



Ibagué, doce (12) de julio de dos mil veintidós (2022)

DECISIÓN	
EXCEPCIONES PREVIAS	
EXPEDIENTE N°.	73001-23-33-000-2019-00298-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACA
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y OTROS

Encontrándose el expediente al Despacho pendiente de fijar fecha para la audiencia inicial regulada en el artículo 180 del C.P.A.C.A., es menester previamente resolver las excepciones previas propuestas, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el parágrafo 2° del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, conforme lo señalan los artículos 100, 101 y 102 del C.G. del P., concordante con lo prescrito por el artículo 125 del C. de P.A. y de lo C.A., modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.¹

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones (fls. 4 fte. y vto.)

“PRIMERA: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No 0624 del 22 de agosto de 2000 “Por medio de la cual se reconoce una pensión de vejez a Luis Antonio Fletscher” emitida por el Departamento del Tolima, ya que la totalidad de la cuota parte pensional es responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG en virtud de la Ley 43 de 1975.

SEGUNDA: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No 1264 de 24 de octubre de 2001 “Por medio de la cual se reliquida una pensión vitalicia de jubilación de Luis Antonio Fletscher”, emitida por el Departamento del Tolima, ya que la totalidad de la cuota parte pensional es responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG en virtud de la Ley 43 de 1975.

TERCERA: Declarar que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG-, es la responsable para pagar la cuota parte pensional, que le fue asignada inicialmente al Departamento de Boyacá- Secretaría de Hacienda – Fondo Pensional

¹ Según el artículo 20 de la ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 125 num. 3o del C.P.A.C.A., es competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, distintas a las señaladas en el numeral 2o de la misma disposición.

Territorial de Boyacá del pensionado Luis Antonio Fletscher mediante las resoluciones enjuiciadas.

CUARTA: *A título de restablecimiento del derecho, condenar al Departamento del Tolima, a que expida un nuevo acto administrativo, en el cual no figure como cuota partista el Departamento de Boyacá, de la pensión reconocida al señor Luis Antonio Fletscher.*

QUINTA: *A título de restablecimiento del derecho, condenar la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG -, a asumir y pagar la cuota parte pensional del señor Luis Antonio Fletscher, que inicialmente fue asignada a mi poderdante en los actos administrativos enjuiciados, teniendo en cuenta que trabajó como docente al Departamento de Boyacá y en virtud de la Ley 43 de 1975.*

SEXTA: *A título de restablecimiento del derecho, condenar al Departamento del Tolima, a que haga la devolución total de los pagos que por error el Departamento de Boyacá le hizo, de la cuota partes pensionales del pensionado Luis Antonio Fletscher, lo cual asciende a la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$297.780.835,12)*

(...)”

2. De las excepciones propuestas

Se advierte que en el desarrollo del proceso y dentro del término del traslado de la demanda, las accionadas propusieron los siguientes medios exceptivos:

2.1. Departamento del Tolima:

- a- Inaplicabilidad de las normas pretendidas por la parte demandante.
- b- Cobro de lo no debido.
- c- Caducidad de la acción

2.2. FOMAG.

No contestó la demanda.

2.3. El vinculado.

- a- Inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.
- b- Falta de legitimación en la causa por pasiva

Respecto de las excepciones de inaplicabilidad de las normas pretendidas por la parte demandante y cobro de lo no debido, habrá de decirse que se tratan de meras oposiciones sustanciales que no enervan las pretensiones de la demanda, razón por la cual no amerita estudio previo, por lo que el despacho diferirá su estudio para al momento de proferir sentencia de mérito.

En relación con la excepción de caducidad, se advierte que esta Corporación mediante proveído del pasado 11 de septiembre de 2020, declaró probada dicha excepción, decisión esta que fue revocada por el H. Consejo de Estado mediante auto de 24 de febrero del discurriente anuario, ordenándose proseguir con el curso de la actuación procesal, por lo tanto, sobre la misma no se requiere hacer ningún tipo de pronunciamiento pues ya el tema fue decidido.

Ahora bien, respecto de la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por el vocero judicial del vinculado Luis Antonio Fletscher,

resulta preciso señalar que como quiera que la misma se trata de una excepción perentoria nominada, y en este momento judicial no se vislumbra que tenga vocación de prosperidad, la resolución de la misma se hará al momento de proferir sentencia de fondo.

