

Bogotá D.C. marzo de 2022

JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN CUARTA.

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: EPS SALUD TOTAL

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001333704220210030000

ALEJANDRO BÁEZ ATEHORTÚA mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1.019.038.607 de Bogotá D.C, Abogado Titulado y en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 251.830 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderado Sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de conformidad con el poder a mi conferido, cordialmente solicito al Despacho reconocirme personería para actuar y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar **contestación de la demanda** propuesta dentro del proceso de la referencia contra mi representada, para que mediante Sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada se ABSUELVA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio y en consecuencia se condene en costas a la entidad demandante.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el Decreto 309 del 24 de febrero de 2017 y en las disposiciones legales vigentes, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

La representación legal la ejerce el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, identificado con la cédula de ciudadanía número 12435765, o quien haga sus veces.

El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, No. Telefónico: 217-0100.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en vista de que las mismas no están llamadas a prosperar por carecer de sustento factico y legal, como se demostrará en el momento procesal oportuno. En consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria en mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen en el capítulo de la oposición, hechos y razones de la defensa y fundamentos de las excepciones que se enuncian en este escrito.

SOBRE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS:

PRIMERA: Me opongo a la pretensión de declarar la nulidad de las resoluciones No. DNP 1739 de 2019, por medio del cual se ordenó el reintegro de unas sumas de dinero correspondiente a la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora ELIZABETH AGUIRRE ZAPATA, como consecuencia del fallecimiento de JORGE LUIS AGUIRRE OSORIO, la resolución No. DNP 1814 DEL 2019, la resolución DPN 0997 de 2020, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución No. DNP 1739 del 10 de octubre de 2019, la resolución DNP 1232 de 2020, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución DNP 1814 del 19 de octubre de 2019 y la resolución GDD 0245 del 2020 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la resolución DNP 1739 del 10 de octubre de 2019.

Esta oposición se fundamenta en que estas resoluciones no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar, que SALUD TOTAL EPS - S.A.S-S.S.A., está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en las resoluciones demandadas, y por tanto dicha SALUD TOTAL EPS S.A tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el Decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativa o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

SEGUNDA: Me opongo a que prospere la pretensión dirigida a declarar la nulidad de la resolución No. DNP 1837 de 2019, por medio de la cual Colpensiones ordeno el reintegro de unas sumas de dinero correspondiente a la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora MALENIS FELIOZA LOURDY como consecuencia del fallecimiento del señor JUAN ALBERTO FELOIZA VENEGAS, la resolución No. DNP 1058 de 2020, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición y por último me opongo a la declaratoria de nulidad de la resolución No. GDD 0236 de 2020 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación, Esto en razón a, que los acto administrativo demandados no adolecen de las causales de

nulidad y en segundo lugar, que SALUD TOTAL EPS - S.A.S, está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en cada uno de las resoluciones, y por tanto dicha EPS tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el Decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativa o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

TERCERA: Me opongo a la pretensión de declarar la nulidad de las resoluciones No. DNP 1739 de 2019, por medio del cual se ordenó el reintegro de unas sumas de dinero correspondiente a la pensión de sobrevivientes reconocida al señor RAFAEL ANDRES PALMERA QUINTERO, como consecuencia del fallecimiento de DOMINGO PALMERA CRESPO, la resolución No. DNP 0967 del 2020, la resolución DPN 1967 de 2019, y la resolución No. DNP 0240 del 2020.

Esta oposición se fundamenta en que las resoluciones acusadas no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar, que SALUD TOTAL EPS - S.A.S-S.S.A., está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en las resoluciones demandadas, y por tanto dicha SALUD TOTAL EPS S.A tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el Decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativa o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

CUARTO: Me opongo a que prospere la pretensión dirigida a declarar la nulidad de la resolución No. DNP 1882 del 2019, por medio de la cual Colpensiones ordeno el reintegro de unas sumas de dinero correspondiente a la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora MARLON LEON VALENCIA HERNANDEZ como consecuencia del fallecimiento de la señora NORMA VALENCIA SALAZAR, la resolución No. DNP 1086 de 2020, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución DNP 1982 del 14 de noviembre de 2019 y por último me opongo a la declaratoria de nulidad de

la resolución No. GDD 0252 de 2021, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación, Esto en razón a, que los acto administrativo demandados no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar, que SALUD TOTAL EPS - S.A.S, está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en cada uno de las resoluciones, y por tanto dicha EPS tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el Decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativa o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

QUINTO: Me opongo a la pretensión de declarar la nulidad de las resoluciones No. DNP 1994 de 2019, por medio del cual se ordenó el reintegro de unas sumas de dinero correspondiente a la pensión de sobrevivientes reconocida al señor JUAN PABLO MONTOYA GALEANO, como consecuencia del fallecimiento de BENJAMIN DE JESÚS MONTOYA POSADA, y la resolución No. GDD 0253 del 2020, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación, contra la resolución DNP 1994 del 15 de noviembre de 2019.

Esta oposición se fundamenta en que las resoluciones acusadas no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar, que SALUD TOTAL EPS - S.A.S-S.S.A., está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en las resoluciones demandadas, y por tanto dicha SALUD TOTAL EPS S.A. tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el Decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativa o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

SOBRE LAS PRETENSIONES DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO O CONDENATORIAS

A la pretensión condenatoria PRIMERA: Me opongo a que prospere de forma favorable la condena solicitada por la parte actora, toda vez que las resoluciones expedidas por Colpensiones se ajustan al

ordenamiento jurídico, por cuanto el Artículo 128 de la Constitución Política en concordancia con el Artículo 19 de la Ley 4 de 1992, determina que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Conforme a lo anterior, no le asiste derecho a la entidad promotora de salud, a recibir doble pago por concepto de aportes en salud de sus afiliados, por cuanto este pago constituye un detrimento del patrimonio del estado y se configura una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales.

Como consecuencia de lo anterior, los pensionados identificados dentro del libelo demandatorio, recibieron mensualmente sus asignaciones provenientes del Estado, por concepto de pensión de vejez cancelada por la Administradora Colombiana de Pensiones, las cuales se detallan en los actos Administrativos anexos a la demanda.

Los valores pagados doblemente a la Entidad Promotora de Salud, fueron erróneamente girados, y como consecuencia la mencionada entidad deberá reintegrar a COLPENSIONES conforme a los valores enunciados en los actos administrativos anexos al expediente.

Respecto a las pretensiones de la demanda, se hace necesario traer a colación lo señalado por la Gerencia Nacional de Doctrina en Concepto No. BZ 2016_ 5311055 del 26 de mayo de 2016, respecto a la Devolución de aportes cotizados indebidamente por Colpensiones al Sistema General de Salud, así:

“El artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1° del Decreto 674 del 2014, regula el término para que los aportantes eleven la solicitud ante las EPS con el fin de obtener la devolución de las cotizaciones pagadas erradamente, la cual tendrá que efectuarse dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago. Como se observa, la normativa en comento no determina de manera expresa un plazo de caducidad para la acción de cobro o un término de prescripción del derecho a cobrar los recursos girados erróneamente a las EPS, máxime cuando los aportes realizados por Colpensiones a las EPS se realizan con cargo a los recursos del Sistema General de Pensiones, los cuales dada su parafiscalidad solo pueden ser utilizados en los términos previstos por la ley, esto es, el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los afiliados al Régimen de Prima Media. Ahora bien, los citados decretos contienen disposiciones de naturaleza contable cuyo objeto es regular el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación del FOSYGA, y no el de fijar plazos prescriptivos o de caducidad para la recuperación de recursos de carácter parafiscal del sistema pensional”.

Por otra parte, es necesario destacar que el término de los 12 meses definido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1° del Decreto 674 del 2014, se refiere a la posibilidad de solicitar a las EPS la devolución de los recursos pagados erróneamente, mas no al procedimiento administrativo que podría iniciarse ante la EPS o el FOSYGA hoy ADRES para el traslado de los recursos indebidamente girados.

Ahora, tratándose de recursos de naturaleza parafiscal y con destinación específica, procedentes del trabajo y para financiar el Sistema de Seguridad Social en pensiones, resulta incompatible con la ley sustancial, el marco constitucional y el bloque de constitucionalidad aplicar la figura de la prescripción,

máxime cuando de utilizar esta figura, desviando y manteniendo los recursos de Colpensiones a cuentas de entidades con otro objeto social, se estaría atentando contra la estructura orgánica y funcional del Sistema General de Pensiones, se dejaría sin piso jurídico la obligación estatal de garantizar a la población el amparo de las contingencias establecidas en la ley y se constituiría en una afrenta al carácter parafiscal de los recursos pensionales, que en ningún caso pueden utilizarse para financiar programas o necesidades sociales diferentes y menos cuando se trata de procedimientos administrativos y meramente formales, que en el marco del principio de coordinación entre las entidades públicas deben ser devueltos, y con ello garantizar el cumplimiento de los fines esenciales de las entidades involucradas.

En este sentido resulta importante destacar lo previsto en la Resolución 5510 de 2013. El párrafo segundo del artículo 7 señala que cuando existan fallos judiciales que ordenen la devolución de los aportes no será exigible el término de 12 meses.

En consecuencia, Colpensiones puede ejercer las acciones de cobro que no están prescritas y proceder a solicitar la devolución de los recursos. Por lo demás, es preciso destacar que la controversia no se puede limitar a definir cuál es el término administrativo que se debe tener en cuenta para solicitar la devolución del pago de lo no debido, pues acá se supera dicha barrera al establecerse elementos fácticos que denotan la inconstitucionalidad, ilegalidad y afrenta directa al marco jurisprudencial del sistema general de pensiones, sino que es pertinente referir si las EPS y el Fosyga hoy Adres están habilitados legalmente para recibir, administrar y disponer de recursos provenientes del sistema General de Seguridad Social en pensiones. Para el efecto, es preciso reiterar que los recursos que administra el Fosyga hoy Adres, son de naturaleza parafiscal con una destinación específica, la financiación del sistema de seguridad social en salud, y al recibir recursos parafiscales por parte de Colpensiones, los cuales tienen una destinación específica para financiar el sistema pensional, se estaría configurando una extralimitación legal en el ejercicio de sus competencias.

De conformidad a lo anterior, se estima que las sumas de dinero giradas al sistema de salud no estarían afectadas por el fenómeno de la caducidad o la prescripción y, por ende, son susceptibles de ser reintegradas a la Administradora a través de las medidas administrativas o contables a que haya lugar.

A la pretensión condenatoria SEGUNDA: Me opongo a que prospere la pretensión condenatoria de condena en costas, toda vez que el Consejo de Estado,¹ en la Subsección A de la Sección Segunda, adoptó una postura frente a la condena en costas ordenando que ellas se deben generar luego de efectuar un análisis *objetivo valorativo*, en ese sentido dispuso:

*“el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, **que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP9**, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007.*

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente 13001-23-33-000-2013-00022-01, actor: José Francisco Guerrero. Demandada UGPP. Providencia de 7 de abril de 2016.

debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no¹². Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

[...]

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) **El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA a uno “objetivo valorativo” –CPACA-**.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) **Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.**
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887
- e) de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- f) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- g) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- h) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”*

De lo anterior se logra evidenciar, que no basta con que una de las partes solicite la condena en costas, sino que debe sustentar su generación, pues la nueva postura de la Sección Segunda, cuya jurisprudencia es vinculante, a más de ser objetiva, es valorativa y exige la causación y respectiva prueba de las costas exigidas para que el operador de justicia pueda proceder a imponer la respectiva condena.

En síntesis, no basta con solicitar la condena en costas y con el solo hecho de la generación de las agencias en derecho el juez proceda a tal condena, pues nada obsta para que quien representó a la parte demandante lo haya ejercido de forma gratuita, de caridad o pro bono.

En razón a que la relación entre el abogado representante y la parte representada no se puede presumir como laboral por el simple acto de la representación, es necesario que por lo menos se anexe al expediente

copia del contrato de prestación de servicios o el acuerdo de contraprestación al que hayan llegado las partes, para que así el juez derive una verdadera generación de agencias en derecho que concluya con una posible condena en costas.

A la pretensión condenatoria TERCERA: Me opongo a esta pretensión dirigida en contra de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, respecto del pago de intereses moratorios por el no pago oportuno de la sentencia judicial que presta mérito ejecutivo, en aplicación del artículo 192 del CPACA, esto de conformidad con las siguientes consideraciones:

“ARTÍCULO 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada”.

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

Así mismo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla en su **artículo 192** un procedimiento expresamente dirigido al cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, el cual establece expresamente que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses:

“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada”.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarrearán las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.

Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

Así las cosas, con relación al pago de los intereses sobre la condena impuesta, se tiene que las sentencias quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas cuando no tienen recursos o estos se han decidido. De conformidad con el Art. 177 del CCA, si la sentencia no señala plazo para el pago de la condena, los intereses moratorios se causan a partir del día siguiente a la ejecutoria pero si no se presenta la reclamación dentro de los 6 meses siguientes, la causación de intereses se suspende hasta tanto se presente la solicitud de pago con las formalidades y se reanuda hasta su presentación.

