



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 13 DIC 2018,

MEDIO DE CONTROL: EJECUTIVO

DEMANDANTE: LUZ ESPERANZA HUIZA FLECHAS

**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

RADICACIÓN: 15238333300120170029301

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutante en contra del auto proferido el veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante el cual libró mandamiento de pago en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dentro del proceso de la referencia.

Conforme el Artículo 438 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., *el mandamiento ejecutivo no es apelable, pero si lo es el auto que lo niegue total o parcialmente*, y como en el presente caso estamos ante un mandamiento de pago inferior al solicitado en la demanda, se concluye que existió una negativa parcial y por tanto se procederá a hacer el respectivo control de legalidad.

II.- LA PROVIDENCIA APELADA

Se trata de la providencia dictada el veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama (fl. 37-40) libró mandamiento de pago por unas sumas inferiores a las solicitadas en la demanda ejecutiva. Para arribar a dicha conclusión el a-quo señaló, en primer lugar que, en el presente asunto el título ejecutivo esta conformado por la sentencia de fecha 25 de junio de 2013, por el acto administrativo mediante el cual la entidad dio cumplimiento a dicha providencia, esto es, la Resolución No. 00292 del 15 de julio de 2014 y por el auto de fecha 5 de septiembre de 2013, mediante el cual se aprobó la condena en costas.

El Juez de instancia procedió a realizar una liquidación, concluyendo que, el valor de las diferencias entre las mesadas pensionales luego de hacer el reajuste ordenado en la sentencia, con la correspondiente indexación, y aplicando el descuento a salud hasta la fecha de ejecutoria es por valor de \$5.194.932, y, la diferencia entre las mesadas pensionales, en los mismos términos, generadas desde la ejecutoria de la sentencia y hasta la inclusión en nomina es de \$2.044.231.

Afirmó que teniendo en cuenta que la solicitud de cumplimiento de la sentencia por parte del ejecutante fue presentada ante la entidad el 10 de febrero de 2014, fue por fuera del termino de los 3 meses de que trata el artículo 192 del C.P.A.C.A., por lo que se suspendió la causación de intereses desde el 9 de noviembre de 2013 y el 9 de febrero de 2014, por lo que por este concepto considerò que se generaron las sumas de \$82.499 desde el 8 de agosto al 9 de noviembre de 2013, \$121.159 desde el 10 de febrero al 9 de junio de 2014, y desde el 10 de junio al 31 de agosto de 2014 se causaron intereses moratorios a la tasa comercial certificada por la suma de \$408.067, para un total de \$611.726 por concepto de intereses moratorios hasta la fecha de inclusión en nomina. Por lo que afirmó que de acuerdo a lo anterior el valor de la condena asciende a la suma de \$7.850.888.

Afirmó que, de acuerdo con lo indicado en la resolución de cumplimiento, la entidad pago las sumas de \$6.490.988.24, por concepto de diferencias en las

mesadas, una vez aplicado el descuento a salud del 12%, \$166.434 por concepto de indexación, y \$825.469 por concepto de intereses moratorios, para un total de \$7.482.891.24. Por lo que concluyó que el saldo a favor del ejecutante es de **\$367.997.10**, suma por la que libró el mandamiento de pago.

Así mismo, libró mandamiento de pago por la suma de **\$719.851** por concepto de las costas procesales, conforme al auto fechado el 5 de septiembre de 2013 y la liquidación del 21 de agosto de 2013.

Finalmente indicó que frente a dichas sumas de dineros no se disponía el pago de intereses moratorios, pues al ser saldos insolutos derivados de sentencia judicial, los mismos no se generaban (fl. 37-40).

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Como fundamento del recurso el apoderado judicial de la parte ejecutante sostuvo que la liquidación realizada por el A – quo es errada, en primer lugar por que la misma hace el descuento a salud sobre cada mesada como si se hubiera cancelado oportunamente en el mes, y por tanto ese descuento no se puede hacer porque el pago fue acumulado. Indica que al descontar el aporte para salud sobre cada mesada “como si hubiera pagado oportunamente”, el descuento impacta sobre el valor de la diferencia de las mesadas adeudadas, sobre la indexación y los intereses moratorios.

Refirió que la indexación debe hacerse como lo ordenó la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión, es decir, sobre las diferencias de las mesadas adeudadas, desde la fecha que se hizo exigible a la fecha de la ejecutoria, y no sobre el valor neto a pagar en cada mes, una vez descontado el aporte a salud.