2.3.1 De la excepción de inepta demandada propuesta por el vinculado Luis Antonio Fletscher.

Visto el escrito de contestación de la demanda, presentado por el apoderado judicial del vinculado, se advierte que el mismo fundamenta la excepción, indicando que lo pretendido en la demanda es establecer que el Departamento de Boyacá no es el responsable de pagar la cuota pensional que le fue asignada, y que no se está discutiendo la legalidad de la prestación pensional, pues sobre dicho tema no existe discusión alguna.

Igualmente solicitó que se tuviera como prueba de dicha excepción, la falta del requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Se observa que, si bien la anterior argumentación nada tiene que ver con los postulados de la misma, lo cierto es que el Despacho procederá a resolverla, en tanto, como se indicó a manera de prueba de la excepción, no obraba en el plenario prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad.

El numeral 5 del artículo 100 del Código General del Proceso establece como excepción previa la de *ineptitud de la demanda*, y la misma tiene vocación de prosperidad ante la falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Por su parte, artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, dispuso “...A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial...”.

De tal suerte que, en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se encuentra regulado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., si el asunto objeto de debate hace alusión a una reclamación por derechos conciliables, será requisito ineludible para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa el agotamiento de la audiencia de conciliación prejudicial, tal como lo dispuso el artículo 161 *ibídem*, el cual señala:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. (...)”

Respecto a la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado así:

“(...) i) la conciliación será requisito de procedibilidad en los medios de control o pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y de reparación directa, pero siempre que, ii) los asuntos sean conciliables, para lo cual tendrá que verificarse por parte del Procurador Judicial o del Juez que el asunto, controversia o litigio sea de contenido particular y económico. En otros términos, no se trata de obligar a surtir un requisito de procedibilidad que no va a tener ningún resultado porque el asunto no deviene

transigible, o porque no tiene contenido particular o económico o se trata de derechos mínimos e irrenunciables. El objetivo, por consiguiente, es el de reconocer el efecto útil de las normas, es decir, que su aplicación y efectividad debe estar ligada al propósito para el cual fueron promulgadas, y no simplemente compeler a los ciudadanos al ejercicio de las instituciones procesales por una mera formalidad. En esa línea de pensamiento, es viable afirmar que las normas no pueden ser interpretadas y aplicadas sin su correspondiente contenido y alcance, en una especie de positivismo radical”.

Se observa entonces que, para la exigencia del requisito de procedibilidad, el Juez debe no sólo determinar que el mismo sea exigible para el medio de control que se analiza, sino que, además, debe analizar la naturaleza de las pretensiones incoadas y así verificar si el asunto es conciliable, es decir, que sea de contenido económico y que no se traten de derechos ciertos e indiscutibles.

En efecto, y como se advierte en la demanda, el Departamento de Boyacá pretende que se le libere del pago de la cuota parte pensional que le fue ordenado en la resoluciones atacadas, por medio de la cuales se reconoció la pensión de vejez al señor Luis Antonio Fletscher, razón por la cual, es menester para esta Sala Unitaria determinar la naturaleza jurídica de dichas cuotas partes pensionales, y así poder precisar, si el asunto objeto de debate judicial es conciliable o no, y dependiendo de ello, determinar la exigibilidad o no del requisito de procedibilidad.

En términos generales, se ha considerado la *cuota parte pensional* como aquella fracción o porción de la pensión que debe ser asumida por una entidad de previsión social diferente a la que ordenó el reconocimiento pensional, por lo que puede ser definida como una obligación de tipo crediticio a favor de la encargada de asumir el pago de la prestación.

La Corte Constitucional, ha definido la *cuota parte pensional*, como aquella obligación que surge entre la entidad que debe concurrir al pago de la prestación pensional y aquella encargada de su reconocimiento, sobre el particular señaló:

*"Las cuotas partes pensionales se han manejado a través del tiempo como registro contable, para cumplir el requisito de ley que asignaba a las distintas entidades empleadoras, la obligación de participar directamente o por la Caja o entidad de Previsión social a que estuvieren cotizando, en la financiación del pago de la pensión en proporción al tiempo trabajado por el pensionado en cada entidad. La pensión era reconocida y pagada en su totalidad por la última entidad empleadora, la cual debía repetir contra las demás en la parte que les correspondiera"*².

En la citada providencia, se establecieron como características de las *cuotas partes pensionales* las siguientes: (i) son determinadas a través de un trámite administrativo en el que intervienen las entidades que deben concurrir al pago de la pensión; (ii) se consolidan cuando la entidad responsable reconoce el

² Corte constitucional- Sentencia C-895 de 2009-

derecho pensional; y (iii) generan obligaciones de contenido crediticio una vez se realiza el pago de la mesada.