Según el CPACA la sentencia genera intereses a partir del día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión, pero en caso de no presentarse reclamación por parte del titular del derecho en un término de tres meses, cesa la causación de intereses hasta cuando se presente la reclamación correspondiente.

Los beneficiarios de las sentencias condenatorias tienen dos vías para hacerlas efectivas o ejecutarlas, una en sede administrativa, y la otra en sede jurisdiccional, que es el proceso ejecutivo regulado en el CGP, sea ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso-administrativa, según el caso.

En cualquiera de esas vías el acreedor debe demostrar la existencia del crédito de manera idónea, la cual no puede ser otra que la primera copia de la sentencia según las normas del Código Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Civil que el mismo actor invoca en la demanda (artículo 115, ordinal 2).

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en el presente caso no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios por el no pago oportuno de la sentencia judicial que presta mérito ejecutivo, de conformidad con el artículo 192 del CPACA, toda vez que al no haber lugar a la prosperidad de las suplicas invocadas en la demanda, no se emitirá por ende, providencia desfavorable en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones.

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

PRIMERO: ES CIERTO, de conformidad con los expedientes administrativos, la documentación que obra en el proceso y las resoluciones demandadas en las cuales se relacionan los nombres de los afiliados relacionados en el presente hecho.

SEGUNDO: ES CIERTO, de conformidad con el contenido de los correspondientes actos administrativos proferidos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los aportes a salud se realizaron a Salud Total EPS-S S.A..

TERCERO: ES CIERTO, no obstante, es preciso tener en cuenta que COLPENSIONES se encuentra facultado para solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes, los cuales hubieren sido determinados administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de los mismos. Igualmente, es pertinente señalar que en el presente caso se presentó un pago de lo no debido, pues, en relación con el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, nadie puede recibir del erario público doble asignación como quiera que generaría un detrimento al patrimonio del estado.

CUARTO: ES CIERTO, conforme a los documentos que obran en el expediente y las resoluciones mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, ordenó el reintegro de unas sumas de dinero correspondiente a cotizaciones del Sistema de Salud, ya que SALUD TOTAL EPS - S.A., está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en cada uno de las resoluciones, y por tanto dicha EPS tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

QUINTO: ES CIERTO, conforme a los documentos que obran en el expediente Salud Total EPS-S S.A., interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, contra cada uno de los actos administrativos expedidos por la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

En el presente caso, se busca determinar si procede la devolución de los aportes indebidamente girados al Sistema de Seguridad Social en salud, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES en favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A. Así mismo, establecer si los actos administrativos demandados resolución DNP 1739 de 2019, Resolución DNP 1814 de 2019, resolución DNP 0997 de 2020, DNP 1232 de 2020 y resolución GDD 0245 de 2020 respecto de la pensionada ELIZABETH AGUIRRE ZAPATA; Resolución DNP 1837 de 2019, DNP 1058 de 2020 y la resolución GDD 0236 de 2020, respecto de la pensionada MALENIS FELIZOLA LORDUY; resolución DNP 1967 de 2019, DNP 0967 de 2020, Resolución GDD 0240 de 2020, respecto del pensionado RAFAEL ANDRES PALMERA QUINTERO; resolución DNP 1982 de 2019, DNP 1086 de 2020 y GDD 0252 de 2020 respecto del pensionado MARLON LEON VALENCIA HERNÁNDEZ; resolución DNP 1994 de 2019, GDD 0253 de 2020 respecto del pensionado JUAN PABLO MONTOYA GALEANO, incurrieron en falsa motivación y expedición irregular, y si con ellos se vulneró el derecho al debido proceso de la entidad convocante, o si por el contrario dichas resoluciones se encuentran ajustadas a derecho.

En primer lugar, debemos resaltar que los actos administrativos objetados por la parte actora, no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar SALUD TOTAL EPS-S S.A., está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud indebidamente girados durante los periodos señalados en cada uno de las mencionadas resoluciones, y por lo tanto dicha EPS, tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por Colpensiones, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el decreto

único reglamentario del sector salud, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Así mismo la entidad que represento actuó de buena fe y con pleno convencimiento de estar obrando conforme a derecho. El artículo 83 de la constitución política colombiana, sobre el principio de la buena fe: *“...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...”* el consejo de estado, ha manifestado al respecto lo siguiente: *“...en efecto, dicha ponderación debe conducir a que se verifique si han procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas de interponer recurso o de promover incidentes en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal...”* hecha la salvedad anterior, es menester indicar el artículo 128 de la constitución política de Colombia establece:

“artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

Por su parte, el artículo 19 de la ley 4 de 1992 ordena:

“artículo 19°. - nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el estado.”

Sumado a lo anterior, es oportuno resaltar que respecto a la incompatibilidad de la percepción simultánea de la asignación básica como servidor público y la pensión de vejez, el artículo 29 del decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del decreto 3074 de 19681 y el artículo 1° del decreto 583 de 1995, indican que un pensionado que se reincorpore al servicio público únicamente puede recibir la asignación del cargo y la diferencia en su monto con relación a la pensión de vejez, pero de ninguna manera puede percibir simultáneamente las dos asignaciones. En ese mismo sentido, la ley 344 de 2006, diseñada para la racionalización del gasto público, en su artículo 19 indica que *“ el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio.”*

Lo anterior significa que la norma le otorga al funcionario público una de las dos opciones: (i) retirarse del servicio público y/o disfrutar de su pensión (ii) continuar laborando con la administración, señalando claramente que la pensión se empezará a pagar solamente después de haberse producido la desvinculación de sus servicios en dichas instituciones analizados los antecedentes citados, se logra dilucidar, que dichos preceptos legales fueron concebidos como un instrumento que evita la posibilidad de la percepción simultánea de la asignación salarial y de la asignación pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión, a fin de que si se opta por continuar con la vinculación laboral, el fondo de pensiones respectivo no resulte afectado con el egreso de la mesada pensional y pueda utilizarlo para sus fines respectivos, por lo que una vez un servidor público o trabajador opta por pensionarse, éste es considerado como un afiliado obligatorio al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, tal y como se indica en el artículo 157 de la ley 100 de 1993 y en el literal c, del artículo 26 del decreto 806 de 1998, el cual determina como afiliados obligatorios al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud entre otras, a las siguientes personas:

“Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios.”

Sumado a las precitadas normas, debemos hacer referencia a la posición de la honorable corte suprema de justicia en el sentido de determinar: “esta sala de la corte, en la sentencia del 6 de mayo de 2009, rad. 34601, en punto a los argumentos que acompañan al cargo, estableció “(...) que el descuento por salud que está a cargo del pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la ley 100 de 1993, es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial, el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS.”

Acatando las disposiciones normativas señaladas, esta administradora emitió los actos administrativos a través de los cuales se ordenó la devolución de aportes a salud girados a SALUD TOTAL EPS-S S.A., puesto que en cada uno de ellos se presentó una doble asignación por parte del tesoro público, consistente en la retribución salarial como servidores públicos y/o trabajadores oficiales y la mesada pensional, en virtud de las pensiones de vejez reconocidas por parte de esta entidad, lo que generó un doble pago por concepto de aportes a salud a favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A., por tanto, esta última recibió los aportes provenientes de cada empleador, así como los aportes obligatorios, derivados de cada pensión de vejez reconocida por esta entidad, configurándose un pago de lo no debido, tal y como de describe en el artículo 2013 de código civil.

Ahora bien, al momento de ordenar la inclusión en nómina de las pensiones reconocidas, la administradora colombiana de pensiones procedió a efectuar los descuentos para aportes de salud, de conformidad a lo previsto en el artículo 157 de la ley 100 de 1993, que determina:

“artículo 157. Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. 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. (...)”

En concordancia con el decreto 780 de 2016, cuyo artículo 2.1.4.1., determina:

“artículo 2.1.4.1 afiliados al régimen contributivo. Pertenerán al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud: 1. Como cotizantes: 1.1. Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país; 1.2. Los servidores públicos; 1.3. Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes, sustitutos o pensión gracia tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios; 1.4 los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a un salario mínimo mensual legal vigente; 2. Como beneficiarios: 2.1 los miembros del núcleo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 1 del presente artículo.”

De la lectura de las normas en cita se evidencia la obligatoriedad de las cotizaciones a cargo de los pensionados por vejez, invalidez o sobrevivencia, quedando esta administradora en la obligación de efectuar el traslado a la empresa promotora de salud que selecciona el pensionado, siendo en los casos que dieron origen a los actos administrativos demandados, la hoy demandante SALUD TOTAL EPS-S S.A., quien recibió a título de cotizaciones los aportes efectuados tanto por el empleador como por la administradora colombiana de pensiones- Colpensiones, un doble pago sin fundamento constitucional o legal.

Ahora bien, existe la posibilidad de que los recursos solicitados mediante los actos administrativos proferidos por la administradora de pensiones Colpensiones, se encuentren en poder de la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social adres, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga). El ente mencionado fue creado a mediante la ley 1753 de 2015 por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2014-2018 “todos por un nuevo país”, la cual en su artículo 66 indicó:

“artículo 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del sistema general de seguridad social en salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado de la orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del estado que se denominará entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS). La entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al ministerio de salud y protección social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.”

A su turno, el decreto número 1429 de 2016, reglamento lo atinente a la calidad, naturaleza y funciones de la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social adres, indicando para el efecto lo siguiente: “que el artículo 66 de la ley 1753 de 2015, creó la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) - adres, como una entidad adscrita al ministerio de salud y protección social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del fondo de solidaridad y garantía (fosyga), los del fondo de salvamento y garantías para el sector salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social (UGPP). Que de acuerdo con el inciso final y el párrafo primero del mencionado artículo 66 de la ley 1753 de 2015, para el cumplimiento del objeto y funciones de la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud - adres, se requiere determinar su estructura interna y el régimen de transición respecto del inicio de sus funciones.” Ahora bien, es pertinente precisar que por expresa disposición legal, los asuntos de carácter tributario no son susceptibles de conciliación. La improcedencia de la conciliación en materia tributaria tiene fundamento en el artículo 59 de la ley 23 de 1991, norma subrogada por el artículo 70 de la ley 446 de 1998, e incorporada en el artículo 56 párrafo 2 del decreto 1818 de 1998 (estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos). El Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, en su artículo 2º indica de manera específica, que en los casos en los que se discutan temas de naturaleza tributaria, no son susceptibles de conciliación. A este respecto, ha dicho la corte constitucional en sentencia C – 430 del 1º de julio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, al decidir acerca de las contribuciones al sistema de seguridad social en salud, estableció:

“(…) 3.2.1 la corte constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al sistema de seguridad social en salud, el carácter de “contribuciones parafiscales”, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio, tal como lo dispone el artículo 2 de la ley 225 de 1995. Las

contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional, en donde su afectación a un propósito específico es su característica fundamental. Así, las contribuciones parafiscales en tanto gravámenes se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo. (...)

Así mismo, en sentencia C-152 de 1997, M. P., Jorge Arango mejía - C-546 de 1994, M.P., Alejandro Martínez Caballero, la corte constitucional ha indicado: “los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen carácter de recursos públicos, contribución parafiscal con destinación específica que pertenece al estado. La contribución parafiscal es un instrumento para la generación de ingresos públicos que afecta a un determinado y único grupo social o económico (singularidad) y que dirige su beneficio al propio grupo gravado (especificidad). La noción de tesoro público es un concepto que proviene de la economía y que se utiliza para designar a aquellos recursos o elementos que un estado (nacional o regional) tiene para hacer frente a diferentes actividades, acciones o medidas que busque llevar a cabo. De lo anterior, se tiene que una vez causados los aportes al sistema de seguridad social, los dineros son de orden parafiscal, tal como lo ha reiterado la corte constitucional en reciente sentencia su - 480 de 1997:

“(...) Lo que se recauda (o se adeuda y debe ser pagado por el fondo de pensiones) no pertenece a la E.P.S., (ni al fondo) ni mucho menos entra al presupuesto nacional, ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es pues una contribución parafiscal” “los dineros de las cotizaciones ya causadas adquieren el carácter de parafiscales y en consecuencia no son de libre disposición ya que pertenecen, desde ese mismo momento, al sistema general de seguridad social en salud. “lo anterior sin perjuicio de que se pueda repetir contra el Fosyga la devolución de las sumas sufragadas por cotizaciones de aportes al sistema de seguridad social en salud necesarios (...) si eventualmente ello llegare a producirse, lo cierto es que el ordenamiento jurídico no puede admitir esa clase de vacíos. Esto fundamenta, adicionalmente, la inexistencia de un enriquecimiento sin causa así como la indemnización de perjuicios que se hubiesen podido ocasionar”.

Ahora bien, es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“Devolución de aportes pertenecientes al sistema general de pensiones. Las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las empresas promotoras de salud y/o al ministerio de salud y protección social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

En el caso que los recursos ya hayan sido compensados ante fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) o a quien haga sus veces, para el pago de estas acreencias se efectuarán cruces de cuentas sin operación presupuestal, con base en las transferencias del presupuesto general de la nación que se hayan entregado a los fondos de invalidez, vejez y muerte (IVM), para lo cual se harán las operaciones contables que se requieran norma que a pesar de no expresar una derogatoria expresa, al ser posterior prevalece sobre los decretos citados, como así lo ordena el artículo 2° de la ley 153 de 1887, sino que además ratifica la competencia de la administradora colombiana de pensiones, de exigir la devolución de los aportes que se hubieran efectuado a las empresas promotoras de salud, siempre que se determine administrativa o judicialmente la improcedencia de los mismos, condición, que como se expuso en acápite anterior no fue

desvirtuada por la hoy demandante, entidad que no desconoce la inconstitucionalidad de los aportes efectuados.

De todo lo antes expuesto se colige, en primer lugar, que los actos administrativos demandados no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar, que la E.P.S., si está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en cada uno de los actos administrativos, y por tanto la EPS tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por Colpensiones.

En esta misma línea, en un **(caso similar)** la magistrada dra. Nelly Yolanda Villamizar de peñaranda, en salvamento de voto (asunto: reintegro de aportes al sistema de salud, en el expediente de referencia no.18-0084-01, del 04 de junio del 2020) establece lo siguiente:

“artículo 48. La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. <inciso adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> el estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Nótese que conforme con el precepto constitucional citado, la seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio, la cual debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el estado, con la participación de los particulares, tiene la obligación de ampliar progresivamente la cobertura del servicio, de garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, siendo este último concepto, una herramienta para asegurar la realización sostenible de los derechos fundamentales y específicamente para la efectividad del pago de las prestaciones futuras de talante pensional.

Ahora bien, también debe precisarse que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del estado o de cualquier otro actor, tienen necesariamente destinación específica, entendida esta como la necesidad de invertirlos nuevamente en el sistema, en beneficio de todos aquellos que se favorecen de él.

En estas condiciones, para la suscrita magistrada es claro que la naturaleza jurídica de los dineros por concepto de aportes a salud que Colpensiones pagó indebidamente a las EPS (correspondió a cotizaciones respecto de pensionados erróneamente reconocidos y se realizó un doble pago), son recursos que pertenecen al sistema de la seguridad social en pensiones y su destino es específico, y no es otro que el pago de las pensiones.

Así, téngase en cuenta que tales rubros fueron desembolsados por la mentada administradora de pensiones y que el pago realizado a las EPS no tienen una causa legal, de suerte que los mismos gozan de las prerrogativas otorgadas por el artículo 48 de la carta política en el sentido de que hacen parte del servicio público de la seguridad social, insisto, tienen una destinación específica y su objeto principal es garantizar el reconocimiento de las prestaciones pensionales futuras, esto es, la sostenibilidad del sistema.

En ese orden, dichos dineros se instituyen en el soporte financiero para el pago de la seguridad social en pensiones, por lo cual resulta evidente que el cobro adelantado por Colpensiones para la devolución de los aportes girados no puede ser pasible y extinguirse mediante la figura de la prescripción, teniendo en cuenta que entre estos pagos y el reconocimiento de la pensión, la cual también es imprescriptible, existe un vínculo directo e inescindible que afectaría directamente al sistema general destinado al reconocimiento y pago futuro de otras pensiones en procura de la prevalencia de ese derecho fundamental e irrenunciable consagrado en la constitución nacional.

En efecto, es tan diáfano la imprescriptibilidad de los rubros objeto de litis que el propio legislador en la ley 1873 de 2017 en su artículo 119 de manera expresa determinó que Colpensiones podrá solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que se llegaren a establecer la no procedencia del giro de estos aportes. En ese contexto, entender que las cotizaciones pagadas incorrectamente por la mentada administradora de pensiones se encontraban sujetas al término dictado en el artículo 12 del decreto 4023 de 2011, es desconocer la naturaleza jurídica y constitucional de estos recursos, los cuales al erigirse como el sustento financiero de las prestaciones pensionales futuras tienen el carácter de una relación indivisible e inescindible con el derecho al reconocimiento de la pensión, la cual, reitero, se encuentra excluida del fenómeno de la prescripción, lo que conlleva que tales pagos deban tener el mismo tratamiento jurídico y por ende Colpensiones tiene la facultad de cobrar tales dineros en cualquier tiempo.”

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que los actos administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y no constitutivos de él, por tal razón y debido a que es obligatorio cotizar en salud sobre los ingresos que se perciben por pensión, toda administradora de pensiones una vez reconocida la misma, debe proceder a descontar la cotización en salud con retroactividad a la fecha a partir de la cual se determina que empieza a devengar la pensión y transferirla a la EPS a la cual se encontraba afiliado el trabajador.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto se debe determinar si procede la devolución de los aportes indebidamente girados al Sistema de Seguridad Social en salud, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES en favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A. Así mismo, establecer si los actos administrativos demandados resolución DNP 1739 de 2019, Resolución DNP 1814 de 2019, Resolución DNP 0997 de 2020, DNP 1232 de 2020 y resolución GDD 0245 de 2020 respecto de la pensionada ELIZABETH AGUIRRE ZAPATA; Resolución DNP 1837 de 2019, DNP 1058 de 2020 y la resolución GDD 0236 de 2020, respecto de la pensionada MALENIS FELIZOLA LORDUY; resolución DNP 1967 de 2019, DNP 0967 de 2020, Resolución GDD 0240 de 2020, respecto del pensionado RAFAEL ANDRES PALMERA QUINTERO; resolución DNP 1982 de 2019, DNP 1086 de 2020 y GDD 0252 de 2020 respecto del pensionado MARLON LEON VALENCIA HERNÁNDEZ; resolución DNP 1994 de 2019, GDD 0253 de 2020 respecto del pensionado JUAN PABLO MONTOYA GALEANO, incurrieron en falsa motivación y expedición irregular, y si con ellos se vulneró el derecho al debido proceso de la entidad accionante, o si por el contrario dichas resoluciones se encuentran ajustadas a derecho.

Al respecto, es importante recordar que COLPENSIONES se encuentra facultado para solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes, los cuales hubiesen sido determinados administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de los mismos. Igualmente, es pertinente señalar que en el presente caso se presentó un pago de lo no debido, pues, en

relación con el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, nadie puede recibir del erario público doble asignación como quiera que generaría un detrimento al patrimonio del estado.

Así mismo, es importante traer a colación que la seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio, la cual debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el estado, con la participación de los particulares, tiene la obligación de ampliar progresivamente la cobertura del servicio, de garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, siendo este último concepto, una herramienta para asegurar la realización sostenible de los derechos fundamentales y específicamente para la efectividad del pago de las prestaciones futuras de talante pensional.

A lo anterior, debe precisarse que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del estado o de cualquier otro actor, tienen necesariamente destinación específica, entendida esta como la necesidad de invertirlos nuevamente en el sistema, en beneficio de todos aquellos que se favorecen de él. En ese orden de ideas es claro que la naturaleza jurídica de los dineros por concepto de aportes a salud que Colpensiones pagó indebidamente a las EPS, son recursos que pertenecen al sistema de la seguridad social en pensiones y su destino es específico, y no es otro que el pago de las pensiones.

Finalmente, se reitera que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en normas anteriores tal como el decreto 4023 de 2011, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“devolución de aportes pertenecientes al sistema general de pensiones. Las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las empresas promotoras de salud y/o al ministerio de salud y protección social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

Por lo tanto, no es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados toda vez que se encuentran ajustados a derecho y a los preceptos normativos establecidos para tal fin, adicional a ello la entidad promotora de salud debe reintegrar los dineros indebidamente pagados por concepto de diferencias de aportes en salud sobre mesadas pensionales.

EXCEPCIONES PREVIAS

FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

El Artículo 61 del Código General Del Proceso manifiesta:

“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.”

Teniendo en cuenta la anterior disposición normativa, solicito muy respetuosamente al despacho vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social ADRES, entidad encargada de “administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), para que haga parte dentro del presente litigio.

Como se manifiesta en la demanda:

“La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social- ADRES es un organismo con personería jurídica asimilado a una empresa Industrial y Comercial del Estado, encargada de “administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los recursos que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Mientras se encontró vigente, el Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, se constituía como una cuenta de propiedad del Ministerio de Salud y Protección Social que, a su turno, se dividía en cuatro subcuentas, a saber: i) Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, ii) Subcuenta de solidaridad del régimen subsidiado, iii) Subcuenta de promoción y prevención de salud y, iv) Subcuenta del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT.

El Decreto 4023 de 2011 (compilado en el Decreto 780 de 2016), reguló el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, estableciendo, de manera expresa, el tiempo con el que cuenta el aportante para solicitar la devolución o restitución de cotizaciones realizadas erróneamente.

En efecto, la referida norma indica que el plazo será de seis (6) meses en caso que el aporte sea compensado o de doce (12) meses cuando el aporte no fue compensado.

Así, el artículo 12 del referido Decreto señala:

“Artículo 12. Devolución de cotizaciones. *Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.*

De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC en la fecha establecida para el proceso de corrección de que trata el artículo 19 del presente decreto.

El Fosyga procesara y generara los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del

procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.

Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente a partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.”

Por su parte, el artículo 19 de la norma traída en cita indica que el plazo para solicitar la corrección, cuando el aporte fue compensado, es de seis (6) meses:

“Artículo 19. Proceso de corrección. Las correcciones del proceso de compensación definido en el presente decreto, se presentaran por las EPS o por las EOC, el último día hábil de la tercera semana del mes y procederán únicamente sobre los registros aprobados que se requieran corregir. Una vez aceptado el proceso de corrección, la información se sustituirá y en consecuencia, se podrá ajustar el resultado de la compensación.

Los montos a favor del Fosyga o de las EPS y las EOC que resulten del proceso de corrección y el reconocimiento de recursos a que hubiere lugar, se determinaran de acuerdo con los procedimientos establecidos en este decreto.

Las EPS y las EOC, tendrán un plazo máximo de seis (6) meses para solicitar corrección de registros compensados, salvo en los casos en que la corrección se cause por efecto de ajustes en los pagos de aporte a través de PILA o por orden judicial.”

Por lo anterior y como lo manifiesta el apoderado de la E.P.S., los recursos solicitados mediante los actos Administrativos proferidos por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES se encuentran en poder de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social ADRES, encargada de “*administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA).*

Por lo tanto en virtud del deber que le asiste a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES de la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial, solicito muy respetuosamente a su despacho integrar dentro del presente proceso como **litisconsorcio necesario a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social ADRES.**

EXCEPCIONES DE MERITO

Con el debido respeto formulo las siguientes excepciones a la demanda formulada.

PRIMERA: EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO 4023 DE 2011, POR OPOSICIÓN AL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Decreto 4023 de 2011	Constitución Política
<p>Artículo 12. [...] A partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, <u>dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.</u></p> <p>Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones, <u>dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.</u></p>	<p>ARTICULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005</p> <p>(inciso 3) La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. <u>No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.</u></p> <p>[...] Texto adicionado:</p> <p>Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:</p> <p><i>"El Estado garantizará los derechos, <u>la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional,</u> respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la <u>sostenibilidad financiera</u> de lo establecido en ellas".</i></p>

La excepción de inconstitucionalidad, generalidades.

La Carta Política de 1991 adoptó en su artículo 4.to la excepción de inconstitucionalidad, contemplando que «*La Constitución es norma de normas*» y que «En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Se subraya

Frente a este mecanismo, la Corte Constitucional² ha decantado que se configura como un deber de las autoridades, en el evento en que detecten una contradicción entre una norma aplicable y un precepto constitucional, de inaplicar, en el caso concreto, la norma inconstitucional. Como finalidad ulterior, la excepción de inconstitucionalidad persigue salvaguardar la primacía de la Constitución a través de un control difuso.

La institución bajo estudio puede ser impetrada a petición de parte, o aplicada de oficio por la autoridad o el operador de justicia, siempre que se esté bajo alguna de las siguientes circunstancias:³

1. La norma sea contraria a los cánones superiores y no se haya producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad^{4;5}
2. La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del

² Sentencia SU-132 de 2013.

³ Sentencia T-681 de 2016.

⁴ «toda vez que "de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acomodarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado"».

⁵ Sentencia T-103 de 2010.

Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁶ o

3. En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”.⁷

CASO CONCRETO

Frente al giro indebido de aportes por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones⁸ a la EPS, y de esta a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud,⁹ imprecisión en la que incurrió Colpensiones por culpa exclusiva de los pensionado (exemplado público), quien simultáneamente al estar percibiendo la mesada pensional continuo laborando en entidades estatales,¹⁰ se debe decir que, teniendo en cuenta que se trata de un error, aquellos dineros cancelados indebidamente e injustificadamente deben ser retornados a la administradora de pensiones.

En razón de lo anterior, se expidió el Decreto 4023 de 2011,¹¹ el cual previó la situación *sub examine* en su artículo 12,¹² lo cual significa que desarrolló un procedimiento para efectuar la devolución de los aportes realizados de forma errónea.

No obstante, dicha norma trae consigo unos preceptos que en abstracto resultan ajustados a la Constitución, pero que de ser aplicados en el presente caso resultarían inconstitucionales, razón por la cual deben ser inaplicados por el juez, en tanto cumplen con los requisitos disyuntivos jurisprudenciales de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad comoquiera que *i)* el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 no ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad; y *ii)* la aplicación del artículo 12 de dicho decreto acarrearía consecuencias que no están acordes al ordenamiento iusfundamental.

⁶ Sentencia T-669 de 1996.

⁷ Sentencia T-103 de 2010.

⁸ En adelante «Colpensiones».

⁹ En lo sucesivo «Adres».

¹⁰ Configurándose así una vulneración al artículo 128 de la Constitución Política el cual reza: *Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

¹¹ *Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*

¹² ARTÍCULO 12. DEVOLUCIÓN DE COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 674 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.

De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC el último día hábil de la primera semana de cada mes.

El Fosyga procesará y generará los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.

A partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

Frente a la primera condición, al tratarse de un hecho notorio la inexistencia de un pronunciamiento de constitucionalidad que recaiga sobre el artículo 12 del Decreto, no precisa, pues, de mayores argumentaciones.

En lo atinente al postulado referido a que el precepto contenido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 (sobre el procedimiento para la devolución de aportes) de ser aplicado al caso concreto implicaría una vulneración al ordenamiento iusfundamental, se debe aseverar, sin asomo de duda, que requiere de una argumentación más juiciosa.

Primariamente, es menester exponer que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 estatuye el procedimiento de reintegro de pagos erróneamente efectuados, para cual exige que la solicitud debe presentarse al Fosyga (hoy Adres) por parte de la EPS o de la entidad obligada a cotizar (EOC), dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de pago o, si las cotizaciones fueren anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, dentro de los 12 meses siguientes a la entrada en vigencia del Decreto 674 de 2014 (2/abr/2014)¹³ el cual modificó al 4023 de 2011 y trajo los términos antes descritos y los puntos de partida para iniciar su conteo –caducidad–.¹⁴

Ahora, analizado el asunto de marras, es evidente que Colpensiones adelantó la gestión de devolución de aportes por fuera de los 12 meses establecidos en el decreto infraconstitucional, por lo que a la fecha no existiría medida alguna que tomar, y el dinero, en virtud del artículo 4¹⁵ del plurimencionado decreto, ya pudo haber sido utilizado para alguna de las siguientes destinaciones:

- a. Para el pago de las unidades de pago por capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley; o
- b. Sí hubiere superávit, hasta el 5 % del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, para la constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo.

Es decir, que a los recursos de Colpensiones -resáltese que son recursos de la seguridad social-, se le dio una destinación oficial diferente, pues fueron dirigidos para al pago de las UPC, ora a un fondo de reserva del régimen contributivo.

Dicho lo anterior, nos encontramos frente a una violación directa al artículo 48 superior (perteneciente al catálogo de DD. FF.), el cual establece en su inciso tercero que «[...] No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella», y más adelante, en su inciso quinto (adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005) ordena que «El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional».

¹³ Publicado en el Diario Oficial 49.111 de 2 de abril de 2014.

¹⁴ Vale aclarar que en vigencia del Decreto 4023 de 2011 ya se habían regulado los términos para la solicitud de devolución, pero lo que cambió con la modificación realizada por el Decreto 674 de 2014 fue el momento de solicitar la devolución y los puntos de partida de los términos.

¹⁵ ARTÍCULO 4o. UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE COMPENSACIÓN INTERNA DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. <Artículo compilado en el artículo 2.6.1.1.4 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> Los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, se utilizarán en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. Hasta el cinco (5%) del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, se destinará para a constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo. El Ministerio de la Protección Social definirá el porcentaje aplicable.

Los otros conceptos de gasto de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, tales como apoyo técnico, auditoría, remuneración fiduciaria y el pago de recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud se podrán efectuar sin afectar esta reserva.

De los precitados apartes constitucionales se derivan dos conclusiones:

1. Que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 vulnera la orden constitucional de que los recursos de la seguridad social no pueden usarse para fines diferentes a ella. A esta conclusión se arriba porque los recursos de Colpensiones, girados erróneamente en forma de aportes a la EPS actora, son de la seguridad social, y se les está dando una destinación oficial diferente para la que fueron asignados, esto es, para la administración del régimen de prima media con prestación definida.

Si bien, *a priori*, se podría decir que de los recursos que Colpensiones no solicitó a tiempo su devolución igualmente fueron destinados a la seguridad social, pues la Adres, entidad también de la seguridad social, se apropió de ellos, por lo que no hay vulneración alguna a la Carta Política, se manifiesta categóricamente que esta interpretación carece de sentido lógico.

De tener por cierta la anterior afirmación, sería lo mismo que aceptar la idea descabellada de que cuando en el presupuesto general de la nación se realiza una asignación al sector defensa y por error la Caja de Sueldos de la Policía Nacional realiza un pago de lo no debido a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares nada ocurre, puesto que –ilógicamente– los recursos están destinados a la misma finalidad, cual es el sector defensa.

Sentado lo precedente, resta decir que cuando la Constitución Política de 1991 se refirió a que *no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella*, no lo hizo *lato sensu*, sino que se refería a que a los recursos asignados a las diferentes entidades que componen el sistema de la seguridad social no se les podría dar una destinación diferente para la que fueron asignados, *verbi gratia*, Colpensiones no puede usar los dineros del régimen de prima media con prestación definida para reconocer una pensión que por ley le corresponde a la UGPP bajo la excusa de que finalmente el dinero de la pensión reconocida forma parte de la seguridad social y no se le está dando una destinación diferente.

Luego entonces, la interpretación que se le debe dar al imperativo constitucional es que los recursos asignados a cada entidad de la seguridad social, no pueden ser destinados a finalidades distintas que las que obedezcan a los objetivos de cada ente.

A lo que se pretende llegar con lo anterior, es que a los dineros que Colpensiones giró erróneamente a la accionante se le dio una finalidad diferente, que si bien, en sentido amplio, terminaron en la seguridad social, en estricto sentido no era la finalidad para la que estaban determinados puesto que el Estado los destinó para el régimen de prima media con prestación definida y no para el pago de unidades por capitación, ni para la constitución de fondos de reservas del régimen contributivo.

Así las cosas, se incumplió con el mandato superior de no darle a los recursos de la seguridad social una destinación diferente a ella, ya que, como quedó sentado en líneas precedentes, cuando se destinan recursos de una entidad para las finalidades de otra, aunque ambas pertenezcan a la seguridad social, resalta de bulto la destinación oficial diferente, en cuanto a que las distintas entidades del estado, inclusive cuando pertenecen al mismo sector o sistema, tienen objetivos diferentes.

En síntesis, de ser aplicado el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, y declarar la nulidad de los actos administrativos por considerar el despacho que la solicitud de devolución fue extemporánea y violó el

debido proceso, se incurriría es una violación al ordenamiento iusfundamental, bajo el entendido que la máxima guardadora de la Constitución Política, ha sostenido desde vieja *data* que la seguridad social (art. 48 C. P.) se erige como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano,¹⁶ y no acatar el mandato de no darle una destinación diferente a los recursos de la seguridad social, so pretexto del cumplimiento de una norma adjetiva infraconstitucional (Decreto 4023 de 2011) atenta contra la concepción social y de Derecho bajo la cual se edifica el ordenamiento constitucional nacional, donde en la cúspide de la pirámide normativa se encuentra la Constitución Política como norma de normas.

2. Que en el caso concreto el artículo 12 pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en el entendido que da vía libre a haya un empobrecimiento sin causa de Colpensiones cuando no solicite dentro de los 12 meses la devolución de aportes, y deja a mi representada desprovista de herramientas jurídicas, tanto administrativas como judiciales, para poder recuperar el dinero.

En ese sentido, debe el juzgador inaplicar, en el *sub iudice*, la norma de inferior jerarquía (Decreto 4023 de 2011) por atentar contra el orden iusfundamental al violar al derecho fundamental a la seguridad social contenido en el artículo 48 de la Carta Magna; la presente excepción de inconstitucionalidad se debe ejecutar, asimismo, sustentada en el mandato contenido en el Acto Legislativo 03 de 2011 consistente en que «*La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica*», es decir, que la rama judicial debe colaborar de forma integrada con la ejecutiva cuando evidencie la existencia de fenómenos que puedan poner en peligro la sostenibilidad fiscal de la nación.

En suma, atando todos los cabos, a guisa de conclusión final solo resta solicitar a su señoría, se sirva acoger los presentes argumentos y, en consecuencia, inaplique por inconstitucional, en el caso concreto y con efectos *inter partes*, el artículo 12 del Decreto 4023 de 2012, y en ese hilo conductual, mantenga incólume los actos administrativos expedidos por la Administradora Colombiana de Pensiones.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO A CARGO DE COLPENSIONES

Consiste en que no ha nacido derecho a reclamar contra COLPENSIONES, pero le asiste la obligación a la E.P.S., ya que los pagos de Colpensiones respecto de sus pensionados, servidores públicos activos, por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, fueron erróneamente girados a las cuentas de la EPS correspondiente y de ésta a su vez al FOSYGA hoy ADRES. Lo anterior, en tanto ya el empleador y el trabajador, en sus proporciones legales correspondientes, habían asumido las referidas cotizaciones al amparo de la relación legal y reglamentaria.

COLPENSIONES en su labor administradora realizó el agotamiento del trámite administrativo para solicitar la devolución de los recursos erróneamente girados a la EPS, y para efectos de aterrizar al asunto, el Decreto 4023 de 2011, modificado por el Decreto 674 de 2014, estableció el término de 12 meses contados a partir del respectivo recaudo para efectuar la revisión y ajustes requeridos para lograr la compensación de los recursos. En el mismo sentido de lo referido, pero para efectos de realizar el procedimiento de devolución de cotizaciones erradas, en este caso, teniendo como destinatario a Colpensiones, se advirtió normativamente que dicha solicitud de devolución debía efectuarse dentro de los 12 meses siguientes a la

¹⁶ Sentencia T-164 de 2013.

fecha de pago. Consecuente con lo anterior, se previó que los dineros que no se compensen, deben ser transferidos a las subcuentas del Fosyga una vez generado el resultado de la conciliación mensual.

Por lo tanto, la presente excepción se configura por cuanto al perfeccionarse el traslado de recursos a las EPS y de éstas al FOSYGA hoy ADRES, tras el cumplimiento de los 12 meses que tenía Colpensiones para refutar esos pagos, sin que se hubiera hecho, se configura una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales. Además, hay que recordar es obligación de COLPENSIONES ejercer las acciones administrativas y legales encaminadas a recuperar los recursos indebidamente girados a las EPS y de éstas al Fosyga hoy ADRES.

Finalmente, es importante resaltar que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en las normas anteriores, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

“DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.”

TERCERA: BUENA FE

COLPENSIONES en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la constitución Nacional y de la Ley, conforme lo prescriben entre otros los Artículos 121, 122 y 128 de la Carta Política, siendo esto lo que ha acatado hasta el momento.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo”.

“El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: “El principio de la buena fe, que no es nuevo, sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo”. Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:”

"La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso"

Según lo anterior, la buena fe en la labor misional de COLPENSIONES surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo cual, existiendo la presunción de legalidad del acto que garantiza seguridad jurídica en la decisión prestacional, tal circunstancia permite revestir además bajo la égida de la buena fe el reconocimiento o negación pensional por lo que es de carga exclusiva del demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

CUARTA: GENÉRICA O INNOMINADA

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del proceso.

MEDIOS DE PRUEBAS

- Las solicitadas por la actora son conducentes para el proceso, pero no otorgan nuevos juicios de valor que sean suficientes como para que el señor(a) juez efectúe declaración o condena alguna en contra de mi defendida.
- Por parte de Colpensiones se anexará al presente escrito los **Expedientes Administrativos** de cada uno de los usuarios.
- <https://drive.google.com/drive/folders/1swCP6Cj5UBjr07g1V8fwN2dwDeNo6i8J?usp=sharing>

ANEXOS

1. Poder General debidamente otorgado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la firma Conciliatus S.A.S., representada legalmente por JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.
2. Poder de sustitución debidamente otorgado por el Abogado JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRIGUEZ.
3. Expedientes Administrativos de cada uno de los usuarios.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- Al suscrito en la Calle 26 A #13 – 97 Torre de oficinas Tequendama, Oficina 702.
- E-mail: abaez.conciliatus@gmail.com
- Cel: 300 3687176

Atentamente,



ALEJANDRO BÁEZ ATEHORTÚA

C.C. 1.019.038.607 de Bogotá D.C.

T.P. 251.830 del C.S. de la J.