto, manteniendo el pago del monto que venía recibiendo por parte de la EPS (50% del salario).

norma, en tanto se superó el término de 3 años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente, lapso durante el cual pueden solicitar el reembolso de las prestaciones económicas a las EPS .

2.2. Sentencia de primera instancia (PDF 001 Pág. 156-177)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto profirió sentencia del 23 de julio de 2019, en la cual, decidió acceder a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

- El litigio versa sobre la obligación o no de la demandante de reembolsar las sumas que se pagaron en exceso por concepto de incapacidades por parte del INPEC y si es dable ordenar el pago de las prestaciones sociales adeudadas por la entidad demandada.
- Al respecto, considera que debe accederse parcialmente a las pretensiones, declarando la inexistencia de la obligación reclamada por el INPEC, por lo que hay lugar a ordenar el pago a favor de la demandante, de las prestaciones sociales que no le fueron pagadas.
- Agrega que, de las normas legales y jurisprudencia se logra determinar que todo trabajador tiene derecho a un auxilio económico cuando se encuentre incapacitado para laborar, como lo dispone el Decreto 2943 de 2013 y el Decreto 1848 de 1969.
- Trae a colación lo indicado en la sentencia de la Corte Constitucional T-200 de 2017⁵, en la cual se sintetiza el régimen de pago por incapacidades por enfermedades de origen común, así:

⁵ Que se extrae de la sentencia T-161 de 2019 que se cita en la sentencia de primera instancia.

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

- Indicó que, según las normas legales y la jurisprudencia expuesta, el pago de las incapacidades debe efectuarse así:

Días de incapacidad	Valor a pagar	Responsable del pago
1 a 2	100% del salario	Entidad empleadora
3 a 90	2/3 del salario	EPS
91 a 180	50% del salario	EPS

- Señaló que, de acuerdo con el examen de los actos acusados, el INPEC cumplió con la obligación de pagar las incapacidades de la demandante hasta el día 180 en el 100% del salario, desconociendo los porcentajes legales establecidos y ante su error, decide descontar los valores pagados en exceso, de las sumas que se reconocieron por concepto de prestaciones laborales por retiro quedando un saldo de \$5.769.086,19, incluyendo los intereses moratorios hasta el 8 de septiembre de 2017.
- Dilucidó los motivos por los que se interpone la demanda, de la siguiente forma:
 - Pagos realizados en exceso por concepto de incapacidades:** tuvo por cierto que el INPEC pagó por concepto de incapacidades sumas superiores a los porcentajes legalmente establecidos, dado que, la

parte actora no demostró lo contrario, es decir que, los pagos se hubieran realizado conforme las normas que regulan esta situación.

- ii) **Reintegro de las sumas recibidas de buena fe:** Cita los casos en los que la administración ejerce la acción de lesividad en la que busca la devolución de dineros pagados a particulares por concepto de prestaciones, en los que no se accede a tal pretensión cuando hayan sido pagadas a particulares de buena fe e indica que le correspondería al INPEC demostrar la mala fe de la demandante, para obtener el reembolso de las sumas pagadas en exceso por concepto de incapacidades laborales.

En consecuencia, no es obligación de la demandante reintegrar los valores que por concepto de incapacidades recibió, puesto que, hasta el momento no se ha demostrado mala fe.

- iii) **Prestaciones sociales retenidas por la entidad:** Concluye que de acuerdo con normas tales como la Ley 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969 y lo indicado por la Corte Constitucional en sentencias tales como la T-629 de 2016, los descuentos que se hagan sobre el salario que devenga un trabajador deben respetar los límites legales y jurisprudenciales e indica que ni siquiera con la autorización expresa del trabajador pueden practicarse ni efectuarse descuentos directos más allá de lo permitido por la Ley.

En el caso de estudio, indicó que se debía contar con la autorización expresa de la trabajadora para realizar tales descuentos y como no se observa tal documento en el plenario, el descuento no era procedente y, en esta medida, el INPEC debía pagar los valores adeudados por concepto de prestaciones sociales, aunque sólo ordenó el pago de la

suma de \$978.582⁶, sin que haya lugar al pago de la suma de \$757.916⁷, porque esta última suma no se solicitó en las pretensiones de la demanda.

- Por lo expuesto, dispuso: i) la nulidad parcial de los actos acusados; ii) declaró que la demandante no adeuda suma alguna al INPEC por concepto de mayores valores pagados por incapacidades; iii) ordenar al INPEC que pague a la demandante la suma de \$1.102.327⁸ por concepto de por concepto de prima de vacaciones, indemnización por vacaciones y bonificación por recreación, adeudados a la demandante.

2.3. Medida cautelar (Carpeta 005 - PDF 001)

La parte actora sustenta la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 001172 del 15 de marzo de 2016**, por la cual, se efectúa reconocimiento de servicios personales.
- **Resolución No. 006184 del 2 de diciembre del 2016**, por la cual, se efectúa un reconocimiento de pago pasivos exigibles vigencias expiradas.
- **Resolución No. 001884 del 15 de junio de 2017**, por la cual, se resuelve recurso de reposición contra las Resoluciones Nos 001172 de 15 de marzo de 2016 y 006184 del 2 de diciembre de 2016.

⁶ Que, según la sentencia, corresponde al valor liquidado por concepto de prima de vacaciones, indemnización por vacaciones y bonificación por recreación.

⁷ Que corresponde al valor de bonificación por servicios, prima de servicios y prima de navidad.

⁸ Valor actualizado a la fecha en que se profiere la sentencia de primera instancia, según la operación que allí se indica (página 175 – PDF N° 001).

- De igual manera, solicitó **la suspensión del procedimiento y actuación administrativa consistente en el proceso de cobro coactivo No. 051/2017** adelantado por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC en contra de la accionante que basa su recaudo en la Resolución No. 006184 del 2 de diciembre de 2016 – cabe anotar que ninguno de los actos proferidos en este asunto son objeto de demanda en el proceso ordinario.

Lo anterior con base en lo siguiente:

- Manifiesta que radicó demanda administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramitó en el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto, despacho que profirió sentencia de primera instancia declarando la nulidad parcial de los actos acusados. Refiere que el INPEC presentó recurso de apelación contra la decisión proferida, recurso que fue concedido por el *A quo*.
- Informó que el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del INPEC en el proceso de cobro coactivo No. 051/2017 profirió auto No. 0139 del 6 de diciembre de 2018⁹, librando mandamiento de pago por conceptos de sumas de dinero contenidas en la Resolución No. 006184 del 02 de diciembre de 2016, por la suma de \$34.878.079,00, por concepto del pago de las sumas canceladas en exceso en virtud de la Resolución N° 006124 de 2 de diciembre de 2016 más los intereses moratorios causados y las costas que se generen por el proceso.
- Indicó que presentó excepciones de mérito frente al mandamiento de pago que fueron rechazadas mediante auto No. 003 del 24 de agosto de 2021, en virtud de lo cual, se dispuso seguir adelante con la ejecución de la

⁹ Notificado a la demandante el 20 de abril de 2021.

obligación contenida en el mandamiento de pago, más intereses moratorios.

- Solicitó las medidas cautelares contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 230 del C.P.A.C.A.¹⁰, con sustento en lo siguiente:
 - i) Considera que el sustento de la medida cautelar guarda relación con las disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda que originó este proceso.
 - ii) Señaló que se busca que la jurisdicción proteja los derechos que se han vulnerado con la expedición de los actos demandados y los proferidos en el marco del proceso de cobro coactivo.
 - iii) Indica que las incapacidades son reconocidas por la Ley y que su pago corresponde al empleador y, si bien, en este caso no se discute que el INPEC cumplió con dicha obligación, el litigio versa sobre la exigencia de reembolsar sumas canceladas en exceso a la demandante, cuando estas actuaciones deben verificarse por la entidad demandada, pero ante la EPS.
 - iv) Enfatiza en que no se puede inferir mala fe por parte de la demandante, pues el error en la cancelación de las incapacidades - en caso de verificarse -, no fue producido por la actora sino por el INPEC, por lo cual, la entidad debe asumir las consecuencias de ello.
 - v) En cuanto a la suspensión provisional del proceso de cobro coactivo, indicó que:

¹⁰ En las cuales se establece:

“2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”

- No existe otro medio para conjurar la situación, lo que da lugar a su adopción, pues ya se propusieron excepciones de mérito que fueron rechazadas por la entidad y se ordenó continuar adelante con la ejecución.
- La demanda está razonablemente fundada en derecho, pues en este caso se evidencia que el INPEC desconoció las normas que regulan el cobro de incapacidades y coacciona al pago a pesar de no haberse demostrado la mala fe.
- La demandante está legitimada para llevar a juicio lo reclamado en la demanda y por ende el trámite de las medidas cautelares, teniendo en cuenta que todas las actuaciones del INPEC se han adelantado en su contra.
- En este caso se pretende la nulidad de actos administrativos de carácter particular, no general, en esta medida, no se aplica el requisito atinente a considerar que sea más gravoso negar la medida cautelar que mantenerla.
- Se ocasionaría un perjuicio irremediable al no decretarse la medida, pues se habilita al INPEC a mantener la afectación de los derechos de la demandante mediante un proceso de cobro coactivo que no halla sustento legal, por cuanto se cimenta en actos administrativos que fueron sometidos a discusión en esta jurisdicción.

2.4. Respuesta del INPEC en relación con la solicitud de medidas cautelares (Carpeta de archivos N° 005 / PDF N° 005).

El INPEC obrando mediante apoderado judicial, se pronunció sobre la solicitud de medidas cautelares en los siguientes términos:

- Indicó que en el plenario se encuentra demostrado que la demandante recibió unos dineros sin respaldo jurídico, por lo cual se presente un enriquecimiento sin justa causa a su favor y un detrimento patrimonial del Estado, lo cual viola los principios de justicia y equidad.
- Consideró que los actos demandados proferidos por el INPEC se encuentran ajustados a derecho y gozan de presunción de legalidad, en tanto no se evidencia ninguna de las causales señaladas en el art. 137 del C.P.A.C.A.
- Preciso que las medidas cautelares deben cumplir los requisitos contemplados en el art. 231 del C.P.A.C.A. y estimó que en este caso no se ha demostrado los presuntos perjuicios que se están causando a la parte actora. Añadió que la entidad demandada es acreedora de los derechos amparados en la Ley y mediante actos administrativos se ha solicitado que devuelva unos dineros que se pagaron en exceso a su favor, cuando no tenía derecho a ello.
- Expresó que lo solicitado en la medida cautelar, “no es justo, ni se enmarca del (sic) principio de la legalidad y el principio de la buena fe”, razón por la cual, solicita que se niegue lo pedido, en tanto no se está causando un perjuicio y existe por el contrario un enriquecimiento sin causa que afecta al erario público sin justificación razonable.

III. CONSIDERACIONES.

3.1. Problemas Jurídicos.

La Sala estima que deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Procede la suspensión provisional de los actos administrativos solicitados en la medida cautelar y del procedimiento y actuación administrativa consistente en el proceso de cobro coactivo No. 051/2017 adelantado por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC en contra de la accionante, que basa su recaudo en la Resolución No. 006134 del 2 de diciembre de 2016?.

- ¿Se logró demostrar en este caso, el cumplimiento del requisito que alude a la apariencia de buen derecho – *fumus boni iuris* – para el decreto de la medida cautelar?

- ¿Se acreditó el perjuicio irremediable, presupuesto para el decreto de las medidas cautelares requeridas?

3.2. Tesis

La tesis que defenderá la Sala es que hay lugar a conceder la medida cautelar de suspensión provisional solicitada pues, se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales que así lo sustentan.

Por otro lado, en cuanto a la solicitud de suspensión provisional del proceso de cobro coactivo, resulta claro que ante el decreto de medida cautelar respecto a los actos que conforman el título ejecutivo, la consecuencia legal es la prevista en el numeral 1 del art. 101 del C.P.A.C.A.

IV. ARGUMENTACIÓN

4.1. Pruebas que obran en el expediente del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho¹¹

¹¹ Se hace una relación de las pruebas allegadas con la demanda. Se destaca que no se allegó el expediente administrativo de la actuación por parte del INPEC con la contestación de la demanda (páginas 80 a 86 - PDF N° 001), deber que se impone en el parágrafo 1 del art. 175 del C.P.A.C.A. y tampoco se decretaron pruebas adicionales en la audiencia inicial (páginas 107 a 112 - PDF N° 001).

- **Certificado expedido por COOMEVA EPS que da cuenta de las incapacidades generadas a nombre de la demandante**, que se le han transcrito desde el **primero (01) de enero de 2012 hasta el treinta (30) de julio de 2015** (página 19 -PDF 001) del cual se destaca la siguiente información:
 - Se concedieron incapacidades por algunos días (entre 1 y 8 días) entre el 10 de abril de 2012 y el 19 de diciembre de 2012 y entre el 25 de enero de 2013 y el 30 de mayo de 2013. Se resalta que dichas incapacidades no fueron continuas.
 - Se registran incapacidades continuas desde el 9 de julio de 2013 hasta el 29 de abril de 2015.
 - Se registra que las incapacidades se generaron por **enfermedad general**.
- **Certificados de incapacidad expedidos por COOMEVA, correspondientes a los meses de julio de 2013 a 31 de octubre de 2014**. Se indica un IBC de \$1.752.000, pero no se precisa si esa suma es la que finalmente se paga a la demandante por concepto de incapacidad o si es el salario que devengaba (páginas 20 a 32 del PDF N° 001).
- **Incapacidades médicas expedidas por el Hospital San Rafael desde el 9 de julio de 2013 hasta el 31 de enero de 2015**, concedidas a la demandante por **enfermedad general**, en las que se registra como diagnóstico **“trastorno mixto de ansiedad y depresión”** y **“otros trastornos afectivos bipolares”** (páginas 33 a 43 - PDF N° 001). También se allegó incapacidad expedida por la IPS Los Ángeles el 20 de enero de 2015 desde el 1 de febrero de 2015 hasta el 30 de marzo de 2015, con la anotación de concedida por **“psiquiatría”** y **“prorrogable”** (páginas 44 - PDF N° 001)

- **Resolución No. 001172 del 15 de marzo de 2016, -acto acusado-** por la cual se efectúa reconocimiento de servicios personales (páginas 45 a 47 – PDF N° 001). Se destaca lo siguiente:

- La demandante fue retirada del servicio del cargo de profesional universitario que desempeñaba en provisionalidad, mediante Resolución N° 002674 del 27 de julio de 2015.
- El **04 de enero de 2014**, la accionante cumplió 180 días de incapacidad continuas, por lo cual se tiene en cuenta esa fecha para efectos de liquidar prestaciones sociales adeudándose prima vacacional, indemnización de vacaciones y bonificación por recreación en el periodo que va del 20 de agosto de 2013 y el 4 de enero de 2014.
- Que el valor correspondiente se liquidó con una **asignación básica mensual de \$1.887.093 y asciende a la suma de \$978.582.**
- Que a la demandante se le adeudan unas sumas por concepto de bonificación por servicios, prima de servicios y prima de navidad¹² que se cancelaran por el rubro de vigencias expiradas una vez exista disponibilidad presupuestal.
- **Que a la señora Carmen Mesías, se le canceló mayor valor por nómina en liquidación de incapacidades, por una suma de \$6.614.557, que se descontarían de la liquidación de acuerdo con el procedimiento PA21-024-02, valor que debe reintegrarse al Ministerio de Hacienda.**
- Se decide: i) ordenar el pago de \$978.582 a la demandante; ii) descontar el anterior valor por concepto de liquidación de incapacidades y tener en cuenta lo adeudado por concepto de bonificación por servicios, prima de servicios y prima de navidad para realizar el respectivo descuento cuando se ordene el pago; iii) se **indica como saldo a favor de la entidad, un valor definitivo de \$4.878.079 a cargo**

¹² Las sumas que se indican en el acto ascienden a un valor total de \$757.916 (\$245.846 - bonificación por servicios + \$488.650 - prima de servicios + \$23.420 - prima de navidad).

de la demandante para pagarse en un plazo de 30 días desde la notificación del acto, de lo contrario, se advierte que se adelantará proceso de cobro coactivo por dicha suma.

- Contra la decisión cabe reposición.
-
- **Resolución No. 006184 del 2 de diciembre del 2016- acto acusado-**, por la cual se efectúa un reconocimiento de pago pasivos exigibles vigencias expiradas (páginas 48 y 49 - PDF N° 001). Se destaca:
 - Que se adeudan los valores correspondientes a bonificación por servicios, prima de servicios y prima de navidad a la demandante por una suma de \$757.916
 - Que el valor respectivo se liquidó con una asignación básica mensual de \$1.887.093.
 - Que a la señora Carmen Mesías le fueron cancelados valores sin tener derecho a estos, cuyo valor ascendía a \$6.614.577 y que efectuando el descuento en la resolución 001172 de 2016 frente al valor reconocido, adeuda a favor de la entidad \$ 5.635.995.
 - En virtud de lo anterior resuelve: i) ordenar el pago de \$757.916 por concepto de bonificación por servicios, prima de servicios y prima de navidad; ii) descontar este valor y reintegrarlo al Ministerio de Hacienda; iii) **gestionar el cobro de la diferencia, es decir \$4.878.079 y ordena a la demandante, hacer el pago en el lapso de 30 días siguientes a la notificación, so pena de adelantar cobro coactivo por esa suma.**
 - No se consignan recursos contra este acto.
-
- **Recurso de reposición presentado frente a la Resolución No. 001172 del 15 de marzo de 2016 y Resolución No. 006184 del 2 de diciembre del 2016** (página 54 - PDF N° 001). Expone como motivos de inconformidad, entre otros, los siguientes:

- **Que el INPEC siempre canceló sumas correspondientes al 66.5% y 50% del salario y nunca la totalidad.**
 - Que el cobro que se le hace a la accionante debe hacerse ante COLPENSIONES, que es la entidad a la cual se encuentra afiliada.
 - **Que las incapacidades corresponden a pagos que efectuaron con anterioridad a 3 años, por lo que ya operó el fenómeno de la prescripción.**
 - Por lo que solicita se revoken las Resoluciones No. 001172 de 2016 y 006184 de 2016, y que el valor que se cobra se realice ante COLPENSIONES.
- **Resolución No. 001884 del 15 de junio de 2017** por la cual se resuelve recurso de reposición contra las Resoluciones Nos 001172 de 15 de marzo de 2016 y 006184 del 2 de diciembre de 2016 (páginas 50-53 - PDF 001). Se destaca lo siguiente:
- Cita como normas aplicables en el caso de la incapacidad por enfermedad no profesional, lo dispuesto en normas tales como la Ley 100 de 1993; el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969.
 - Indica que a la demandante le fueron pagaron mayores valores por concepto de incapacidad en un total del 100% durante 180 días, contrario a lo que indica la norma.
 - No se realizaron descuentos en un porcentaje del 33.33% y 50% por concepto de auxilio monetario por incapacidad de origen común. No especifica en cuáles incapacidades no se aplicó tal descuento.
 - Que el valor adeudado implicó el descuento de los haberes prestacionales causados, los cuales resultaron insuficientes para pagar la suma, **quedando un saldo de \$4.878.079, que en el caso de no ser cancelados deberá remitirse los actos administrativos para el trámite de cobro caótico y acción disciplinaria a que haya lugar, por lo que resuelve confirmar los actos objetos del recurso.**

- En cuanto a la prescripción, afirma que, la ex funcionaria cumplió los 180 días de incapacidad el **4 de enero de 2014**, sin que desde esa fecha hasta la expedición de la **Resolución 1172 del 15 de marzo de 2016**, hubiesen transcurrido 3 años o más, por lo que no se configuró dicho fenómeno extintivo.
- **Oficio de cobro persuasivo No. 2850 del 27 de septiembre de 2017** emitido por el INPEC (páginas 55-56 - PDF N° 001) de la cual se destaca:
- Que con base a el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 4151 de 2011 y Resolución del INPEC No. 2122 de 2012, correspondientes al cobro coactivo, se informa a la señora Carmen Mesías que registra una deuda con la entidad por concepto de intereses y sanción por un total de \$5.769.086.
 - Que al no realizar al pago se debe aplicar el artículo 634 del Estatuto Tributario, por lo cual solicitan a la accionante que realice el pago de la suma adeudada.
 - Que, al no cumplir el pago, se continuara con el proceso de cobro coactivo profiriendo el mandamiento de pago y decretando las medidas cautelares que haya lugar.
- 1) Documentos que se allegaron con el escrito de medida cautelar, relativos al proceso de cobro coactivo adelantado por el INPEC contra la demandante (carpeta N° 005 - PDF N° 001):**
- **Auto. No. 0139 del 06 de diciembre de 2018, por medio del cual se libró mandamiento de pago dentro del proceso de cobro coactivo No. 051 de 2017.** (Carpeta 005 / PDF 001 - páginas 9 y 10) del cual se destaca que:
- Que la demandante se le realizaron pagos de más como empleada de la entidad, por un valor de \$4.878.079,00, de acuerdo a lo indicado en **Resolución N° 006184 de 2 de diciembre de 2016.**

- De acuerdo a la constancia expedida por la entidad, el referido acto quedó ejecutoriado el 8 de febrero de 2017.
 - Que conforme a lo dispuesto en la Ley 1066 de 2006, el artículo 98 del CPACA y los arts. 823 a 843 del Estatuto Tributario - Decreto 624 de 1989, el INPEC está facultado para adelantar procesos administrativos de cobro coactivo.
 - Que de acuerdo con el artículo 99 del CPACA y los artículos 826 y siguientes del Decreto 624 de 1989, es procedente librar mandamiento de pago dentro del proceso de cobro coactivo.
 - Libra mandamiento de pago a cargo de la señora Carmen Mesías Guerrero, dentro del proceso de cobro coactivo No. 051/2017, por la suma de \$4.878.079,00 y los intereses moratorios causados hasta el pago total de la deuda.
 -
- Oficio con fecha de 20 de abril de 2021, por el cual se notifica el auto que libra mandamiento de pago (páginas 11 y 12 - PDF N° 001 / Carpeta 005)
 - **Excepciones de mérito presentadas por la parte accionante el 18 de mayo de 2021** (Carpeta 005 / PDF 001 - páginas 14-20) En cuanto a las excepciones propuestas, argumenta lo siguiente:
 - 1- **Falta de ejecutoria del acto administrativo que soporta el cobro jurídico:** indica que el acto administrativo que sustenta el cobro, no se encuentra en firme, máxime que en la primera instancia fue declarado nulo. Agrega que, conforme al art. 829 del Estatuto Tributario, un acto se considera ejecutoriado cuando las acciones de restablecimiento del derecho se hayan decidido de forma definitiva.
 - 2- **Falta de requisitos para que el título aducido contenga una obligación actualmente exigible:** Señala que el acto administrativo

que sirve de fundamento para el cobro coactivo no resulta exigible, pues la obligación contenida es objeto de decisión en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y que en la primera instancia ya fue declarado nulo.

- 3- **Prescripción de las obligaciones cobradas:** Agrega que las obligaciones laborales prescriben en el término de 3 años, según la regulación contenida en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, normativa exigible para los empleados públicos, así las cosas, agrega que si bien el proceso inicio en 2018, la señora Carmen Mesías fue notificada luego de 3 años de haber expedido el acto administrativo acusado.
 - 4- **Buena fe:** Manifiesta que, al recibir los valores cancelaron la accionante actuó de buena fe, que no se ha desvirtuado en el proceso
 - 5- **Innominada:** Dice que sustentada en hechos que pueden figurarse como excepción en la tramitación del proceso.
- **Auto No. 003 del 24 de agosto de 2021, por medio del cual se ordena seguir adelante con la ejecución** (páginas 22 a 33 - Carpeta 005 / PDF 001). Se resalta lo siguiente:
- En relación con la **falta de ejecutoria del acto administrativo que soporta el cobro jurídico**, aclaró que los actos expedidos por el INPEC en ejercicio de sus funciones no tienen carácter tributario. Indicó que en relación con la firmeza de los actos administrativos debe acudirse a lo normado en el C.P.A.C.A., no a lo dispuesto en el Estatuto Tributario, pues la aplicación de este último es de carácter excepcional y siempre que no se encuentre regulación en el CPACA de forma preferente.

- Consideró que según lo dispuesto en el art. 87 del C.P.A.C.A., los actos demandados se encuentran debidamente ejecutoriados y en firme, de manera que pueden ejecutarse de inmediato, conforme lo señalado en el art. 89 del mismo estatuto.
- Añadió que, si bien existe un proceso judicial activo en el que se controvierte la juridicidad de los actos base del proceso coactivo, ello no impide que este último pueda adelantarse, al tenor de lo dispuesto en el art. 101 del C.P.A.C.A.
- Precisa que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se debate la legalidad de los actos acusados que originan el proceso de cobro coactivo, comporta *“una resistencia procesal sobre el contenido del título que deja la continuidad de la acción subordinada al resultado final de las diligencias judiciales, pero no implica su terminación definitiva”*, lo cual significa que la administración mantiene las facultades coactivas sobre los actos demandados, respecto a las cuales existe una causa litigiosa abierta y se encuentran supeditados al resultado del proceso judicial.
- Expresó que los medios de defensa dispuestos en el proceso de cobro coactivo son las excepciones previstas en el art. 831 del Estatuto Tributario, sin que haya lugar a la interposición de otros medios defensivos para enervar el mandamiento de pago y reiteró que en este caso los actos que sirven de base para el proceso de cobro coactivo se encuentran ejecutoriados conforme las normas del C.P.A.C.A.
- Consideró que en este caso no se presenta prescripción. Al respecto, señaló que debe diferenciarse la prescripción de la acción de cobro coactivo y la prescripción de las acreencias laborales y que esto último

no puede reclamarse como excepción al mandamiento de pago. Preciso que, para efectos procesales del cobro, las obligaciones contenidas en los actos demandados no tienen una naturaleza laboral o de seguridad social sino únicamente de ejecución.

- Por último, en relación con la buena fe, señaló que no está regulado como medio exceptivo en el art. 831 del Estatuto Tributario, por lo que se rechaza de plano.

4.2. Medidas cautelares - requisitos formales y sustanciales.

4.2.1. Requisitos generales o de procedibilidad.

Así entonces, previo el análisis de fondo de la solicitud, se considera necesario aludir a los requisitos que se han de cumplir desde el punto de vista formal, previstos en los artículos 229 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los que se mencionan a continuación:

- Iniciativa: está restringida a petición de parte debidamente sustentada.
- Límite temporal: desde la presentación de la demanda **y en cualquier estado del proceso** (art. 233 del C.P.A.C.A.).
- Clase de proceso: declarativo (Art. 229 C.P.A.C.A.).
- Conexidad: la medida debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (art. 230 del C.P.A.C.A.).
- Garantías: como regla general, el solicitante debe otorgar caución con el fin de garantizar los perjuicios que puede ocasionar con la práctica de la medida cautelar, en cuyo caso, el operador judicial determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la misma.
- Trámite (art. 233 del C.P.A.C.A.): recibida la solicitud de medida cautelar, en auto separado se ordena correr traslado a la contraparte.

De dicho trámite se exceptúan las medidas cautelares de urgencia (art. 234 C.P.A.C.A.).

Aplicado lo anterior al caso de estudio, observa el despacho que los anteriores requerimientos fueron cumplidos a cabalidad, así:

- ❖ La solicitud de medidas cautelares se presentó con posterioridad a la admisión del recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia por parte del INPEC, en esta Corporación (Carpeta de archivos N° 005 - PDF N° 001).

Cabe anotar que el art. 233 es claro al indicar que la solicitud de medidas cautelares se puede presentar desde el inicio de la demanda y en cualquier estado del proceso. Ahora, como en este caso no se ha proferido sentencia de segunda instancia, ello implica que se trata de un proceso activo, en el cual la parte actora válidamente puede efectuar la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados.

- ❖ Se trata de un proceso de carácter declarativo (nulidad y restablecimiento del derecho).
- ❖ La cautela solicitada (suspensión provisional de los actos acusados - Carpeta de archivos N° 005 - PDF N° 001) tiene relación directa con las pretensiones de la demanda (página 5 - PDF N° 001).
- ❖ Se realizó la notificación personal del auto que corre traslado de la solicitud de medida cautelar al correo de notificaciones judiciales del INPEC (carpeta N° 005 - PDF N° 002, 003 y 004), razón por la cual el término para contestar la medida corrió entre los días 15 y 17 de noviembre de 2022 (teniendo en cuenta que se trata de una medida que se presenta en el curso del proceso, el término de traslado son tres días acorde a lo normado en los arts. 233 del CPACA y 110

del C.G.P.), presentándose la contestación el 15 de noviembre de 2022 (Carpeta de archivos N° 005 / PDF N° 005), es decir, dentro del término previsto para el efecto.

- ❖ No es necesaria la caución ya que se requiere la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos.

4.2.2. Requisitos de fondo para el decreto de la medida cautelar.

De manera general, es posible afirmar que los requisitos de fondo para que proceda la medida, dependen de la clase de cautela que se solicite y el medio de control que se utilice, a saber:

1.- Medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo o medida negativa en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se deben cumplir los requisitos del inciso 1º del precitado artículo 231, esto es, que el acto transgreda una norma superior, pero, además, la acreditación sumaria del perjuicio.

En relación con el requisito de la acreditación sumaria de un perjuicio, tratándose de medidas cautelares que se solicitan para la suspensión de los efectos de un acto administrativo, es pertinente señalar que el Consejo de Estado, en providencia del 7 de febrero de 2019¹³, enfatizó en la necesidad de probar al menos sumariamente la existencia de un perjuicio además de verificarse una violación de las normas superiores invocadas:

“6.3.3.- Requisitos de Procedencia Específicos de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo. La Sala los denomina

¹³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección B - Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez - Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Expediente: 05001-23-33-000-2018-00976-01 (5418-2018) Tipo de proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES - Demandadas: Mercedes Judith Zuluaga Londoño / Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) - Decisión: Revocar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

*«requisitos de procedencia específicos» porque se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas, a modo enunciativo, en la Ley 1437 de 2011.¹⁴ Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado – medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda¹⁵ así: (a) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud;¹⁶ y (b) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas **debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios.**¹⁷*

2.- Medidas cautelares prestacionales o positivas, en nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, las que como se ha argumentado deben estar precedidas de la petición de suspensión provisional del acto, en cuyo caso será necesario acreditar los requisitos del inciso 1º del prenombrado artículo 231, más las condiciones prescritas en su 2º inciso, con la salvedad que los últimos subsumirían a los primeros en tanto el análisis de los criterios de “apariencia de buen derecho y juicio de ponderación”, equivalen al estudio acerca de la legalidad del acto.

En ese sentido, el artículo 231 del C.P.A.C.A. determina como requisitos para que la medida proceda, los siguientes que la Sala pasa a analizar:

¹⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

¹⁵ Por esta razón en el acápite de antecedentes de esta providencia se hizo alusión al medio de control ejercido por el demandante y a las pretensiones de la demanda, toda vez que el legislador en la Ley 1437 de 2011 puso estos como elementos determinantes para el tipo de requisitos que el juez debe analizar al momento resolver sobre el decreto de la medida cautelar.

¹⁶ Artículo 231, inciso 1º, Ley 1437 de 2011.

¹⁷ Artículo 231, inciso 2º, Ley 1437 de 2011.

1.- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

1.1. Normas que regulan el pago de incapacidades.

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y la solicitud de medidas cautelares versa sobre el supuesto pago irregular de unas incapacidades a la señora Carmen Mesías Guerrero, en el sentido que se pagaron en una suma superior a la que legalmente correspondía, razón por la cual, es menester aludir a las normas que rigen esta situación y que se encontraban vigentes para la época en que se causaron, es decir, entre los años **2012 a 2015**.

Al respecto, se observa que el art. 206 de la Ley 100 de 1993 - por el cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones - establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157¹⁸, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas

¹⁸ **ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. <Ver Notas del Editor> <Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15> Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias*, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, ~~los discapacitados~~ <persona en situación de discapacidad>, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. (...)” (Negritas propias).

Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

Por otra parte, el art. 40 del Decreto 1406 de 1999, prevé lo siguiente:

“ARTICULO 40. INGRESO BASE DE COTIZACION DURANTE LAS INCAPACIDADES O LA LICENCIA DE MATERNIDAD. <Artículo compilado en el artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4.1.1 del mismo Decreto 780 de 2016> Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, **se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.**

<Inciso 2o. NULO>

<Ver Notas del Editor> En el evento de incapacidad derivada de **riesgo común** o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones **serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.**

Serán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y

Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.

En ningún caso el Ingreso Base de Cotización que se establece para los eventos que contempla el presente artículo podrá ser inferior a las bases mínimas de cotización que la Ley establece para los diferentes riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral.

PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013¹⁹. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

¹⁹ Acota la Sala que algunas de las incapacidades de la demandante tuvieron lugar en el año 2013, de acuerdo a la relación de pruebas efectuada.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado". (Negrillas propias).

El Decreto Ley 407 de 1994 - "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario", establece en su art. 167 lo siguiente:

"ARTÍCULO 167. INCAPACIDADES. Se reconocerán las incapacidades generadas por ***enfermedad general***, enfermedad profesional, accidente de trabajo y maternidad, ***de conformidad con las disposiciones generales sobre la materia.***

PARÁGRAFO. La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

Cuando la incapacidad excede de ciento ochenta (180) días, el empleo será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas que determina la ley."

La norma señala que el tiempo que dure la licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio, por lo tanto, durante la incapacidad del empleado, se le deben pagar las prestaciones del caso **con base al último salario devengado**, sin que para el cálculo de las prestaciones se descuente el tiempo que hubiere estado el empleado incapacitado.

Una vez superados los 180 días de incapacidad, el empleado será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas que determina la Ley.

De otra parte, el Decreto-Ley 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, señala:

“ARTÍCULO 18. AUXILIO POR ENFERMEDAD. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social le pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

PARÁGRAFO. La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días el empleado o trabajador será retirado del servicio y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este decreto determina.” (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el Decreto 148 de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, establece:

“ARTÍCULO 9. PRESTACIONES. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a. Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, **hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario, durante los primeros noventa (90)**

días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y

b. Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario.”

De conformidad con el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, el empleado incapacitado tendrá derecho al pago de un subsidio en dinero correspondiente a un salario completo durante ciento ochenta días (180), cuando la enfermedad fuere profesional y a las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuere profesional.

Cabe anotar que la incapacidad por enfermedad no suspende el contrato de trabajo, es decir, el empleador deberá continuar efectuando los respectivos aportes en salud y pensiones de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 40 de Decreto 1406 de 1999²⁰.

1.2. Pago de lo no debido. Principio de la buena fe y el de no alegar su propia culpa.

De regreso al caso, se tiene que, el INPEC asumió el pago de las incapacidades a la demandante, afirmación que se sustenta en los actos acusados y que no ha sido desvirtuada por la demandante.

No obstante, en los actos acusados también se afirma que, dicho pago superó los topes legales, esto es, se hizo en exceso.

²⁰ Extraído del concepto N° 439771 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública - Radicado No.: 20206000439771 - Fecha: 15/09/2020 11:37:46 a.m. Suscrito por ARMANDO LÓPEZ CORTES - Director Jurídico.

Ahora bien, en cuanto al pago de sumas adicionales que se paguen por parte del empleador, se configuraría un “pago de lo no debido”, pues se habrían cancelado valores a los que el trabajador no tendría derecho.

En relación con el pago de lo no debido, la Corte Constitucional en sentencia T-737 de 2012 ha señalado lo siguiente:

“(…) ii) El “pago de lo no debido” según el artículo 2313 del Código Civil, se configura cuando una persona que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, y por ello le surge el derecho a repetir por lo pagado. Ese pago de lo no debido incluye aún lo pagado por error de derecho cuando el pago no tenía fundamento en una obligación ni siquiera puramente natural...”

En relación con el pago de lo no debido, también es pertinente traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia²¹, según la cual debe existir un pago, que carece de fundamento jurídico real o presunto o que obedezca a un error de quien lo hace, ya sea de hecho o de derecho, veamos:

*«Bien se sabe que el pago de lo no debido constituye en el fondo una aplicación concreta y particular del principio universalmente admitido del **enriquecimiento injusto**, y se haya perfectamente regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, dentro del título que el Código Civil denomina de los Cuasicontratos. La Corte ha admitido expresamente que la actuación de repetición por el pago de lo no debido constituye una especie de género de enriquecimiento injusto, solo que por aparecer el disciplinado en la ley, se tiene una precisión acerca de los límites necesarios que moldean su ámbito de acción, conociéndose perfectamente cuáles son sus elementos estructurales o axiológicos.*

²¹ Corte Suprema de Justicia - Sentencia de noviembre 15 de 1991, citada en concepto del Departamento de Función Pública N° Radicado No. 20226000234141 - Fecha: 28/06/2022 04:22:47 p.m. Bogotá D.C. - Referencia: REMUNERACIÓN. Auxilio de Transporte y Subsidio de Alimentación. Radicado No. 20229000194952 de fecha 09 de mayo 2022.

Así, de manera general puede señalarse que está habilitado para la repetición quien demuestre que hizo un pago al demandado, sin ninguna razón jurídica que lo justifique, ni siquiera la preexistencia de una obligación meramente natural...”

“Compendiando lo anterior, ha de decirse que el buen suceso de la acción de repetición del pago indebido, requiere básicamente de los siguientes elementos:

“a. Existir un pago del demandante al demandado.

“b. Que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto.

“c. Que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aun cuando el error sea de derecho.»

En este orden, bien puede hablarse del deber de devolución del pago de lo no debido a favor de la administración, así las cosas, si se ha hecho un pago por error, surge el derecho a obtener la devolución de lo equívocamente pagado.

La anterior argumentación sería suficiente para afirmar que, se mantendría la presunción de legalidad del acto acusado, en tanto, al haberse pagado en exceso, le asiste el derecho al acreedor de cobrar lo adeudado y de contera, no habría lugar a acceder a la cautela deprecada. No obstante, ese derecho al parecer solo podría afirmarse – al menos por ahora- respecto a la suma que, en efecto, se canceló superando los porcentajes de ley, más no con relación a los intereses. En efecto, en relación a este último aspecto, es necesario acudir a la buena fe y al principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Con relación a la buena fe, en la sentencia C-544/94, de la Corte Constitucional dijo:

"Dispone el artículo 83 de la Constitución:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.

La buena fe ha sido desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. **En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse.** Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista, el artículo transcrito parecería inútil. ¿Por qué se incluyó en la Constitución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió:

"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta

Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Alvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero. Pág 3).

"Claro resulta por qué la norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas".

"Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Naturalmente, es discutible si el hecho de consagrar en la Constitución la regla de la buena fe, contribuya a darle una vigencia mayor en la vida de relación, o disminuya la frecuencia de los comportamientos que la contrarían".

Respecto al segundo principio citado, es aplicable cuando la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa.

Aplicadas las anteriores directrices al caso en comento, hasta el momento, la autoridad no ha acreditado que la demandante actuará de mala fe al recibir la sumas que en exceso, afirma se desembolsaron, es más en ninguno de los actos acusados se hace mención a alguna circunstancia que pudiese llevar a establecer dicho proceder por parte de la actora, quien además se encontraba incapacitada, es decir, enferma. Así mismo, en los actos acusados, se acepta por parte de la demandada que se incurrió en error al generar el pago, no obstante lo cual, la entidad no se limita a cobrar la suma adeudada, sino que, en el proceso de cobro coactivo, se están persiguiendo los intereses.

1.3. Carga de claridad. Deber de la autoridad de motivar suficientemente.

Por otro lado, la parte actora también alega que en ninguno de los actos acusados se indica el mes en que se canceló más de lo debido por concepto de incapacidades y cuál era el valor pagado en exceso.

Al respecto, leídos los actos acusados, si bien se indica una suma global que es la que se supone que a la actora le fue pagada en exceso, lo cierto es que, no se discriminan ni detallan los siguientes aspectos:

- La duración de cada una de las incapacidades que le fueron otorgadas a la demandante.
- La forma en que se contabilizaron los 180 días de incapacidad²².
- El cálculo que se efectuó a fin de establecer la suma adeudada por la demandante.

Es claro que la Administración debe motivar los actos que profiere, no siendo suficiente con señalar unas consideraciones generales, sino que, es menester que, se expliquen las razones específicas de la decisión, puesto que, solo de esta forma, es viable para el administrado controvertirlo. En este caso, como ya se dijo, en los actos acusados, no se especifican las razones que sustentan la decisión.

Así las cosas, la conjunción de estos tres elementos, llevan a concluir que, al menos por ahora, existe la apariencia de buen derecho, sin que ello, se advierte implique un prejuzgamiento.

²² Sobre este punto, es necesario referirse al artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el Decreto 1333 de 2018 que regula la prórroga de las incapacidades derivadas de enfermedad común que existe cuando se expide una incapacidad posterior a la inicial, generada por la misma enfermedad o guarde relación con ésta, y no podrá afectarse su continuidad cuando la misma no supere los 30 días calendario, observemos: *“Artículo 2.2.3.2.3 Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), **siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario.**” (Negrillas propias).* Corolario de lo expuesto, si la prórroga de la incapacidad supera los 30 días calendario, se cuentan de nuevo los términos.

2. Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

La demandante acreditó que es la obligada a devolver las sumas pagadas en exceso. Así mismo, al menos por ahora, no se ha demostrado que su actuar haya sido de mala fe.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. 4. Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable.

De acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, en contra de la actora cursa en este momento un proceso coactivo, dentro del cual, se han adelantado la mayoría de sus etapas y resta proceder a la investigación de los bienes que posee la demandante, para imponer medidas cautelares.

En el contexto relatado, resulta evidente que, de negarse las medidas cautelares pretendidas en esta ocasión, se causa un perjuicio irremediable a la parte actora, puesto que, el proceso coactivo continuará su curso irremediable y de contera, procederá el embargo de sumas que para el momento de librar mandamiento de pago ya alcanzan la cantidad de \$ 34.878.079,00.

Por el contrario, al concederse la cautela, si bien en virtud de lo dispuesto en los artículos 91 numeral 1o y 101 numeral 1º del CPACA, no será posible que el INPEC continúe con el proceso de cobro coactivo, lo cierto es que, en caso de que la sentencia sea finalmente desestimatoria de las pretensiones, la entidad demandada podrá reiniciar el trámite incluyendo los intereses respectivos, así mismo, en virtud del art. 240 del CPACA, si la cautela que ahora se decretará es revocada en el curso del proceso o se llega a un resultado adverso a la parte

actora, el INPEC podrá adelantar en contra de la señora Carmen Mesías Guerrero, incidente de responsabilidad por los perjuicios causados.

Por las razones antes expuestas la Sala considera que hay lugar a conceder la medida cautelar solicitada de suspensión provisional de los siguientes actos, que corresponden a los que fueron demandados en este asunto:

- Resolución No. 001172 del 15 de marzo de 2016, por la cual se efectúa reconocimiento - servicios personales.
- Resolución No. 006184 del 2 de diciembre del 2016 por la cual se efectúa un reconocimiento - pago pasivos exigibles vigencias expiradas.
- Resolución No. 001884 del 15 de junio de 2017 por la cual se resuelve recurso de reposición contra las Resoluciones Nos 001172 de 15 de marzo de 2016 y 006184 del 2 de diciembre de 2016.

V. Suspensión del proceso de cobro coactivo.

En lo que respecta a la solicitud de suspensión del procedimiento y actuación administrativa consistente en el proceso de cobro coactivo No. 051/2017 adelantado por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC en contra de la accionante, cabe reiterar que, conforme al artículo 101 numeral 1o al decretarse la suspensión provisional de los actos que constituyen el título ejecutivo, la entidad no podrá continuar con el procedimiento administrativo de cobro coactivo, en ese orden de ideas, lo solicitado es la consecuencia de la suspensión provisional que se decretará, siendo innecesario proceder a ordenar lo que se encuentra establecido en la ley.

Por los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal Administrativo de Nariño, en Sala Unitaria de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la solicitud de medida cautelar formulada por la apoderada de la parte demandante, para que se suspendan en forma provisional, los efectos de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 001172 del 15 de marzo de 2016, por la cual se efectúa reconocimiento - servicios personales.
- Resolución No. 006184 del 2 de diciembre del 2016 por la cual se efectúa un reconocimiento - pago pasivos exigibles vigencias expiradas.
- Resolución No. 001884 del 15 de junio de 2017 por la cual se resuelve recurso de reposición contra las Resoluciones Nos 001172 de 15 de marzo de 2016 y 006184 del 2 de diciembre de 2016.

SEGUNDO.- Notifíquese de la presente providencia por inserción en estados electrónicos de conformidad con el artículo 201 del C.P.A.C.A. y por mensaje dirigido al correo electrónico de las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
Magistrada

Firmado Por:

Sandra Lucia Ojeda Insuasty

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De Nariño - Nariño

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **db941bc52779ab287d96604976a6fd4ae36cdf11b1e24f01e1ebd45a74388b21**

Documento generado en 30/11/2022 08:51:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>