En relación con la naturaleza jurídica de las cuotas partes pensionales, el Honorable Consejo de Estado de manera reiterada ha manifestado:

“Como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional, el régimen de seguridad social en pensiones ha permitido, desde la Ley 6 de 1945 y hasta la actualidad con la expedición de la Ley 100 de 1993, que el tiempo laborado en diferentes entidades públicas sea acumulado para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, para lo cual cada autoridad tiene la obligación de contribuir proporcionalmente al pago de las mesadas pensionales.

Con este sistema, la última entidad o caja de previsión en la que estuvo vinculado el trabajador tiene el deber de reconocer y pagar el 100% del valor de la mesada pensional y una vez hecho el pago, tiene el derecho de recobrar lo pagado a las demás entidades obligadas de forma proporcional al tiempo laborado o a los aportes efectuados (cuotas partes pensionales), sin que el particular pueda ser perjudicado por el no pago del recobro.

Así las cosas, actualmente el ordenamiento jurídico colombiano prevé a las cuotas partes pensionales como el soporte financiero de este sistema en estos eventos.

Sobre la naturaleza de estos asuntos, esta Sala ha indicado que los actos que versan sobre el recobro de cuotas partes pensionales son de carácter tributario por tratarse de una contribución parafiscal. Esta afirmación ha sido sustentada en que “(...) constituyen un aporte obligatorio del empleador destinado al pago de las mesadas pensionales dentro del esquema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”.

Así mismo lo ha considerado la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado al señalar que los recursos correspondientes al recobro de las cuotas partes pensionales tienen destinación específica y un manejo autónomo por no ser ingresos corrientes de la Nación, o que necesariamente implica que tienen naturaleza parafiscal.

Además, en un caso idéntico al de la referencia, esa misma sección indicó que esa clase de asuntos no son de carácter laboral por no estar en discusión el reconocimiento del derecho pensional³

Conforme al criterio jurisprudencial trasliterado, no cabe duda que tanto las cuotas partes pensionales como el recobro derivado de las mismas, tienen una

³ Consejo de Estado- Sección Cuarta, Rad: 05001-23-33-000-00734-01, de 13 de diciembre de 2017.

connotación netamente tributaria por tratarse de una contribución parafiscal, en tal sentido, se itera, como el asunto objeto de debate judicial versa sobre un conflicto de carácter tributario, el mismo no es conciliable, por lo que la parte demandante no tiene la obligación de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, establecida en el artículo 13 de la Ley 1285 del 2009.

Sobre el particular, la Sección Cuarta del Consejo de Estado señaló:

“3.4. De conformidad con lo expuesto, se encuentra que la naturaleza de las cuotas partes pensionales es la de una contribución parafiscal, en tanto constituyen un aporte obligatorio del empleador, destinado al pago de las mesadas pensionales dentro del esquema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado que tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente.

3.5. En ese entendido, como los actos administrativos demandados fueron emitidos en un proceso de cobro coactivo de una contribución parafiscal, el mismo versa sobre asuntos tributarios y, por ello, no es procedente la celebración de una audiencia de conciliación prejudicial”⁴

Consecuente con lo anterior, se declarará no probada la excepción previa de INEPTA DEMANDA, propuesta por el apoderado judicial del vinculado Luis Antonio Fletscher.

3. Condena en costas.

El artículo 365 numeral 1 del C.G. del P. dispone que: <se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable (...) la formulación de excepciones previas>>, norma aplicable por la remisión del artículo 306 del C. de P.A. y de lo C.A. al no existir en este estatuto procesal una norma especial para condena en costas en asuntos diferentes a la sentencia.

Por su parte, el numeral 8 de la precitada disposición establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Si bien en la presente providencia se resolvió desfavorablemente la excepción propuesta por el apoderado judicial del vinculado Luis Antonio Fletscher, el Despacho se abstendrá de condenar en costas, pues no resulta plausible la imposición de la mismas a cargo de quien no se encuentra disputando el tema objeto de debate judicial.

⁴ Consejo de Estado- Sección Cuarta, C.P: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00250-01(19567), 30 de octubre de 2014.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria del Tribunal Administrativo del Tolima, **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR no probada excepción de Ineptitud de la demanda de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: En firme esta decisión, pase inmediatamente el proceso al Despacho para fijar fecha y hora para audiencia inicial o para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado