

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2017-00280-00
DEMANDANTE: EPS FAMISANAR
DEMANDADO: COLPENSIONES

ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la EPS FAMISANAR presentó demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que se declaren los actos administrativos Resolución GNR 38874 del 4 de febrero de 2016 y la Resolución DIR 5178 del 10 de mayo de 2017, donde ordenó a EPS FAMISANAR reintegrar la suma de \$671.600 correspondientes a los aportes hechos por el pagador de la pensión de vejez concedida a la señora MYRIAM LIDA ROJAS DE TORRES al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS que corresponden a los periodos de febrero, marzo, abril y mayo de 2014.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se deje sin valor y efecto las actuaciones administrativas y resoluciones proferidas por parte de la accionada y que son objeto de acción en la presente solicitud.
3. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la COLPENSIONES, cancelar cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por la sanción impuesta, mediante el acto administrativo demandado.

4. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto por el CPACA - Ley 1437 de 2011.

HECHOS

Los hechos descritos por los demandantes, se resumen de la siguiente manera:

La señora Myriam Lida Rojas de Torres identificada con cédula de ciudadanía 41.557.055 se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de EPS FAMISANAR, en calidad de cotizante para los referidos periodos de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, ostentando la calidad de servidor público de la Agencia Nacional de Minería.

En cumplimiento de los requisitos legales, le fue concedida la pensión de vejez mediante Resolución GNR 38874 del 21 de enero 2014, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, entidad que realizó los aportes al SGSSS correspondientes al referido período en calidad de pensionada y así mismo se registró aporte en calidad de cotizante dependiente por parte del empleador Agencia Nacional de Minería.

La Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES ordena a EPS FAMISANAR mediante la Resolución GNR 38874 del 4 de febrero de 2016, la devolución de \$671.600 , correspondientes a los aportes hechos por el pagador de la pensión de vejez concedida a la señora Myriam Lida Rojas de Torres al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS durante los periodo de cotizaciones de febrero, marzo, abril y mayo de 2014.

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES fundamenta el acto administrativo en cita, en lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 19 de la Ley 4 de 1998, que establece que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Indica que la EPS FAMISANAR, mediante escrito radicado el 23 de febrero de 2017 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

La Dirección de Prestaciones Económicas de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, mediante Resolución DIR 5178 del 10 de mayo de 2017, con radicado 2017_1985792__2, resolvió el recurso de apelación confirmando lo ordenado en la Resolución GNR 38874 de 2016, sin dar a conocer lo resuelto al recurso de reposición interpuesto por mi representada.

La solicitud de devolución de aportes no es procedente realizarla, toda vez que, dicho dineros se encuentran en poder del FOSYGA hoy ADRES.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora, formuló como cargos los siguientes:

- **Vulneración al debido proceso**

Señala que a la demandante se le desconoció el derecho fundamental al debido proceso por cuanto: i) no se le notificó de la Resolución que decidió el recurso de reposición, ii) el acto administrativo se fundamentó en presupuestos fácticos inexistentes, por no ser la EPS FAMISANAR la depositaria de los recursos reclamados por COLPENSIONES; iii) el acto administrativo se motivó con base en un concepto que a su juicio es ilegal e inconstitucional, iv) El acto que resolvió la apelación fue emitido por un funcionario carente de competencia y v) COLPENSIONES desconoció respecto del trámite de devoluciones, la integridad el Decreto 4023 de 2011.

- **Falsa Motivación y Ausencia de Motivación Legal del Acto Administrativo**

Precisa que en el presente caso se configura la falsa motivación de la Resolución GNR 38874 del 4 de febrero de 2016 al haber ordenado a EPS FAMISANAR la devolución de aportes, dando por hecho que los dineros correspondiente a las cotizaciones en salud realizados en virtud de la afiliación de la señora Myriam Lida Rojas de Torres, se encuentran en poder de la demandante, cuando ello no es así tal y como lo advirtió en el recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto el 23 de febrero de 2017.

Indica que la administración para resolver el recurso de apelación dio valor probatorio a un concepto emitido por la Gerencia Nacional de Doctrina de la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General de COLPENSIONES sobre la *"Devolución de aportes cotizados indebidamente por COLPENSIONES al Sistema General de Salud"*, con lo que se presenta la falsa motivación del acto administrativo, toda vez que los conceptos no tienen efectos vinculante y por lo mismo no son oponibles frente a terceros. Agregó que adicionalmente, el referido concepto parte de una interpretación errada de lo previsto en el Decreto 4023 de 2011, respecto del que precisa, fue derogado por el Decreto 780 de 2016.

Refiere que en el presente caso, COLPENSIONES de conformidad con la normas que regulan los aportes realizados de forma errada, podía solicitar ante la EPS la devolución de dichos dineros dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de pago, lo que quiere decir que en el caso de los aportes correspondientes a la afiliación de la señora Myriam Lida Rojas de Torres, el plazo feneció en el año 2015, considerando que de acuerdo a lo señalado en los actos administrativos el período cancelado de manera errónea corresponde a los periodos febrero, marzo, abril y mayo de 2014.

De tal manera que al superarse el plazo de los 12 meses siguientes a la realización del pago errado, la EPS pierde competencia para gestionar de manera directa la solicitud de devolución de los aportes ante el FOSYGA ahora ADRES, argumento expuesto por esta EPS en los recursos interpuestos y que no fueron tenidos en cuenta por la Directora de Prestaciones Económicas (Ad Hoc) de COLPENSIONES ya que no es cierto que FAMISANAR haya hecho alusión alguna a la prescripción o caducidad para la recuperación de cotizaciones pagadas erróneamente al sistema de salud, por cuanto lo que se indicó fue la falta de legitimación en la casusa por pasiva de conformidad con lo establecido en las normas mencionadas anteriormente.

En este orden de ideas, COLPENSIONES tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión hechos que no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa, como es que los dineros correspondientes a las cotizaciones se encuentran en poder de EPS FAMISANAR, y omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente, esto es el hecho de que en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 780 de 2011, la EPS había perdido competencia para tramitar la devolución de aportes al haber

transcurrido más de 12 meses desde la realización del pago errado, lo que de ninguna manera se puede interpretar como la configuración del fenómeno jurídico de la prescripción o la caducidad, sino como la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En consecuencia, la administración debió haber elevado la solicitud de devolución de aportes directamente ante el FOSYGA hoy ADRES.

- **Falta de Legitimación por Pasiva**

Resalta que se presenta la falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto no es posible realizar el cobro \$671.600 directamente a FAMISANAR, pues dichos dineros se encuentran en poder del FOSYGA hoy ADRES.

En este sentido, frente a la legitimación en la causa, el Consejo de Estado mediante sentencia 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08) del 25 de marzo de 2010, refirió lo siguiente:

"...En reciente jurisprudencia, esta Corporación(..), ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y

necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...."

- **Expedición del Acto Administrativo por Funcionario Incompetente**

El funcionario público que resolvió el recurso de apelación mediante la Resolución DIR 5178 del 10 de mayo de 2017, carece de competencia, por cuanto a su juicio no resulta lógico que el Director de Departamento sea superior jerárquico de un Gerente Nacional, quien expidió la Resolución por medio de la cual se impone la obligación a EPS FAMISANAR.

Ahora bien, uno de los pilares del servicio público es el ejercicio reglado de competencias, es decir, una autoridad no puede hacer algo que la Constitución o la ley no le permitan.

Indica que el artículo 74 del CPACA, establece que el recurso de apelación lo resolverá el inmediato superior administrativo o funcional y que al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-175 de 2001, refirió:

"Las funciones que en un Estado de Derecho se desempeñan por los servidores públicos, son una actividad que en manera alguna puede ser arbitraria, ni dejarse librada al capricho del funcionario, sino que, siempre se trata de una actividad reglada, cuyo desempeño exige el sometimiento estricto a la Constitución, la ley o el reglamento".

De lo anterior, se infiere que los recursos que se interponen contra los actos administrativos deben ser resueltos por funcionarios con facultades para hacerlo; es decir, que tengan atribuciones para expresar la voluntad de la Administración o de la ley en el acto administrativo.

Para el caso en concreto, se observa que la Resolución DIR 5178 de 2017 se profirió por funcionario carente de competencia para decidir en sede de apelación el caso objeto de debate en sede administrativa, ya que el superior Jerárquico de las Gerencias según la estructura organizacional reportada en la página web de COLPENSIONES son las vicepresidencias y no el Director de Prestaciones Económicas situación totalmente contraria a la ley al no contar con la competencia para ello.

Conforme a lo anterior se concluye, que el acto emitido por el Director de Prestaciones Económicas es totalmente contrario a la ley al no contar con la competencia para ello.

- **Cobro de lo Debido**

Teniendo en cuenta que una vez la EPS recibe el aporte correspondiente a la cotización, este surte el proceso de compensación establecido en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, el cual se encuentra desarrollado en el artículo 2.6.1.1.2.1 del Decreto 780 de 2016, entre otros; es claro que la EPS no se apropia del valor total de la cotización, motivo por el cual el pretender que FAMISANAR realice la devolución del 100% del aporte realizado por COLPENSIONES, constituye un cobro de lo no debido.

Así mismo, es pertinente mencionar que en los eventos en los que para un mismo período se reciben dos o más cotizaciones provenientes de distintas entidades (entiéndase empleador y fondo de pensiones), a las EPS el FOSYGA, actualmente ADRES, para el período con doble aporte solamente les reconoce a las EPS el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) por 30 días compensados independientemente de la cantidad de pagos que haya recibido la EPS para una misma vigencia; lo anterior, por cuanto legalmente no es dable que las EPS compensen mensualmente más de 30 días.

Finalmente, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, pretende obtener el pago de sumas no debidas amparadas en una presunta legalidad, en este caso lo establecido el Decreto 4023 de 2011 artículo 12; norma que fue derogada y actualmente se encuentra contenida en el Decreto 780 de 2016.

3. Contestación de la demanda

3.1 COLPENSIONES

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal, por lo que solicitó al Despacho abstenerse de fallar de manera condenatoria y propuso como excepciones las siguientes:

- **Inexistencia del derecho reclamado**

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 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, 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.

- **Prescripción**

Indica que presenta la excepción de prescripción sin que por ello se reconozca derecho alguno a la demandante y se formula sobre cualquier derecho que se hubiere causado a la actora.

- **Buena Fe**

Señala que COLPENSIONES en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la Constitución Política 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.

Según lo anterior, la buena fe en la labor misional de COLPENSIONES surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución y la ley como a lo definido por la Corte Constitucional permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo que es carga exclusiva del demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

3.2 ADRES

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES se opone a la prosperidad de las pretensiones planteadas en la demanda en razón a que es tarea indelegable y primordial del Estado la protección de los recursos del Sistema de Seguridad Social y formuló razones de defensa las siguientes:

- **Inexistencia de deber de restablecimiento o indemnizatorio de ADRES al no ser quien manifestó su voluntad a través del acto administrativo demandado.**

En relación al presunto perjuicio que se le pudiere causar a la actora por la expedición de un acto administrativo, indica que el mismo no puede ser atribuido a ADRES, ya que no es la llamada a atender el restablecimiento de un presunto derecho por la aparente ilegalidad de un acto administrativo expedido por COLPENSIONES; por el contrario, no puede desconocerse el principio de legalidad al que se encuentra sujeta, para concluir de manera equivocada que esa entidad tuviera que terminar asumiendo la carga indemnizatoria por la expedición de un acto que no emana de su voluntad o de alguno de sus funcionarios.

De los hechos narrados por la entidad demandante, con relación al eventual perjuicio que se les pudiere causar, respecto de sus derechos económicos con la expedición de los actos administrativos, éste no puede ser atribuido a ADRES, ya que, si bien esta entidad hace parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, es un organismo que como tal cumple cabalmente sus funciones.

En el caso objeto de discusión ADRES no suscribió las resoluciones objeto de la acción que aquí se incoa, lo que significa que no está obligada a asumir el restablecimiento del presunto derecho exigido por la actora, la cual valga decir, se limita a la declaración de inexistencia de una obligación, frente a la cual ADRES, no tiene la calidad de deudor o acreedor.

- **Ruptura del nexo causal por hecho de un tercero, el daño es ocasionado por un tercero sin vínculo o relación con la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud - ADRES.**

En el presente asunto se presenta un eximente de responsabilidad como lo es el hecho exclusivo de un tercero, en tanto que ADRES no

participó en la expedición de las resoluciones proferidas por COLPENSIONES.

- **Inexistencia de nexo de causalidad**

Señala que el daño ocasionado por la presunta ilegalidad de los actos administrativos demandados, no recae en ADRES, y que por el contrario, es imputable de manera exclusiva a COLPENSIONES.

- **Inexistencia de solidaridad de las obligaciones de la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES y la administradora ADRES.**

El demandante de manera equivocada considera, que de la presunta ilegalidad de los actos administrativos demandados se deriva una consecuente solidaridad entre COLPENSIONES y ADRES.

Sin embargo, tal apreciación es desatinada y carece por completo de soporte jurídico, ya que no se configura la solidaridad entre dos personas previstas de manera legal, convencional y testamentaria, por cuanto ADRES no profirió los actos administrativos demandados.

4. Actuación procesal

La demanda se presentó el 27 de noviembre de 2017 y por reparto le correspondió a este Juzgado (Fl. 63).

Por auto del 28 de febrero de 2018 se admitió la demanda (Fls. 65 a 71).

El 2 de noviembre de 2018, se fijó en lista y se corrió traslado de las excepciones formuladas por la demandada (Fl. 132).

Por auto del 18 de enero de 2019, se tuvo por contestada la demanda por COLPENSIONES, por el Litis consocio facultativo y se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial (Fl. 139).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 26 de febrero de 2019, en la que se realizó el saneamiento, se decidieron las excepciones previas, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión (Fls. 141 a 147).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión (Fls. 178 a 194).

6. Alegatos de conclusión

6.1 Parte demandante

Reitera los argumentos expuestos en la demanda y precisó que COLPENSIONES únicamente podía solicitar ante la EPS la devolución de aportes realizados de manera errada dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de pago, de tal manera que los aportes correspondientes a la afiliación de la señora Myriam Lida Rojas de Torres feneció el plazo en el 2015 de conformidad con la Resolución GNR 38874 (Fls. 178 a 181).

6.2 ADRES

Insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda para advertir que en el caso específico era obligatorio descontar de las mesadas pensionales reconocidas a la señora Myriam Lida Rojas de Torres las cotizaciones por concepto de salud, indistintamente de la entidad que practicara el descuento.

Advierte que en el presente asunto ADRES ni la EPS deben a la actora lo reclamado, en razón a que lo descontado del pago de retroactividad de la pensión es parte de las cotizaciones que en salud, obligatoriamente deben realizar los pensionados, por lo que solicitó declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas (Fls. 182 a 189).

6.3 COLPENSIONES

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda para concluir que no le asiste derecho a la parte demandante para la prosperidad de las pretensiones por presentarse la ausencia de sustento jurídico.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir el caso sub examine.

2. Fijación del litigio

En la audiencia inicial se fijó el litigio en los siguientes términos:

Establecer si por los cargos expuestos en la demanda, es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados Resoluciones GNR 38874 del 4 de febrero de 2016 y DIR 5178 del 10 de mayo de 2017, por medio de las cuales se ordenó a la demandante el reintegro de \$671.600, correspondientes a los aportes hechos por COLPENSIONES al sistema de seguridad social en salud respecto de la señora Myriam Lida Rojas de Torres, para los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, o si por el contrario, como lo afirma la parte demandada los actos administrativos, se encuentran ajustados a derecho y por lo tanto se deben negar las pretensiones de la demandada.

3. Problema jurídico

Conforme a la fijación del litigio, el problema jurídico se contrae a determinar la oportunidad prevista en la normativa para realizar el cobro administrativo directo, relativo a la devolución de aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, cuando el aportante lo realiza de manera errada a la EPS.

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- Mediante la Resolución GNR 38874 del 4 de febrero de 2016 (Fls. 30 a 32) el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios Prestaciones de COLPENSIONES precisó:

"Que mediante resolución No. GNR 20026 del 21 de enero de 2014, esta entidad reconoció pensión de vejez el(a) señor(a) ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA, identificado(a) con CC No. 41557055, para el año de 2014 en cuantía de \$1.399.307.00, dejada en suspenso por no acreditar el retiro del servicio laboral.

Que revisado el aplicativo de nómina de pensionados de COLPENSIONES, el(a) señor(a) ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA fue incluida en nómina en el periodo 201402.

Que el(a) señor(a) ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA , encontrándose activo en la nómina de pensionados, se encontraba vinculado activamente al servicio oficial en la entidad AGENCIA NACIONAL DE MINERIA, razón por la cual se suspendió la prestación en junio de 2014.

Por medio de la Resolución No. GNR 331828 del 23 de septiembre de 2014 esta entidad reliquido la pensión de vejez a partir del 01 de febrero de 2014 en cuantía de \$1.415.922.00, generando a favor un retroactivo por \$102.305.00. Así mismo se efectuó cobro a la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA por valor de \$7.597.389.00 y a la EPS FAMISANAR por valor de \$839.500.00.

Es de aclarar que la antepuesta resolución no fue ingresada en la nómina de pensionado, razón por la cual el valor de retroactivo reconocido no fue cobrado.

Revisado el expediente pensional y la base de información institucional (compartida) y obra la resolución No. 397 del 24 de junio 2014 emitida por el AGENCIA NACIONAL DE MINERIA donde acepta renuncia a partir del 02 de julio de 2014 a la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA, identificado(a) con CC No. 41557055.

Por otra parte se verifico el aplicativo de historia laboral y se evidencia la. novedad "R" que corresponde al retiro del servicio para el periodo 01 de julio de 2014, efectivo a partir del 02 de julio de 2014.

Adicionalmente se le hace saber a la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA y a la Entidad Promotora de Salud FAMISANAR, que con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales de contradicción y debido proceso, en esta oportunidad se procede a otorgar los recursos que por Ley le asisten en contra de la presente Resolución; toda vez que en la resolución GNR 331828 del 23 de septiembre de 2014, no se concedieron los mismos a favor de la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA y de la Entidad Promotora de Salud mencionada.

Que 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.

Mediante la Resolución GNR 20026 del 21 de enero de 2014, esa entidad, reconoció pensión de vejez a la señora Rojas de Torres Myriam Lida, identificada con cedula de ciudadanía 41.557.055, para el año de 2014 en cuantía de \$1.399.307.00, que se dejó en suspenso por no acreditar el retiro del servicio laboral.

Que revisada la base de reintegros de la nómina de pensionados se evidencia que los valores NETOS girados a la asegurada correspondiente

a los periodos de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, no se encuentra reintegrado por la entidad bancaria y/o afiliado por lo que se infiere que fueron debidamente cobradas.

Adicionalmente al existir acto administrativo de retiro donde se señala con fecha exacta el retiro, esto es 02 de julio de 2014, motivo por el cual esta administradora efectuó cobro mediante nota crédito No. 40.993.460 por valor de \$46.643.00 (valor calculado sobre la mesada bruta), incurriendo en un error aritmético por cuanto el valor real a cobrar corresponde a la suma de \$41.046.00, (valor calculados sobre la mesada neta), existiendo una diferencia a favor de la afiliada por la suma de \$5.597.00 (CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE).

Que el valor girado a la Entidad Promotora de Salud FAMISANAR corresponde a la suma de \$671.600.00, monto que deberá reintegrar, correspondientes a los períodos que a continuación se detallan: Febrero de 2014 \$167.900.00, Marzo de 2014 \$167.900.00, Abril de 2014 \$167.900.00 y Mayo de 2014 \$167.900.00, para un total de \$671.600.00.

Es preciso aclarar a la FAMISANAR que los cobros realizados por aportes a salud de acuerdo a la normatividad vigente efectuados en el presente acto administrativo, corresponden a la vigencia de los periodos de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2014.

Que de conformidad con lo anterior, deberá notificarse este acto administrativo a la Entidad Promotora de Salud FAMISANAR Y/O FOSYGA, con el fin que reintegre a COLPENSIONES, el valor enunciado en los acápites anteriores.

Que de conformidad con lo anterior, el presente acto administrativo presta mérito ejecutivo y será remitido a la Gerencia Nacional de Cobro debidamente ejecutoriado y en firme, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 y normas concordantes, para que de acuerdo con su competencia inicie el proceso de cobro coactivo administrativo con base en el procedimiento que rige la materia y el Manual de Cobro de COLPENSIONES.

Son disposiciones aplicables: Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- En la parte resolutive de la Resolución Resolución GNR 38874 del 4 de febrero de 2016, se dispuso:

"ARTÍCULO PRIMERO: Ordénese un pago único a favor de la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA, identificado con CC No. 41557055 por valor de \$5.597.00 (CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE), el cual será ingresado en la nómina del periodo 201602 que se paga para el periodo 201603, en la entidad bancada BANCOLOMBIA ABONO A CUENTA FLORALIA de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordénese a la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA, identificado con CC No. 41557055 devolver el valor de \$4.925.628.00 que corresponden al período de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Ordénese a la Entidad Promotora de Salud FAMISANAR Y/O FOSYGA, devolver el valor de \$671.600.00 que corresponden al período de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTICULO CUARTO: Remítase a la Gerencia Nacional de Cobro, el presente título ejecutivo debidamente ejecutoriado, para que inicie el proceso de cobro coactivo en contra de la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA, identificado con CC No. 41557055 y a la Entidad Promotora de Salud COMPENSAR Y/O FOSYGA, de conformidad con lo expuesto en la presente resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Informar a la FAMISANAR que de acuerdo a lo expresado en la parte motiva del presente acto administrativo los cobros por aportes a salud corresponden a la vigencia de los periodos de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2014.

ARTÍCULO SEXTO: El presente acto administrativo debidamente ejecutoriado, prestará mérito ejecutivo, de conformidad con los considerandos de la presente resolución.

ARTÍCULO SEPTIMO: Ejecutoriado el presente acto administrativo se remitirá a la Gerencia Nacional de Cobro, quien iniciará el proceso de cobro coactivo y el deudor podrá realizar el respectivo pago en esta instancia.

ARTÍCULO OCTAVO: Notifíquese a la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA y a la Entidad Promotora de Salud FAMISANAR Y/O FOSYGA haciéndoles saber que en caso de inconformidad contra la presente resolución, pueden interponer interponer por escrito los recursos de Reposición y/o de Apelación. De estos recursos podrá hacerse uso dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, manifestando por escrito las razones de inconformidad, según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" (Fls. 31 vuelto y 32)

- El 23 de febrero de 2017 (Fls. 45 a 51) el apoderado general de FAMISANAR EPS interpuso los recursos de reposición y apelación, con los que advirtió la falta de legitimación en la causa por pasiva de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, por cuanto establece que 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 12 meses siguientes a la fecha de pago.

Por lo anterior, señaló la falta de legitimación de EPS FAMISANAR LTDA, frente a la devolución ordenada en el acto administrativo recurrido, pues por disposición legal la entidad se encuentra imposibilitada para atenderla, ya que el término para solicitar a la EPS la devolución de los periodos pagados doble vez venció de acuerdo a lo determinado en la norma referida, siendo improcedente dicha solicitud de devolución ordenada mediante Resolución GNR 38874 del 4 de Febrero de 2016, a la vez que indicó que se configura la falta de motivación.

- A través de la Resolución SUB 339007 del 17 de abril de 2017 (Fls. 58 a 62) la Subdirección de Determinación V (A) resolvió de manera adversa el recurso de reposición.

El referido acto administrativo se fundamentó en el concepto 2016_5311055 del 26 de mayo de 2016, emitido por esa entidad para concluir que las acciones administrativas y legales previstas para recuperar las cotizaciones pagadas erradamente al Sistema General de Salud, no están afectadas por el fenómeno de la prescripción ni la caducidad.

- Mediante la Resolución DIR 5178 del 10 de mayo de 2017 (Fls. 53 a 56 vuelto) la Directora de Prestaciones Económicas (Ad Hoc) de COLPENSIONES, resolvió el recurso de apelación conformado la Resolución GNR 38874 de 4 de febrero de 2016, "que ordenó a la Entidad Promotora de Salud FAMISANAR, devolver el valor de \$671.600.00 que corresponde al periodo de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-", decisión que se edificó en el concepto BZ_2016_5311055 de 26 mayo de 2016, emanando de la Gerencia Nacional de Doctrina de la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General, en el que se hizo referencia a lo siguiente:

"B. Inexistencia de la prescripción o la caducidad respecto a la recuperación de cotizaciones pagadas erróneamente al Sistema General en Salud.

El artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1º 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 condenen 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 para fiscal 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 1º 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 para el traslado de los recursos indebidamente girados.

Ahora, tratándose de recursos de naturaleza para fiscal 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 para fiscal 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."

D. El giro indebido de recursos parafiscales a otras entidades no configura para el destinatario el derecho a su apropiación y disposición

"Es preciso destacar que en el presente caso se estructuran todos los elementos del pago de lo no debido; lo anterior, como quiera que i. Es claro que las EPS y el Fosyga recibieron por parte de COLPENSIONES los recursos pertenecientes al fondo común de naturaleza parafiscal en pensiones, ii. Que ese pago carece de fundamento jurídico real, en tanto la obligación de cotizar por determinados servidores públicos fue cumplida por el empleador y el trabajador en las proporciones legales

correspondientes y porque ni las EPS ni el Fosyga están facultadas para recibir, administrar o disponer recursos parafiscales de naturaleza pensional, las cuales, al tener una destinación específica, deben ser reinvertidos en el mismo sistema".

La sociedad demandante formula los cargos: **i)** Vulneración al debido proceso, **ii)** Falsa Motivación y Ausencia de Motivación Legal del Acto Administrativo, **iii)** Falta de Legitimación por Pasiva y **iv)** Expedición del Acto Administrativo por Funcionario Incompetente.

El Juzgado resolverá de manera conjunta los cargos: Vulneración al debido proceso, Falsa Motivación y Ausencia de Motivación Legal del Acto Administrativa y Falta de Legitimación por Pasiva, en cuanto guardan relación respecto del plazo establecido para solicitar la devolución de los recursos como cotización al sistema de Seguridad Social en salud y posteriormente en caso de ser necesario, se pronunciará respecto de la competencia de los funcionarios de COLPENSIONES para decidir los recursos de conformidad con los Acuerdos emanados de esa entidad, respecto a la organización y competencias internas, según las reformas realizadas respecto de la estructura de la entidad demandada.

Para decidir el problema jurídico planteado en el presente medio de control, el Juzgado se apoya en lo siguiente:

- **Marco previsto para la devolución de aportes de manera errada**

El Decreto 4023 de 2011, "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", estableció:

"Artículo 1º. Objeto. El objeto del presente decreto es establecer el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación, el mecanismo de control y seguimiento al recaudo de aportes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y el procedimiento operativo para realizar el proceso de compensación, de acuerdo con lo definido en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Artículo 2º. *Ámbito de aplicación.* El presente decreto aplica a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), Entidades Obligadas a Compensar (EOC), al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y a su Administrador Fiduciario.

Artículo 11. *Definición del proceso de Compensación.* Se entiende por compensación, el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas de manera plena por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), para cada periodo al que pertenece el pago de la cotización; los recursos destinados a financiar la subcuenta de Promoción de la Salud del Fosyga, los de solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud que financian la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga y los recursos que el Sistema reconoce a las EPS y a las EOC por concepto de Unidades de Pago por Capitación (UPC).

Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se trasladarán a las respectivas subcuentas del Fosyga y este, a su vez, girará o trasladará a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor. En el proceso de compensación se reconocerán a las EPS y EOC los recursos para financiar las actividades de promoción y prevención. De igual forma, se reconocerán los recursos de la cotización a las EPS y a las EOC para que estas entidades paguen las incapacidades por enfermedad general a los afiliados cotizantes.

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 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.

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". (Resalta el Despacho)

El referido Decreto entró en vigencia el 28 de octubre de 2011 y fue modificado por el Decreto 674 del 2 de abril de 2014, "Por el cual se modifican los plazos en el proceso de compensación y funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones", de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1o. Modificase el artículo 12 del Decreto número 4023 de 2011, el cual quedará, así:

"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 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". (Resalta el Despacho)

Mediante el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social", en el cual se estableció:

"Artículo 2.6.1.1.2.2. 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 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**". (Resalta el Despacho)

Artículo 2.6.4.3.1.1.6. Proceso de corrección de registros aprobados. Las correcciones de los registros aprobados en el proceso de compensación se presentarán por las EPS y las EOC, el último día hábil de la segunda semana de cada mes y se corregirán los registros en las bases de datos del proceso de compensación.

La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación. Los montos a favor de la ADRES o de las EPS y EOC que resulten del proceso de corrección y el reconocimiento de recursos a que hubiere lugar, se girarán de acuerdo con el mecanismo definido para el efecto.

Las EPS y 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 aportes a través de PILA o por orden judicial.

Parágrafo. Por efecto de la firmeza establecida en el artículo 16 de la Ley 1797 de 2016, no habrá declaración de corrección a registros aprobados en virtud del Decreto 2280 de 2004. Los ajustes que efectúe el aportante a períodos en vigencia del mencionado decreto serán registrados por la EPS y EOC en su sistema de información y las cotizaciones recaudadas se girarán a la ADRES, en el marco del proceso de compensación de que trata el presente Capítulo.

Artículo 2.6.4.3.1.1.8. Devolución de cotizaciones no compensadas. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y EOC la devolución de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la procedencia de la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud del aportante.

De ser procedente, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones la debe presentar la EPS o EOC a la ADRES el último día hábil de la primera semana del mes. La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados y recursos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación.

Las EPS y EOC una vez recibidos los resultados y los recursos del procesamiento de la información por parte de la ADRES, deberán girar los recursos al aportante en el transcurso del día hábil siguiente.

Parágrafo 1º. Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS y EOC la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

Parágrafo 2º. La ADRES efectuará la devolución de aportes al prepensionado por el periodo cotizado, en los términos del artículo 2.1.8.4 del presente decreto.

Por su parte, la Ley 1873 de 2017, reguló lo referente a la devolución de aportes de la siguiente manera:

ARTÍCULO 119. 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. (Resalta el Juzgado).

De conformidad con el artículo 144 ídem, se precisó que la referida ley rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2018.

Acorde con lo previsto en los Decreto 4023 de 2011, 674 del 2 de abril de 2014 y Decreto 780 del 6 de mayo de 2016, **hasta el 31 de diciembre de 2017**, era posible realizar la devolución de apartes girados de manera errada dentro de los **12 meses** siguientes a la fecha de pago y a partir del **1 de enero de 2018**, por disposición expresa de la Ley 1873 de 2017, la referida solicitud de devolución se podrá realizar en cualquier tiempo.

Análisis del Juzgado

De conformidad con lo probado en el proceso y las precisiones realizadas, COLPENSIONES realizó el pago a la EPS FAMISANAR respecto de las cotizaciones para la seguridad social en salud de la señora Myriam Lida Rojas de Torres durante los meses de **marzo, abril, mayo y junio de 2014**, cuando la señora aún se encontraba vinculada a la Agencia Nacional de Minería, por lo que solicitó a la EPS FAMISANAR el cobro por vía administrativa a través de la Resolución CNR 38874 del **4 de febrero de 2016** (Fls. 30 a 32).

Por lo tanto, advierte el Despacho que para el **4 de febrero de 2016**, se encontraba vigente el Decreto 4023 de 2011, en el que de manera clara se estableció en el artículo 12 ídem, que **“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”**.

De tal manera que para ese momento, no estaba definido en ninguna norma la posibilidad de realizar de manera directa el cobro y reintegro de los dineros girados erradamente a las EPS diferente al término de los 12 meses siguientes al giro de las respectivas cotizaciones definido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

En este punto el Juzgado advierte que el referido plazo se mantuvo vigente entre el 26 de octubre 2010 (fecha de expedición del Decreto 4023) hasta el 31 de diciembre de 2017 (por virtud de la promulgación de la Ley 1873 de 2017) por lo que a partir del 1 de enero de 2018, el cobró ya no se circunscribe al plazo de los 12 meses siguientes a partir del giro errado sino que podrá realizarse en cualquier tiempo.

Acorde con lo anterior, el reintegró de los recursos realizado por COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 38874 del 4 de febrero de 2016 realizado a FAMISANAR EPS, resulta extemporáneo por cuanto se superó el plazo de los 12 meses siguientes al giro de los mismos, de tal suerte que como el pago comprende los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2014, se contaba hasta los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2015 respectivamente, para hacer la reclamación respecto del pago irregular del giro de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, no obstante, como COLPENSIONES realizó el cobro hasta el **4 de febrero de 2016**, feneció la oportunidad para realizar la exigibilidad del mismo de manera unilateral.

Por lo expuesto, se presenta la falsa motivación en los actos administrativos que decidieron los recursos de reposición y apelación, en tanto que se hizo referencia a que la exigibilidad se podría realizar en cualquier tiempo, premisa que solo es aplicable por virtud de los dispuesto por el legislador en la Ley 1873 de 2017 única y exclusivamente a partir del **1 de enero de 2018**, de tal manera que como dicha prerrogativa no puede aplicarse de manera retroactiva las Resoluciones DIR 5178 del 10 de mayo de 2017 y SUB 33907 del 17 de abril de 2017, adolecen de la falsa motivación en cuanto se edificaron en la posibilidad de exigirse por vía administrativa directa en cualquier tiempo, cuanto claramente el Decreto 4023 de 2011 estableció del plazo de los 12 meses siguientes al pago.

Ahora bien, ante el posible enriquecimiento sin justa causa para FAMISAANAR y el Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES- tal definición no es procedente de manera unilateral por parte de COLPENSIONES, en tanto que se itera, las facultades dadas en el Decreto 4023 de 2011, a la aportante COLPENSIONES para que de manera directa realizará la devolución de las mismas mediante procedimiento administrativo, resultaba procedente en el término de los 12 meses siguiente al giro irregular de las cotizaciones para salud de la señora Myriam Lida Rojas de Torres realizadas FAMISANAR EPS.

Adicionalmente, encuentra el Juzgado que pese a que tal circunstancia fue advertida por la demandante a través de los recursos de reposición y subsidiario de apelación (Fls. 41 a 51) la entidad motivó la resolución adversa de los mismos, en la inexistencia de caducidad e imprescriptibilidad de los aportes, asunto que no era objeto del debate sino a la oportunidad para realizar la exigibilidad del reintegro de los recursos a la luz de lo previsto en el Decreto 4023 de 2011, que a pesar de haber sido citado por COLPENSIONES concluyó lo no previsto en la norma y edificó las decisiones de mantener el acto recurrido en un concepto de la propia entidad, que no guarda relación alguna con el término definido para la exigibilidad de las cotizaciones, cuando estaba claramente establecida la oportunidad para el cobro administrativo, por lo que se configura la falsa motivación alegada, la falta de legitimación por pasiva de la demandante y la vulneración al debido proceso, razón por la que prosperan los cargos estudiados y se negará la excepción de inexistencia del derecho reclamado.

Por otra parte, el presente asunto no es objeto de análisis de derechos prestacionales como erradamente lo expuso la demandada en su defensa, de tal modo que no es posible realizar un estudio respecto de la prescripción, en tanto que se discute la legalidad de los actos demandados, en los que no se niegan derechos de la demandante sino que se le impone un carga como lo es el reintegro de recursos solicitados de manera extemporánea por COLPENSIONES por lo que no prospera la excepción de prescripción indebidamente formulada por la demandada.

Ante la prosperidad de los cargos de nulidad antes analizados de manera conjunta, el Juzgado se releva de realizar el estudio de los demás cargos formulados por la sociedad demandante¹.

Así las cosas, se declarará no probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y prescripción propuesta por COLPENSIONES y ante la prosperidad de los mencionados cargos declarará la nulidad de las Resoluciones GNR 38874 del 4 de febrero de 2016, SUB 33907 del 17 de abril de 2017 y DIR 5178 del 10 de mayo de 2017, proferidas por COLPENSIONES.

¹ El Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos entre los que se destacan las Sentencias del 31 de mayo de 2012 (Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2007-00232-01(18227) Actor: Rafael Alberto Galvis Chaves Demandado: Distrito Capital de Bogotá. M.P. William Giraldo Giraldo) y 6 de abril de 2011 (Sección Tercera Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483) Actor: Karina Cabrera Donado. Demandado: Municipio de Chima-Córdoba) ante la acreditación de uno de los cargos que conlleva a la nulidad del acto se releva del estudio de los demás cargos formulados.

De igual manera, en cuanto al restablecimiento del derecho, como la demandante no acreditó el pago de las cotizaciones realizadas por COLPENSIONES, teniendo en cuenta los efectos de la nulidad de los actos acusados, conlleva a determinar que no está obligada a cancelar valor alguno por tal concepto y en caso de que lo haya hecho, se le devolverá el referido pago conforme lo dispone el inciso final del artículo 187 del CPACA.

Condena en costas.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado y prescripción, propuestas por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Declarar la nulidad de las Resoluciones GNR 38874 del 4 de febrero de 2016, SUB 33907 del 17 de abril de 2017 y DIR 5178 del 10 de mayo de 2017, que ordenaron reintegrar la suma de \$671.600, correspondientes a los aportes hechos por el pagador de la pensión de vejez concedida a la señora Myriam Lida Rojas de Torres al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS que corresponden a los periodos de febrero, marzo, abril y mayo de 2014, de conformidad con lo precisado en la parte motiva.

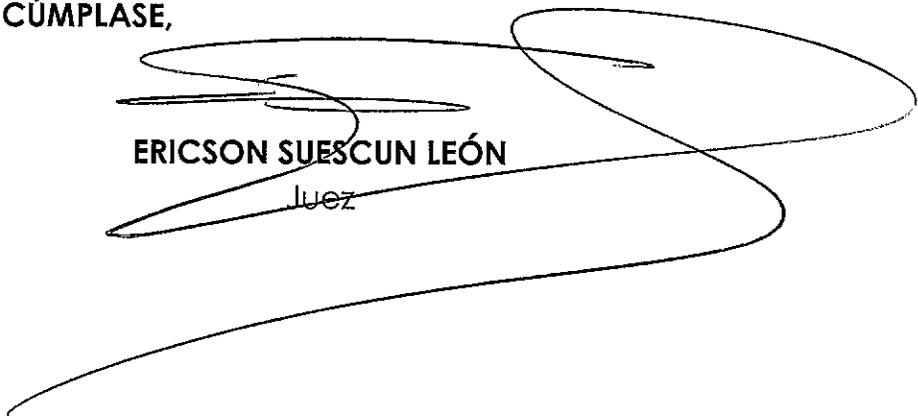
TERCERO. A título de restablecimiento **declárase** que la EPS FAMISANAR, ni ADRES, están obligadas a cancelar valor alguno a favor de COLPENSIONES y en caso de que se haya realizado se deberá reintegrar el valor de lo cancelado por concepto de la multa impuesta junto su indexación, en los términos del inciso final del artículo 187 y artículo 192 del CPACA.

CUARTO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso

QUINTO. En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

SEXTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ERICSON SUESCUN LEÓN

Juez

oms