Indica que la forma correcta de liquidar es como lo hizo la entidad en donde el descuento en salud lo efectuó una vez abonó las mesadas adeudadas y no anticipadamente (mes a mes) como lo liquido erradamente el juzgado (sic).

Consideró finalmente que el Juez a quo olvido librar el mandamiento de pago por las mesadas adeudadas desde la fecha de la ejecutoria hasta la fecha que se haga efectivo el pago o la inclusión en nomina de pensionados. (fl. 42-44).

IV. CONSIDERACIONES

4.1.- Problema Jurídico

El problema jurídico en el sub judice se contrae a determinar si la providencia mediante la cual se libró mandamiento de pago dentro del proceso de la referencia se encuentra ajustado a derecho, teniendo en cuenta que la liquidación que la soporta efectuó el descuento a salud por cada mesada, y si el Juez A-quo omitió librar mandamiento de pago por las mesadas adeudadas desde la fecha de la ejecutoria hasta la fecha que se haga efectivo el pago o la inclusión en nomina de pensionados.

4.2.- De los descuentos a salud de las mesadas pensionales:

A continuación se procede a hacer un estudio de la evolución que ha tenido la cotización a salud, así:

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, dispuso inicialmente que:

"La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado". (Negrilla fuera de texto).

Dicho articulado fue modificado por la Ley 1122 de 2007, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 10. Modifícase el inciso 1º del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1o) de

enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización será trasladado a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)". (Negrilla fuera de texto).

Nótese como el legislador dispuso, con esta modificación, que el monto de cotización, el cual se haría efectivo a partir del 1º de enero de 2007, al Régimen Contributivo de Salud, sería el equivalente al 12.5%, sin excepción alguna; sin embargo, por medio de la Ley 1250 de 2008, se adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, veamos:

ARTÍCULO 1º. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones (...)

*"<Aparte tachado INEXEQUIBLE> **La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional**", ~~la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008~~".* (Negrilla fuera de texto)

ARTÍCULO 2º. Al artículo 19 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 6º de la Ley 797 de 2003, adiciónese un párrafo del siguiente tenor:

"Párrafo. Las personas a las que se refiere el presente artículo, cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual, que registren dicho ingreso conforme al procedimiento que para el efecto determine el Gobierno Nacional, no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones durante los próximos 3 años a partir de la vigencia de la presente ley, no obstante de lo dispuesto en este párrafo, quienes voluntariamente decidan cotizar al sistema general de pensiones podrán hacerlo.

Durante este lapso, el Gobierno Nacional evaluará los resultados de la aplicación del presente párrafo y presentará a consideración del Congreso las iniciativas que considere viables para facilitar el acceso a esquemas de protección 'Económica' para la vejez de esta franja poblacional".

ARTÍCULO 3º. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga de manera expresa toda disposición anterior que le sea contraria”.

El citado artículo, adicionó un inciso del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 respecto de **la cotización** no de los afiliados sino **de los pensionados**, para lo cual **fijó como cotización un monto equivalente al 12% de la respectiva mesada pensional**; no obstante, y tal y como lo señala la norma en cuestión, el último aparte del adicionado artículo, fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 1º de julio de 2009, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, por considerar que:

“Como se señaló en párrafos anteriores de esta providencia, las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentran atadas a una destinación específica, en cuanto contribuciones parafiscales, según lo autoriza el artículo 359 Constitucional. Es decir, el monto de las cotizaciones percibidas de la población económicamente activa -trabajadores, pensionados y jubilados-, son recursos de seguridad social en salud, de los cuales el Sistema reconoce a cada Entidad Promotora de Salud -EPS-, un valor por cada afiliado con el cual garantiza la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud -POS-, lo que se conoce con el nombre de “Unidad de Pago por Capitación” -UPC- (Artículo 177 y 205 de la Ley 100 de 1993).

A su turno, las Empresas Prestadoras de Salud tienen la obligación de girar al Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-, “a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones”, la diferencia entre los ingresos por concepto de cotizaciones y el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- (Artículos 182 y 205 de la Ley 100 de 1993). De igual manera, el Régimen Subsidiado de Salud se encuentra financiado por recursos de solidaridad, a cuyo fondo los afiliados al régimen contributivo también aportan un punto de su cotización a la denominada Unidad de Pago por Capitación Subsidiada UPS-S. (Artículos 218 y siguientes de la Ley 100 de 1993).

Lo anterior permite advertir y confirmar cómo la cotización al Sistema de Salud efectuada mes a mes por los ciudadanos laboralmente activos, pensionados y jubilados, se causa y extingue una vez se paga al Sistema, de manera que el mismo Sistema lo aplica mes a mes de la forma señalada en los párrafos precedentes. En ese orden, no es cierto como lo afirma el actor que se esté frente a un impuesto de período, porque no es necesario registrar un conjunto de hechos económicos que deban sumarse en el tiempo para consolidar la base gravable, sino que se está frente a un hecho económico,

denominado mesada pensional, que se agota con su pago, de manera que por sustracción de materia no encuentra esta Sala que la expresión demandada del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, vulnere el contenido del inciso tercero del artículo 338 Superior que hace relación directa y expresa con la aplicación en el tiempo de tributos de período, razón suficiente para concluir que el cargo frente a esta norma no está llamado a prosperar.

*En esos términos, si la contribución parafiscal al Sistema de Seguridad Social en Salud es calificada como de causación inmediata, esto significa que el porcentaje de 12.5% de cotización sobre la mesada pensional pagado por los pensionados entre los meses de enero y noviembre de 2008, bajo la vigencia de la Ley 1122 de 2007, **fue aplicado mes a mes al Sistema de Seguridad Social en Salud.** Es decir, fue usado para financiar la "Unidad de Pago por Capitación -UPC-" y parte de la "Unidad de Pago por Capitación UPS-S" de un número determinable de beneficiarios del Sistema en aplicación del principio de solidaridad previsto en el artículo 48 Superior, lo cual revela la existencia de una incuestionable situación jurídica consolidada en los términos del artículo 58 Constitucional, cuya preservación es el fin último del artículo 363 de la Constitución Política.*

Adicionalmente, tal como se dejó consignado en el numeral 3.1 de esta providencia, el legislador como único facultado para establecer los efectos de la ley, nunca tuvo como propósito otorgar efectos retroactivos a esta modificación tarifaria, como se deduce del trámite legislativo, circunstancia que respalda la decisión de la Corte de declarar inexecutable la expresión demandada por violación al artículo 363 Constitucional, en la medida en que el defecto legislativo no puede aplicarse en beneficio del contribuyente, por encima de la prohibición perentoria de irretroactividad de la ley tributaria que según lo analizado en esta providencia se mantiene incólume como límite de configuración tributaria sin excepción distinta de la retrospectividad en cuanto a impuestos de período".

Visto lo anterior, y de conformidad con la sentencia del 3 de noviembre de 2011 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, esta corporación concluyó que: *el aparte fue declarado inexecutable por cuanto **el descuento se realiza de manera instantánea al cancelarse la mesada pensional, quiere ello decir, que al realizarse el pago, se genera de manera automática un crédito a favor del beneficiario del gravamen,** el cual desde el punto de vista fiscal lo hace titular de una situación jurídica consolidada al amparo de una norma impositiva revestida de legalidad.*

4.3.- Del caso en concreto:

El reparo presentado por el apelante en el proceso de la referencia consiste en que la providencia por medio de la cual se libró mandamiento de pago por una suma inferior a la pretendida en la demanda, tuvo como base una liquidación que, a su juicio, es errada como quiera que la misma hace el descuento a salud sobre cada mesada como si se hubiera cancelado oportunamente en el mes, y por tanto ese descuento no se puede hacer por que el pago fue acumulado, hecho que impacta de manera directa la indexación.

Para resolver el asunto, es importante precisar en primer lugar que, el título ejecutivo base de ejecución es la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama de fecha 25 de junio de 2013 (fl. 7-19), la cual cobró ejecutoria el 8 de agosto del mismo año, conforme a la constancia secretarial obrante a folio 6, por medio de la cual se resolvió, entre otras cosas, declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 040 del 9 de marzo de 2011 mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación de la actora, y, a título de restablecimiento del derecho se ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la demandante incluyendo la prima de navidad, y pagar la diferencia entre las sumas percibidas como mesada pensional y las que legalmente correspondían, a partir del 30 de noviembre de 2010.

Mediante Resolución No. 292 del 15 de julio de 2014 el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dio cumplimiento al fallo judicial y dispuso el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, encontrándose que en el artículo 4º de la citada resolución se dispuso que *"El valor a pagar de diferencia de mesadas (\$7.376.123), se descontara los aportes de Ley 91 de 1989 (5%), Ley 812 de 2003 (12%), Ley 1122 de 2007 (12.5%) y Ley 1250 de 2008 el (12%)* (fl. 26), porcentajes que ordena la ley, hay que descontar **de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales**, con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio..

Por lo anterior, encuentra la Sala que es la propia ley la que dispone que se realicen los descuentos a salud de las mesadas pensionales de la actora, y por ende, en este punto también constituye una obligación clara, expresa y

actualmente exigible para la entidad, y que por ende ésta no puede ser desconocida por el juez de ejecución al momento de librar mandamiento de pago, lo anterior de conformidad con el marco normativo planteado en precedencia, teniendo en cuenta que la Ley 1250 de 2008, por medio de la cual se adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 en su artículo 1º señala que "**La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional**".

En sentencia C-430 de 2009 la Corte Constitucional al revisar la contitucionalidad de la norma mencionada anteriormente, señaló que la cotización al sistema de salud debe ser efectuada **mes a mes**.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del 3 de noviembre de 2011 indicó que el descuento a salud se realiza **de manera instantánea al cancelarse la mesada pensional**, lo cual a juicio de este Despacho no quiere decir que ante la falta de pago instantáneo de la mesada pensional, como puede acontecer en el presente asunto, se exonere a la actora en su calidad de pensionada del aporte correspondiente al sistema de salud, y por tanto, no se le halla razón al apelante, y por lo mismo el mandamiento de pago ordenado en primera instancia se encuentra ajustado a derecho, y por tanto se dispondrá su confirmación.

Ahora bien, en relación con el otro reparo del apelante referido a que el juez de instancia olvido librar el mandamiento de pago por las mesadas adeudadas desde la fecha de la ejecutoria hasta la fecha que se haga efectivo el pago o la inclusión en nomina de pensionados (sic), encuentra la Sala que, el mismo tampoco tiene vocación de prosperidad, teniendo en cuenta que revisada la liquidación efectuada en primera instancia, a folio 39 obra una cuadro en el que se liquidó la *diferencia en mesadas causadas con posterioridad a la ejecutoria hasta la fecha de inclusión en nomina*, esto es, a partir del 9 de agosto de 2013 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia fl. 6), y hasta el 31 de agosto de 2014, como quiera que según el propio dicho de la parte actora, la inclusión en nómina de pensionados fue en septiembre de 2014 (fl. 2 vto), la cual tuvo como resultado, de las diferencias de las mesadas, descontando el aporte a salud, la suma de \$2.044.231. Por lo que en este

punto, también hay que concluir que, el mandamiento de pago librado en primera instancia se encuentra ajustado a derecho, dando lugar a la confirmación del auto apelado.

4.4.- Costas

Finalmente, teniendo en cuenta que el Art. 365 del CGP señala la procedencia de la condena en costas en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia y como quiera que en el caso de autos no se ha trabado la litis, la Sala se abstendrá de proferir condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo brevemente expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

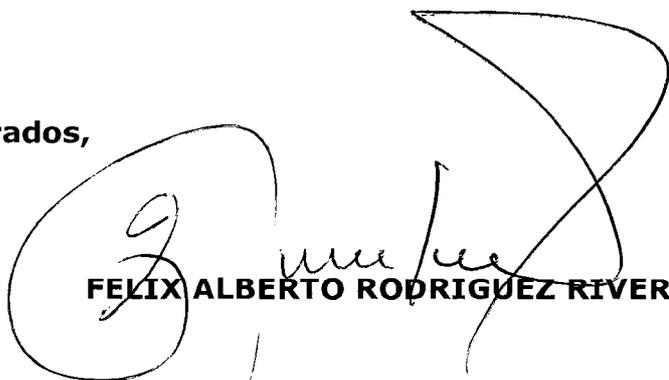
PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 22 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Los magistrados,



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

AUSENTE CON PERMISO
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Hoja de firmas

MEDIO DE CONTROL: EJECUTIVO

DEMANDANTE: LUZ ESPERANZA HUIZA FLECHAS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM

RADICACIÓN: 15238333300120170029301

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA

NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 214 de hoy, 18 DIC 2019

EL SECRETARIO