JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control:	**Nulidad y Restablecimiento del derecho.**
Radicación:	**110013337042 2018 00047 00**
Demandante:	**SALUD TOTAL E.P.S.**
Demandado:	**COLPENSIONES.**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante: SALUD TOTAL EPS., identificada con NIT 800.130.907-4.

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

OBJETO

Declaraciones y condenas

1. Resolución GNR 53270 del 19 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado. Resolución GNR

269348 del 12 de septiembre de 2016, a través de la cual se resuelve negativamente un recurso de reposición interpuesto contra el precitada acto y VPB 38263 del 4 de octubre de 2017, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.

2. Resolución GNR 57804 del 24 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado. Resolución GNR 266651 del 9 de septiembre de 2016, a través de la cual se resuelve negativamente un recurso de reposición interpuesto contra el precitada acto y VPB 38375 del 4 de octubre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.
3. Resolución GNR 410979 del 17 de diciembre de 2015, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado. Resolución GNR 267289 del 9 de septiembre de 2016, a través de la cual se resuelve negativamente un recurso de reposición interpuesto contra el precitada acto y VPB 38368 del 4 de octubre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.
4. Resolución GNR 49122 del 15 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado. Resolución GNR 263944 del 7 de septiembre, a través de la cual se resuelve negativamente un recurso de reposición interpuesto contra el precitada acto y VPB 37522 del 28 de septiembre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.
5. Resolución GNR 49306 del 16 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado y Resolución VPB 37464 del 28 de septiembre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.
6. Resolución GNR 35630 del 2 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado. Resolución GNR 266004 del 8 de septiembre de 2016, a través de la cual se resuelve negativamente un recurso de reposición interpuesto contra el precitada acto y VPB 38082 del 3 de octubre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.
7. Resolución GNR 41338 del 8 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado y VPB 37601 del 28 de septiembre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.

8. Resolución GNR 50704 del 17 de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado y VPB 37580 del 28 de septiembre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.
9. Resolución GNR 34397 del primero (1) de febrero de 2016, mediante la cual se ordena el reintegro de aportes en salud de un afiliado y VPB 38037 del 3 de octubre de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial.

Así mismo pide a título de restablecimiento: i) se ordene a Colpensiones, tener por retiradas del ordenamiento jurídico las decisiones enjuiciadas contenidas en las resoluciones demandadas y ii) se ordene a la demandada de abstenerse de proferir futuros actos administrativos que sean declarados nulos.

Igualmente pretende se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del de los artículos 187, 189, 195 e inciso 1 artículo 192 del CPACA y se condene en costas a la entidad demandada.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

1. Los señores María Beatriz Gómez Valencia, Luz Etna Cortes de Segura, Fernando Emiro Triana Cardozo, Patricia Mercedes Pérez Torres, Luz Janeth Flores de Melo, Leonor Sastoque, Janeth Pineda Duarte, Dayda Rosa Tinoco de Pérez, maría Cristina Sánchez Rubio, son afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de Salud Total EPS-S S.A., y al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través de la demandada Colpensiones.

2. A los ciudadanos mencionados con antelación les fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones, pese a que los mismos no habían acreditado el retiro definitivo del servicio oficial, (lo que implicaba un doble ingreso del erario público). En todo caso, la entidad accionada afirma que efectuó los respectivos descuentos para salud respecto de dichos ingresos, tal como lo dispone la normatividad aplicable.

3. Colpensiones decidió adelantar una serie de actuaciones administrativas de oficio, en las que sin haber sido parte Salud Total EPS-S S.A., sino solo hasta el momento en que notificó el acto administrativo definitivo, ordenó a dicha empresa de manera unilateral el reintegro de unas sumas de dinero por concepto de mayor valor o doble cotización en aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto de cada uno de los usuarios señalados anteriormente, dictando en este caso los siguientes actos administrativos, así:

4. **Caso de la señora María Beatriz Gómez Valencia:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la Resolución GNR 53270 del 19 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar el reintegro de una suma equivalente a $209.500., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Gómez Valencia.

5. El día 29 de Julio de 2016, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión anterior.

6. Colpensiones resolvió recurso de reposición mediante Resolución GNR 269348 del 12 de septiembre de 2016, decidiendo no reponer el acto inicial y concediendo el recurso de apelación. Pues bien a través de Resolución VPB 38263 del 04 de octubre de 2016 dicha entidad resuelve la apelación en el sentido de confirmar en su totalidad la voluntad administrativa primigenia, haciendo entrega de aviso de notificación del mismo el día 31 de agosto de 2017.

7. **Caso de la señora Luz Etna Cortes de Segura:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la Resolución GNR 57804 del 24 de febrero de 2016, la cual dispuso ordenar el reintegro de una suma equivalente a $196.700., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Cortes De Segura.

8. El día 29 de julio de 2016, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión anterior.

9. Colpensiones resolvió recurso de reposición mediante Resolución GNR 266651 del 09 de septiembre de 2016, decidiendo no reponer el acto inicial y concediendo

el recurso de alzada ante su superior jerárquico. Pues bien a través de Resolución VPB 38375 del 04 de octubre de 2016 dicha entidad resuelve la apelación en el sentido de confirmar en su totalidad la voluntad administrativa primigenia, haciendo entrega de aviso de notificación del mismo el día 31 de Agosto de 2017.

10. **Caso del señor Fernando Emiro Triana Cardozo:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la Resolución GNR 410979 del 17 de diciembre de 2015, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar el reintegro de una suma equivalente a $4.372.800., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida al señor Triana Cardozo.

11. El día 28 de Julio de 2016, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión anterior.

12. Colpensiones resolvió recurso de reposición mediante Resolución GNR 267289 del 09 de septiembre de 2016, decidiendo no reponer el acto inicial y concediendo el recurso de apelación ante su superior jerárquico. Pues bien a través de Resolución VPB 38368 del 04 de octubre de 2016 dicha entidad resuelve la apelación en el sentido de confirmar en su totalidad la voluntad administrativa primigenia, haciendo entrega de aviso de notificación del mismo el día 31 de Agosto de 2017.

13. **Caso de la señora Patricia Mercedes Pérez Torres:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la Resolución GNR 49122 del 15 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar el reintegro de una suma equivalente a $172.900., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Pérez Torres.

14. Se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el día 28 de julio de 2016 contra la mentada decisión.

15. Colpensiones resolvió recurso de reposición mediante Resolución GNR 263944 del 07 de septiembre de 2016, decidiendo no reponer el acto inicial y concediendo el recurso apelación. Pues bien a través de Resolución VPB 37522 del 28 de

septiembre de 2016 dicha entidad resuelve la apelación en el sentido de confirmar en su totalidad la voluntad administrativa primigenia, haciendo entrega de aviso de notificación del mismo el día 31 de Agosto de 2017.

16. **Caso de la señora Luz Janeth Flores de Melo:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la resolución GNR 49306 del 16 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES, dispuso ordenar el reintegro de una suma equivalente a $125.600., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Flores de Melo.

17. El día 28 de Julio de 2016, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión anterior.

18. Colpensiones resolvió para este caso solo el recurso de apelación (dado que al día de hoy no se ha notificado acto alguno que resuelva la reposición interpuesta), haciendo entrega de aviso de notificación el día 31 de Agosto de 2017, poniendo en conocimiento la resolución No. VPB 37464 del 28 de septiembre de 2016, misma que culmina la actuación confirmando la decisión inicial en su totalidad.

19. **Caso de la señora Leonor Sastoque**: El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la resolución GNR 35630 del 2 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar el reintegro de una valor equivalente a $83.300., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Sastoque.

20. Contra la mentada decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el día 27 de julio de 2016.

21. Colpensiones resolvió recurso de reposición mediante resolución GNR 266004 del 08 de septiembre de 2016, decidiendo no reponer el acto inicial y concediendo el recurso de alzada ante su superior jerárquico. Pues bien a través de resolución VPB 38082 del 03 de octubre de 2016 dicha entidad resuelve la apelación en el sentido de confirmar en su totalidad la voluntad administrativa primigenia, haciendo entrega de aviso de notificación del mismo el día 31 de Agosto de 2017.

22. **Caso de la señora Janeth Pineda Duarte:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la resolución GNR 41338 del 8 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar a mi representada el reintegro de un valor equivalente a $237.200., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Pineda Duarte.

23. El día 28 de julio de 2016 se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la mentada decisión.

24. Colpensiones resolvió para este caso solo el recurso de apelación (dado que al día de hoy no se ha notificado acto alguno que resuelva la reposición interpuesta), haciendo entrega de aviso de notificación el día 31 de Agosto de 2017, poniendo en conocimiento la resolución No. VPB 37601 del 28 de septiembre de 2016, misma que culmina la actuación confirmando la decisión inicial en su totalidad.

25. **Caso de la señora Dayda Rosa Tinoco de Pérez:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la resolución GNR 50704 del 17 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar el reintegro de una suma equivalente a $92.200., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Tinoco de Pérez.

26. El día 29 de julio de 2016, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

27. Colpensiones resolvió para este caso solo el recurso de apelación (dado que al día de hoy no se ha notificado acto alguno que resuelva la reposición interpuesta), haciendo entrega de aviso de notificación el día 31 de Agosto de 2017, poniendo en conocimiento la resolución No. VPB 37580 del 28 de septiembre de 2016, misma que culmina la actuación confirmando la decisión inicial en su totalidad.

28. **Caso de la señora María Cristina Sánchez Rubio:** El día 15 de julio de 2016, se recibe en la sede principal de Salud Total aviso de notificación junto con la resolución GNR 34397 del 01 de febrero de 2016, mediante la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, dispuso ordenar el reintegro de una

suma equivalente a $1.232.800., por concepto de aportes en salud cotizados doblemente al sistema, descontados de la mesada pensional indebidamente reconocida a la señora Sánchez Rubio.

29. Contra la mentada decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el día 28 de julio de 2016.

30. Colpensiones resolvió para este caso solo el recurso de apelación (dado que al día de hoy no se ha notificado acto alguno que resuelva la reposición interpuesta), haciendo entrega de aviso de notificación el día 31 de Agosto de 2017, poniendo en conocimiento la resolución No. VPB 38037 del 03 de octubre de 2016, misma que culmina la actuación confirmando la decisión inicial en su totalidad.

31. Colpensiones procedió a elevar solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 81 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, misma que fue radicada el día 28 de diciembre de 2017, siendo fijada audiencia de conciliación para el día 26 de febrero de 2018, la cual fue declarada fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio de la convocada.

Fundamentos jurídicos:

Normas de rango legal:

-. Constitución Política, artículos 13, 29, 83 y 209.
-. Ley 1437 de 2011, artículos 34, 35, 37 y 42.
-. Decreto 2280 del 2004, artículo 9.
-. Decreto 4023 de 2011, artículos 11 y 12.
-. Decreto 0780 de 2016, artículo 2.6.1.1.2.2.
-. Resolución 504 de 2013, tercera parte.
-. Resolución 1344 de 2012, artículos 2 y 6.

Concepto de violación:

1. Violación al debido proceso por expedición irregular, desconociendo el derecho de audiencia y defensa, con falta de competencia y con infracción de las normas en que debieron fundarse.

Considera la apoderada de la demandante que Salud Total fue vinculada a las actuaciones administrativas mencionadas anteriormente solo hasta el momento de notificar el acto definitivo que definía la situación jurídica particular. Al respecto afirma que aunque la administración inicie actuaciones de manera oficiosa o a petición de parte, previo a cualquier decisión de fondo, debe informar a los directos afectados del comienzo de la actuación administrativa, para que puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción. Circunstancia que no ocurrió.

Señala que la entidad accionada no se encuentra facultada para efectuar cobro a su favor por concepto de recaudo de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, habida cuenta de que no es propio de sus competencias y funciones el manejo de dicho ámbito del Sistema sino solo el pensional.

Así mismo, expone que para efectuar este tipo de reclamaciones, la demandada contaba con 12 meses desde la fecha del pago erróneo, término que para la fecha de producción de los actos acusados se encuentra vencido.

Por otra parte, menciona que en virtud de la le ley 1066 de 2006 que otorga las facultades a Colpensiones, no se encuentra el cobro coactivo para aportes parafiscales y demás prestaciones económicas del SGSSS (Sistema General del Sistema de Seguridad Social en Salud), en razón a que no es su actividad propia de la función administrativa asignada por la Constitución y la ley. A lo anterior, ningún funcionario público o entidad estatal o ejerza funciones públicas, debe proferir actos administrativos por fuera de su competencia, lo que implica pues que el acto este viciado de nulidad absoluta por carecer de competencia.

Señala que debido a la falta de competencia, el título que se pretende anular no es exigible, toda vez que no proviene del deudor, no está previsto en la ley, tampoco en un contrato ni en una sentencia condenatoria ejecutoriada o de un acto definitivo expedido con competencia y del que se haya ejercido el derecho de defensa y contradicción.

2. Falsa motivación.

Indica que la demandante no retiene los dineros abonados por los empleadores a título de cotizaciones en salud de sus empleados o pensiones sino que por el

contrario previo a la aprobación de los valores por concepto de la Unidad de Pago por Capitación que le reconoce a Fosyga a Salud Total EPS., a través de la cuenta de compensación, el administrador fiduciario de los recursos SGSSS tiene la obligación de validar en la base única de afiliados que los recursos que vayan a ser reconocidos dentro del proceso de compensación corresponda a la población afiliada a la EPS, con el fin de evitar la multi-afiliación, pagos indebidos o apropiaciones de recursos públicos.

Por ende, es Fosyga el encargado de realizar la validación de aportes en salud recaudados, apropiarse de los mismos para el financiamiento de salud y verificar que corresponda a la población afiliada a Salud Total EPS.

Considera además que la entidad demandante vulnera los mencionados principios, frente al actuar de la entidad pública, pues reitera que Salud Total EPS, no retiene los dineros cotizados al sistema de salud, sino que lo hace Fosyga, es quien se encarga de administrar y disponer de los recursos de salud, por tanto la EPS es solo un intermediario que recauda y transfiere dineros al verdadero titular de dichos emolumentos, los cuales son el Consorcio SAYP 2011, en representación del Ministerio de Salud, hoy ADRES.

Finalmente, solicita se declaren probadas las excepciones propuestas y se ordene el archivo del expediente.

1.1.2. OPOSICIÓN

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (f. 310 a 323).

La apoderada de la entidad se pronuncia sobre cada uno de los hechos, afirmando que son ciertos, con excepción de algunos relativos a la debida notificación de los actos administrativos. Aporta pruebas que conducen a acreditar su eficacia y el principio de publicidad.

Se opone a las pretensiones de nulidad de la demanda, por ser improcedentes, en razón a que se ajustan al ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso concreto.

Expone en primera medida que al Administradora Colombia de Pensiones de manera errónea realizó doble aporte de cotización a la EPS Salud Total.

Precisa que los aportes por salud y pensión tienen naturaleza de orden parafiscal, como así ha sido señalado por la Sentencia C-711 del 5 de julio de 2001, MP: Jaime Araujo Rentería, entre otras sentencias proferidas por órganos superiores que se han referido al tema en concreto.

Para fundamentar su tesis el apoderado de la entidad demandada trae a colación la ley 100 de 1993 y jurisprudencia que se ha pronunciado respecto al tema objeto de estudio y precisa en primera medida que en el presente caso hay concurrencia de servidores públicos y trabajadores oficiales, que estando activos en el servicio, percibieron a su vez, una mesada pensional, por concepto de pensión de vejez, reconocida por Colpensiones, devengando así dos asignaciones provenientes del tesoro público.

Así las cosas, los actos administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y más no lo constituyen, en razón 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 de la fecha desde la cual se encontraba afiliado el trabajador. En armonía con la normatividad vigente Colpensiones emitió actos administrativos a través de los cuales se ordenó la devolución de aportes a salud a la EPS Salud Total, en la medida en que cada uno de ellos se presentó una doble asignación por parte del tesoro público y/o trabajadores oficiales y la mesada pensional, conforme a las pensiones de vejez reconocidas por Colpensiones, lo que generó un doble pago por concepto de aportes a favor de Salud Total, configurándose de esta manera un pago de lo no debido.

La entidad demandada propone como excepciones las siguientes:

1. Inexistencia del derecho reclamado.

Sostiene que no ha nacido obligación contra Colpensiones, reconociendo el derecho conforme a lo previsto en la ley y lo señalado en el artículo 1 del acto legislativo de

2005, puesto que dichos dineros fueron girados erróneamente a las cuentas de la EPS Salud Total correspondientes y a su vez a Fosyga, aunado a lo anterior, tanto el empleador y el trabajador, en sus proporciones legales correspondientes, habían sumido las referidas cotizaciones al amparo de la relación legal y reglamentaria.

Adicional, menciona que cumplió con el término de 12 meses para refutar tales pagos.

2. Prescripción.

Propone prescripción sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante.

En audiencia del 4 de abril de 2019, el apoderado de Colpensiones solicita desistir de la excepción de prescripción, el Despacho resuelve aceptar el desistimiento y no condenar en costas a la parte demandada.

3. Buena fe.

La buena fe surge precisamente de la aplicación constitucional, la ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo que es carga exclusiva del demandante controvertir la presunción de legalidad del acto administrativo como la buena fe en la decisión.

4. Genérica e innominada.

Solicita se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada y se declaren las demás excepciones que resulten dentro del proceso.

Solicita se declare que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho y en consecuencia se deniegue en su totalidad las suplicas de la demanda.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

Con el objeto de juzgar la legalidad de los actos demandados, se encuentra que el problema jurídico se contrae a establecer:

i) ¿Cuál es el procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico para lograr la devolución de los aportes pagados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de Colpensiones en calidad de aportante, al ente recaudador delegado Salud Total EPS?

ii) ¿Le otorga el ordenamiento jurídico a Colpensiones, en calidad de aportante, las facultades para ordenar a Salud Total EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin, debido a la afectación que los pagos irregulares efectuados por Colpensiones pueda ocasionarle al Sistema de Seguridad Social en Pensiones?

iii) ¿Colpensiones vulneró gravemente el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a Salud Total EPS, en tanto recaudador delegado, al ordenar la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin?

Tesis de la parte demandante:

Sostiene que la entidad accionada no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados, en el entendido que se refiere de órdenes de devoluciones de aportes en salud y la ley 1066 de 2006 contempla la facultad de cobro coactivo en virtud de las funciones propias de quienes recaudan recursos. Igualmente las resoluciones carecen de motivación, ya que existe una normatividad específica que la entidad paso por alto para la devolución de aportes, en la medida que debe hacerse una solicitud y no una orden de devolución.

Reitera finalmente que al ser un tercero dentro de la actuación, no detenta los dineros que actualmente ordena la entidad demandada, por tal razón carece de la capacidad para devolver los dineros ordenados y para la devolución o reintegro la competente es ADRES y que en caso de que se aceptara la devolución, se le crearía un detrimento patrimonial.

Tesis de la parte demandada:

Sostiene que los actos proferidos por Colpensiones se ajustan al ordenamiento jurídico y que los recursos que solicita la Administradora Colombiana de Pensiones tienen un carácter especial, pues su destinación es para la Seguridad Social de los afiliados pensionados y por lo tanto es deber de la entidad velar por su reintegro, en la medida que fueron pagados doble vez.

Tesis del Despacho:

El despacho sostendrá que el procedimiento determinado para que Colpensiones en calidad de aportante, logre la devolución de los aportes pagados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud al ente recaudador delegado Salud Total EPS, es aquel prescrito en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

También sostendrá que Colpensiones, en calidad de aportante, no se encuentra facultado para ordenar a Salud Total EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin. En consecuencia, que Colpensiones vulneró gravemente el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a Salud Total EPS, en tanto recaudador delegado, al ordenar la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. Parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. (ff. 377 a 380)

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.4.2. Parte demandante SALUD TOTAL EPS. (ff. 382 a 384).

Reitera los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

En primer lugar, con respecto a las excepciones interpuestas por COLPENSIONES, que denominó: "*Inexistencia del derecho reclamado*", "*Buena fe*", "*Genérica e innominada*", no serán estudiadas de manera separada en razón a que, al tenor de la manera como fueron planteadas constituyen verdaderos argumentos de defensa más no excepciones en estricto sentido. Por lo anterior, las mismas habrán de dilucidarse al momento de analizar y decidir el fondo del asunto, quedando así resueltas.

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

> "En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."[1]
>
> "En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción" [2]
>
> (Subrayado fuera del texto original).

2.- ARGUMENTOS DE APOYO A LA TESIS.

De acuerdo con la fijación del litigo y la determinación de los problemas jurídicos que deben resolverse, comprende el despacho que lo primero será establecer, según el

---

[1] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

[2] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

ordenamiento jurídico imperante y vigente al momento de los hechos, cuál es el procedimiento administrativo previsto para obtener de las EPS la devolución de los aportes al sistema General de Seguridad Social en salud, que fueron erróneamente cancelados por el aportante con ocasión de la doble asignación mensual proveniente del tesoro público a un mismo jubilado. Ello en aras de garantizar el derecho a las formas procedimentales para evitar la violación de la garantía que consagra expresamente la Constitución Política, frente al debido proceso.

Con el anterior fin, procederá primero el despacho recordando que mediante la Ley 100 de 1993 se creó el "Sistema General de la Seguridad Social Integral". De su preámbulo, cabe resaltar que las instituciones, normas y procedimientos que integran el Sistema, persiguen el fin de que las personas y la comunidad tengan una cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. El Sistema se compone de los subsistemas de Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales y Servicios Sociales complementarios.

El subsistema de Salud, particularmente, a la luz del artículo 152 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. A su vez, según el artículo 155 ibídem, está conformado por los Organismos de Dirección, Vigilancia y Control, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud- EPS y las Entidades Obligadas a Compensar -EOC, los cotizantes, los aportantes, los beneficiarios y las demás entidades de salud adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo, entre otros.

El papel de las EPS en el Régimen de Seguridad Social en Salud no se agota solo con la prestación de los servicios de salud, toda vez que además en calidad de delegatarias de las entidades administradoras- para la fecha de los hechos el Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía[3], hoy ADRES[4]-, también fungen como entes recaudadores de los aportes que sus afiliados del régimen contributivo, efectúan en materia de salud al Sistema[5].

---

[3] Mediante el artículo 218 de la ley 100 de 1993, se creó el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, por lo que no cuenta con personería jurídica ni planta de personal propia, pero es manejada por una administradora fiduciaria.

[4] El artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 "*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "todos por un nuevo país"* creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- como

Este recaudo es, entonces, una de sus obligaciones legales y sobre el mismo, tal como se ve de la norma transcrita al pie, se efectúa una compensación de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación- UPC, en tanto valores destinados a la financiación del cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS. En virtud de la misma disposición y en concordancia con el artículo 220 ibídem, la diferencia resultante entre el recaudo por cotizaciones y el valor correspondiente a las UPC, habrá de ser girada al Fosyga[6].

Esta facultad de recaudo y giro se explica debido a la naturaleza contributiva de los aportes en materia de salud. Como se ve del artículo 9 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones efectuadas por los afiliados, tienen una destinación específica: el cumplimiento de los fines de la Seguridad Social como servicio público de salud cual, con fundamento en el principio de solidaridad, debe tender al aumento de la cobertura[7].

A este respecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la providencia de la Sentencia de unificación SU-480 de 1997, quedó dicho[8] que los recursos que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales y, por tanto, de naturaleza diferente a la de sus recursos propios, en tanto personas jurídicas del sector privado:

> "Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen

---

Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

[5] Artículo 177, Ley 100 de 1993: "DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley."

[6] ARTÍCULO 220. FINANCIACIÓN DE LA SUBCUENTA DE COMPENSACIÓN. Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas.
PARÁGRAFO. La Superintendencia Nacional de Salud realizará el control posterior de las sumas declaradas y tendrá la facultad de imponer las multas que defina el respectivo reglamento (Destacado del Juzgado).

[7] ARTÍCULO 9o. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

[8] Este fundamento, ha sido reiterado, entre otras, en las Sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004. En esta última se precisó que aunque los aportes recaudados no se pueden confundir con los recursos propios de la EPS, debido a su naturaleza de contribución parafiscal, uno de los destinos previstos por el ordenamiento es financiar y pagar los gastos administrativos de las EPS.

de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. "

De manera que la administración de los recursos que financian el Sistema de Seguridad Social en Salud le corresponde a la Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga. Mas, sin embargo, las EPS solo en calidad de delegatarias, recaudan las cotizaciones de sus afiliados y, tras descontar por compensación el valor de las UPC que les corresponde por cada afiliado, giran los recursos parafiscales a la Administradora del Fosyga. Cabe ahora señalar que este traslado de la diferencia compensada, habrá de efectuarse antes de finalizar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago que de las cotizaciones hacen los aportantes[9].

Ahora bien, ya con el objeto reglamentar el funcionamiento del Fosyga, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1283 de 1996. Según el artículo 3 de la norma reglamentaria[10], los recursos del Fondo se manejan de manera independiente en varias subcuentas que se destinan exclusivamente a las finalidades consagradas en la ley. Así, en virtud del numeral primero del artículo segundo ibídem[11], una de las subcuentas que componen el Fondo es la subcuenta de compensación: es esta, entonces, donde son girados mensualmente por parte de las EPS las diferencias resultantes de la compensación de las UPC que les reconoce el sistema sobre los ingresos por cotizaciones recaudadas.

---

[9] ARTÍCULO 205. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten.
PARÁGRAFO 1o. El Fondo de Solidaridad y Garantía está autorizado para suscribir créditos puente con el sistema bancario en caso que se presenten problemas de liquidez al momento de hacer la compensación interna.
PARÁGRAFO 2o. El Fondo de Solidaridad y Garantía sólo hará el reintegro para compensar el valor de la Unidad de Pago por Capitación de aquellos afiliados que hayan pagado íntegra y oportunamente la cotización mensual correspondiente. La Superintendencia Nacional de salud velará por el cumplimiento de esta disposición.
[10] ARTICULO 3o. INDEPENDENCIA DE LOS RECURSOS DE LAS SUBCUENTAS DEL FOSYGA. Los recursos del FOSYGA se manejarán de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarán exclusivamente a las finalidades consagradas para éstas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Los intereses y rendimientos financieros que produzca cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que sean aplicables a cada una de ellas.
[11] ARTICULO 2o. ESTRUCTURA DEL FOSYGA. El FOSYGA tendrá las siguientes subcuentas:
a. De compensación interna del régimen contributivo.
[...]

Puntualmente, el funcionamiento de la subcuenta de compensación del FOSYGA fue reglamentado mediante el Decreto 1013 de 1998. Así, en el parágrafo del artículo 1, se definió la compensación como *el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas, los recursos que el sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar, para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y demás beneficios del sistema.*

Para proceder al giro, según indica el artículo 4 ibídem[12], las EPS presentan una Declaración de Giro y Compensación a la administradora fiduciaria del Fondo, en la cual se determina la cantidad de UPC a compensar, cual corresponde, en principio, a una por cada afiliado con su grupo familiar, que hayan pagado en forma íntegra la cotización. A su vez, de acuerdo con el artículo 9 del reglamento, los recursos girados por la EPS a favor de la subcuenta de solidaridad, deben consignarse simultáneamente con la presentación de la declaración.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 2280 de 2004, entre otras, se modificó el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA. En lo pertinente al procedimiento interno de giro y compensación, en el artículo 8 se dispuso que las EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar- EOC, deben presentar dos procesos de compensación: el primer proceso, el día 11 hábil del mes y el segundo proceso el día 18 hábil del mismo mes, hasta las 3:00 p.m., incluyendo en cada uno el recaudo efectivo de cotizaciones en el mes.

Cabe en este momento precisar que de acuerdo con el artículo 9 ibídem, el giro de los recursos a favor del Fosyga se encuentra sometido a que el administrador fiduciario del Fondo, verifique y valide el proceso de compensación presentado. Solo tras ello, se procederá al reconocimiento de las UPC a favor de las EPS.

---

[12] Artículo 4º. Declaración de giro y compensación. Las Entidades Promotoras de Salud y en general todas aquellas entidades que recaudan cotizaciones que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán presentar la declaración de giro y compensación, independientemente de su condición de superávit o déficit, sujetándose a las siguientes reglas:
1. La declaración se diligenciará y entregará a la entidad fiduciaria que administra los recursos del Fosyga en los formularios y anexos determinados por el Ministerio de Salud. La entrega debe hacerse por el medio de transmisión de datos definida por la Dirección General de Gestión Financiera del Ministerio de Salud.
[...]
4. Las Entidades Promotoras de Salud o aquellas entidades obligadas a presentar la declaración de giro y compensación recibirán el valor de la UPC por aquellos afiliados con su grupo familiar, que hayan pagado en forma íntegra la cotización. [...]

Finalmente, tenemos ahora el Decreto 4023 de 2011, que reglamentó de manera pormenorizada el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fosyga. Se ordenó en su artículo 5 que el recaudo de las cotizaciones se haría en adelante a través de dos cuentas maestras que registrarán las EPS y las EOC en entidades financieras de su elección, ante el FOSYGA, y se determinó el proceso de reintegro de aportes pagados erróneamente.

Así las cosas, entra el despacho ahora al grueso procesal del cargo, transcribiendo la literalidad del procedimiento de devolución o reintegro, tal como quedó tras la modificación que de aquel se hizo mediante el artículo 1 del Decreto 674 de 2014[13]:

> "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 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".

Como se ve, entonces, el procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico para lograr la devolución de los aportes pagados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de Colpensiones en calidad de aportante, al ente recaudador delegado Salud Total EPS, consiste en lo siguiente:

---

[13] Antes de la expedición del Decreto 674 de 2014, modificatorio del Decreto 4023 de 211, el ente regulador del Sistema General de Seguridad Social expidió la Resolución 069 de 2012 adoptando en su artículo 1 los formularios e instructivos para el desarrollo de los procesos de conciliación de recursos y de giro y compensación de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga. (CONCEPTO 48460 DE 2014 [junio de 2014] SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Tema: CONCEPTO VIABILIDAD TRANSFERENCIA DE APORTES EN SALUD GIRADOS ERRÓNEAMENTE).

1. El aportante, Colpensiones, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago, debe presentar una solicitud detallada de devolución de cotizaciones a la EPS, con el fin de obtener el reintegro de los pagos erróneamente efectuados.

   En caso de que devolución de aportes cotizados con anterioridad a la entrada en operación de las cuentas maestras, el término de 12 meses se cuenta a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4023 de 2011[14].
2. La EPS, tras recibir la solicitud, tiene la facultad de determinar la pertinencia del reintegro.
3. De ser procedente el reintegro, la EPS eleva a su vez la solicitud de devolución de cotizaciones ante el Fosyga el último día hábil de la primera semana de cada mes.
4. El Fosyga procesa y genera los resultados de las solicitudes dentro de las 24 horas siguientes a la fecha de presentación de la solicitud.
5. Al recibir los resultados de la solicitud por parte del Fosyga, las EPS y las EOC deben girar de forma inmediata los recursos a Colpensiones.

De manera que al revisar la normativa que regula el procedimiento de devolución de los aportes compensados por las EPS, advierte el despacho que las actuaciones administrativas por medio de las cuales Colpensiones, en calidad de aportante al Sistema de Seguridad Social en Salud, ordenó el reintegro, no corresponden con las formas del procedimiento previstas por el ordenamiento jurídico para obtener el reintegro de los aportes efectuados erróneamente.

No obstante lo anterior, la entidad demandada, Colpensiones, tanto en el curso de los procedimientos administrativos que conllevaron a la expedición de los actos demandados, como en el proceso judicial que ahora ocupa nuestra atención, ha manifestado[15] que el procedimiento previsto en el artículo 12 del decreto 4023 de 2011 no es el atiente a lo que denomina el "traslado de recursos indebidamente girados"[16]

En su concepto, el ordenamiento jurídico le otorga a Colpensiones, en calidad de administrador del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la facultad para ordenar a Salud Total EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes

[14] Octubre 28 de 2011.
[15] Folio 60, reverso.
[16] Esta distinción de los procedimientos se sustenta en el concepto No. BZ_2016_5311055 de mayo 26 de 2016, mediante el cual la Gerencia Nacional de Doctrina de la Vicepresidencia Jurídica y la Secretaría General de Colpensiones, se señala que el pago irregular de los aportes efectuados constituye el pago de lo no debido y su repetición no se encuentra sometida a la caducidad ni a la prescripción.

cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud. Ello, bajo el fundamento del carácter parafiscal de los recursos mediante los cuales se efectuaron los aportes y la afectación negativa que tiene para el Subsistema de Pensiones el evento en que no fuesen retornados los recursos.

Sin embargo, del análisis de los actos mediante los cuales efectiviza la orden de reintegro[17], advierte el despacho que la entidad se abstiene de señalar cuál es aquel procedimiento de *traslado de recursos indebidamente girados.* En su lugar, se limita a motivar su decisión bajo el argumento de que con fundamento en el artículo 128 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 19 de la ley 4 de 1992, 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.

Finalmente, afirmó que los actos prestaban mérito ejecutivo a la luz del artículo 99 del CPACA, y que serían objeto de cobro coactivo administrativo.

No obstante lo anterior, en los actos mediante los cuales resuelven los recursos de reposición y apelación interpuestos contra las ordenes de reintegro[18], afirma de manera contradictoria que el procedimiento previsto en el decreto 4023 de 2011 es aplicable para obtener las devoluciones erradas pero que, sin embargo, teniendo en cuenta que Colpensiones no elevó la solicitud dentro de los doce meses a que hacen alusión los reglamentos, se entiende perfeccionado un traslado irregular de los recursos a las EPS y de éstas al Fosyga. En tal medida, considera que se configura una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional, frente a la cual no procede la figura de la prescripción ni la caducidad por cuanto las normas que regulan el sistema Integral de Seguridad social no las establecen.

Es así como, en concepto de este despacho, las anteriores justificaciones no son procedentes para justificar el desapego de las formas con las cuales debió fundarse el procedimiento administrativo adelantado. En una palabra, a Colpensiones, en calidad de aportante, no le asisten las facultades para ordenar a Salud Total EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados irregularmente

[17] Folio 32 y ss.
[18] Ergo, folio 55.

al Sistema de Seguridad Social en Salud sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin.

Efectivamente el artículo 128 de la Carta proscribe la múltiple asignación que provenga del tesoro público. En virtud de ello, es dable entender que al momento en que la entidad demandada advirtió que los servidores públicos pensionados mantenían todavía un vínculo laboral con sus empleadores, comprendió también que los aportes realizados a las EPS a las que los funcionarios se encontraban afiliados eran irregulares y por tanto debía procurar obtener su reintegro.

Así las cosas, es claro para el despacho que efectivamente, Colpensiones se encuentra facultada, en virtud del artículo 155 de la ley 1151 de 2007, para ejercer la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida. Igualmente, que en virtud del artículo 5 del Decreto 4121 de 2011, vigente para la fecha en que se desarrollaron las actuaciones administrativas objeto de control, además debe cumplir las funciones de:

> 1. Administrar en forma separada de su patrimonio los recursos correspondientes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con la ley.
>
> 2. Administrar en forma separada de su patrimonio el portafolio de inversiones, ahorros y pagos del Sistema de Ahorros de Beneficios Periódicos, así como los incentivos otorgados por el Gobierno Nacional para el fomento de esta clase de ahorro a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
>
> 3. Diseñar y adoptar estrategias para otorgamiento de servicios adicionales o complementarios, para uso y disfrute de sus afiliados, ahorradores, pensionados y beneficiarios, tales como servicios de pago y transacciones virtuales o tarjetas monederos, para lo cual podrá celebrar convenios con establecimientos públicos o privados, cajas de compensación, entre otros.
>
> 4. Realizar las operaciones de recaudo, pago y transferencias de los recursos que deba administrar. Para este efecto, podrá hacerlo directamente o por medio de terceros, asociándose, celebrando acuerdos de colaboración empresarial, efectuando convenios o contratando con instituciones financieras o sociedades que presten servicios de administración de redes de bajo valor. También podrá realizar estas operaciones directamente de acuerdo con las normas vigentes, siempre y cuando demuestre que está en condiciones de hacerlo a costos inferiores que los que encuentre en el mercado.

Adicionalmente, con sustento en su naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial[19], y en virtud de la Ley 1066 de 2006, por tener que recaudar rentas o caudales públicos, goza de Jurisdicción Coactiva. No obstante esta prerrogativa de cobro coactivo se sujeta a que el cobro forzoso administrativo se dé que en virtud de sus funciones administrativas, y excluye las operaciones o actividades de cobranza similar o igual a los particulares.

En tal sentido, se precisa que aun cuando a Colpensiones le asiste el mayor interés en obtener el reintegro de los aportes efectuados erróneamente ya que aquellos recursos son fruto de la parafiscalidad y están destinados al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los afiliados al Régimen de Prima Media, en esta ocasión su actuar se enmarca en el contexto de aportante al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es decir que en este caso, no le asisten las prerrogativas propias de sus funciones de recaudo y, por tanto, de cobro.

Aun con la evidente afectación que los pagos irregulares efectuados erradamente por Colpensiones puedan ocasionarle al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la entidad no se encuentra facultada para imponer sus órdenes de reintegro desatendiendo deliberadamente los procedimientos dispuestos en la regulación y el reglamento del Subsistema en Salud para obtener la devolución de los aportes irregulares, pues ello comporta una violación a los elementos del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso que le asiste al actor, como son la forma de los procedimientos y el derecho de audiencia y de defensa.

Luego, en este punto del análisis es menester atender lo que se ha comprendido como el debido proceso administrativo, señalando que supone su fuente lo consagrado en el artículo 29 de la Carta, por lo que es un derecho constitucional de aplicación inmediata y que ha sido desarrollado en términos del Derecho Administrativo en el numeral 1 del artículo 3 del CPACA.

> Constitución Política:
>
> ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

[19] Artículo 1, decreto 4121 de 2011.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Ley 1437 de 2011

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al debido proceso administrativo precisando que el fin perseguido con el principio en comento es "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"[20].

[20] Sentencia T-796 de 2006.

Aunado a lo anterior, ha señalado el Consejo de Estado[21] que no cualquier irregularidad en el proceso comporta una causal de nulidad de los actos administrativos, precisando entonces que la prosperidad de la pretensión de anulación se encuentra sometida a que la vulneración del debido proceso sea grave, lo cual se determina estableciendo si con la actuación irregular de la administración se afecta el núcleo esencial del derecho fundamental:

> "Conviene precisar que no toda irregularidad constituye casual de invalidez de los actos administrativos. Para que prospere la causal de nulidad por expedición irregular es necesario que la irregularidad sea grave pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas. Esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.[22]
>
> Adicional a todo lo dicho, para que se configure la violación al derecho fundamental al debido proceso también es menester que se haya afectado de manera relevante alguna de las garantías que componen ese derecho, esto es, el núcleo esencial de ese derecho, esto es: juez natural, defensa o forma".

Así, en cuanto a la defensa, tenemos que la sentencia C-025 de 2009, estudia la relación entre el derecho al debido proceso y la defensa administrativa y judicial, cual precisa que la defensa y la contradicción persigue principalmente el fin de impedir la arbitrariedad de las autoridades administrativas a través de la participación activa de quien puede ser afectado por las decisiones adoptadas:

> *"3. El derecho a la defensa*
>
> *3.1. Como es sabido, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".*
>
> *La Corte se ha referido a este derecho, señalando que "lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia".*[23]
>
> *3.2. Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de*

[21] Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencia de veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 15001233300201300035 01
[22] En ese sentido, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia del 16 octubre de 2014. Radicación: 25000-23-27-000-2011-00089-01 (19611). Demandante: Alianza Fiduciaria S.A. Como Vocera Del Fideicomiso Lote Montoya. Demandado: Distrito Capital De Bogotá.
[23] Sentencia T-068 de 2005.

cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, "de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga"[24].

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca "impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"[25]*. Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que "constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico"*[26]*."*

En lo tocante particularmente a la *forma* se ha comprendido que el debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad, comporta el imperativo jurídico de que las autoridades que desarrollen los procedimientos en virtud del marco jurídico definido por el legislador, es decir aquel que representa la voluntad democrática de los mismos administrados, *respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos*[27]*:*

> "La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, "con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción"[28]."[29]

Visto lo anterior, en concepto del despacho la decisión de Colpensiones consistente en imponerse a los procedimientos de devolución a los que se encuentran sometidos los aportantes como miembros del Sistema General de Seguridad social en Salud es propio de un proceder violatorio de las formas propias del procedimiento, lo cual vulnera el debido proceso en lo que toca a las formas procesales.

En este sentido, aun cuando se tiene por cierto que ante la concurrencia de servidores públicos y trabajadores oficiales, que estando activos en el servicio

[24] Sentencia C-617 de 1996.
[25] Sentencia ibídem.
[26] Sentencia C-799 de 2005.
[27] Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.
[28] Corte constitucional, Sentencia T-073 de 1997.
[29] Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.

percibieron además una mesada pensional por concepto de pensión de vejez, reconocida por Colpensiones y por ello devengaron dos asignaciones provenientes del tesoro público, es claro también para el despacho que ello no es una justificación para que se vulneren los derechos fundamentales de las demás partes interesadas y que integran el Subsistema en Pensiones.

Estas formas procesales, de hecho, garantizan el justo ejercicio del derecho sustancial al determinar la manera como los actos habrán de producirse y cumplir su cometido; han sido diseñadas con el único fin de darle un orden a la manera como habrá de desarrollarse la discusión y así lograr que la controversia pueda ser solucionada de manera adecuada[30]. En una palabra, el ejercicio desbordado y absoluto de un derecho, o en el caso de Colpensiones de una facultad, conlleva necesariamente al riesgo de que se vulneren los derechos de los otros y en el caso que nos ocupa, ese riesgo a todas luces acaeció.

Como se vio entonces, el debate que se encuentra ante nosotros consiste en la menesterosa observancia del debido proceso y las formas propias de cada procedimiento y no en la cuestión de si era procedente o no la pretensión de devolución: ni siquiera el perseguir un fin noble y razonable, justifica medios o vías administrativas que violenten los derechos de las otras partes. Es por tanto que se entiende ahora que el debate no se concentra en la procedencia de la devolución de los aportes efectuados al Sistema de manera irregular, sino en la vulneración al debido proceso consagrado en la Carta como un derecho fundamental de aplicación inmediata.

Por ello justamente es que, tras haber vencido la oportunidad procedimental administrativa para lograr la devolución pretendida, en el marco de la cooperación interadministrativa y en ejercicio del principio de coordinación entre las entidades públicas, es menester que se establezcan planes, estrategias y acciones conjuntas para garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, desarrolladas mediante la prestación de los servicios públicos en cabeza de todas las entidades involucradas en el pleito. Este, evidentemente, tiene un alcance macro, pues el proceso judicial que nos ocupa solo es consecuencia de algunos de los miles de casos en que Colpensiones incurrió en el aporte irregular.

---

[30] Nulidades en el Proceso Civil.-Henry Sanabria Santos. - 2" ed. - Bogotá Universidad Externado a Colombia, 2011.

justificó su actuar no obedece a criterios razonables de legalidad procesal y la motivación de sus decisiones no fue clara ni suficiente[31].

En consecuencia, igualmente adolecen los actos demandados de la causal de nulidad consistente en la infracción de las normas en que debieron fundarse, toda vez que se abstuvo la entidad demandada de conducir su actuación conforme los procedimientos reglamentados en artículo 12 del Decreto 4023 de 2011. Prospera el primer cargo.

Ya en segundo lugar de este análisis, se ocupa el despacho del cargo relativo a la Falsa motivación, sustentado por el demandante en la "[i]mprocedencia del reintegro ordenado por falta de correspondencia entre lo dispuesto mediante acto administrativo y las potestades de SALUD TOTAL EPS-S S.A., para efectuar reintegros de cotizaciones hechas erróneamente al Sistema de Seguridad Social en Salud".

Sostuvo en ese punto el profesional en derecho que la obligación impuesta por parte de Colpensiones a la EPS demandante, no puede ser cumplida por su representada en tanto aquella no ostenta la facultad de retener los aportes recaudados.

Así las cosas, basta en este punto del análisis recordar que la administración de los recursos que financian el Sistema de Seguridad Social en Salud, durante la vigencia de los hechos que soportaron las actuaciones administrativas, le correspondía a la Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga. Las EPS, solo en calidad de delegatarias, recaudaron las cotizaciones de sus afiliados y, tras descontar por compensación el valor de las UPC que les correspondía por cada afiliado, giraron los recursos parafiscales a las subcuentas del Fosyga.

En esa medida, la orden emitida por Colpensiones, aun teniendo detallado conocimiento de la estructura y diseño del Sistema General de Seguridad Social, pretendió imponer, no solo de manera inoportuna sino extralimitada, a la EPS que devolviera los aportes efectuados irregularmente. Es decir que fue flagrante la violación a las normas que regulan el Sistema, bajo el entendido de que la EPS demandante habría para ese entonces ya efectuado el giro al administrador fiduciario del Fondo pues a la luz del artículo 205 de la Ley 100 de 1993, ello debía tener lugar

[31] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 26 julio de 2018. Exp. 22326, C.P. Milton Chaves García.

Dicho sea de paso, la Corte Constitucional, en sentencia C-983 de 2005, en tratándose de las competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales en materia de educación, se refirió al principio de coordinación en los siguientes términos:

> "El principio de coordinación se relaciona de manera estrecha con el principio de subsidiariedad y podría considerarse como una derivación del mismo. Implica, entre otras cosas, una comunicación constante entre los distintos niveles para armonizar aquellos aspectos relacionados, por ejemplo, con la garantía de protección de los derechos constitucionales fundamentales así como aquellos asuntos vinculados con el efectivo cumplimiento de las metas sociales del Estado.
>
> [...]
>
> En esta misma línea de argumentación se pronuncia la Ley 489 de 1998 cuando al referirse al principio de coordinación confirma la necesidad de colaboración entre las distintas autoridades administrativas con miras a garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones así como el logro efectivo de los fines y cometidos estatales. No es, pues, ninguna novedad, que la organización estatal y la distribución de competencias entre los distintos niveles de la administración implica de por sí un entramado de relaciones complejo y lleno de tensiones."

Así las cosas, advierte ahora el despacho que Colpensiones, al abstenerse de haber solicitado por las vías procedimentales regulares a la EPS demandante devolver las sumas erróneamente giradas por concepto de aportes en salud sobre pensiones y, en su lugar haber ejercido las prerrogativas propias de administradora estatal del régimen de prima media con prestación definida y del sistema de ahorro de beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, para obtener la satisfacción de su interés jurídico económico que el asistía ya solo en calidad de mera aportante del Sistema de Seguridad social en Salud, denota no solo una clara y grave vulneración del derecho fundamental al debido proceso sino además una extralimitación de sus funciones y facultades.

Luego, adicionalmente a la violación al debido proceso, al haber procedido conforme un procedimiento administrativo no previsto en las leyes, valiéndose de elucubraciones lingüísticas al afirmar que una cosa es el procedimiento atinente a la devolución de aportes efectuados erróneamente y otra el relativo al traslado de recursos indebidamente girados, incurrió también en la causal de nulidad consistente en expedición irregular de los actos administrativos. Ello, por cuanto la causa que

se regirán por las normas del CGP[33].

Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas[34], por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenara exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Sin embargo, en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es una constante que se ventilen asuntos de interés público, razón por la cual habría lugar a suponer que no hay condena en costas. No obstante, según la Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 050012333000 2012 00490 01 (20508), Ago. 30/16 se indicó que la administración tributaria no está exonerada de la condena en costas por el mero hecho de que la función de gestión de recaudo de los tributos conlleve de manera inherente un interés público.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que:

i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura;
ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y;
iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso (f. 20, 21 y ss.).

Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo antes expuesto, el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Cuarta, administrando justicia en nombre

[33] Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.
[34] Artículo 365 del Código General del Proceso.

de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE:

Primero: Declarar la nulidad, únicamente en lo tocante a las órdenes de reintegro impuestas a Salud Total EPS de **i)** la Resolución GNR 53270 del 19 de febrero de 2016; **ii)** Resolución GNR 269348 del 12 de septiembre de 2016; **iii)** VPB 38263 del 4 de octubre de 2017**; iv)** Resolución GNR 57804 del 24 de febrero de 2016; **v)** Resolución GNR 266651 del 9 de septiembre de 2016; **vi)** VPB 38375 del 4 de octubre de 2016; **vii)** Resolución GNR 410979 del 17 de diciembre de 2015; **viii)** Resolución GNR 267289 del 9 de septiembre de 2016; **ix)** VPB 38368 del 4 de octubre de 2016; **x)** Resolución GNR 49122 del 15 de febrero de 2016; **xi)** Resolución GNR 263944 del 7 de septiembre; **xii)** VPB 37522 del 28 de septiembre de 2016: **xiii)** Resolución GNR 49306 del 16 de febrero de 2016; **xiv)** Resolución VPB 37464 del 28 de septiembre de 2016, ; **xv)** Resolución GNR 35630 del 2 de febrero de 2016; **xvi)** Resolución GNR 266004 del 8 de septiembre de 2016; **xvii)** VPB 38082 del 3 de octubre de 2016; **xviii)**Resolución GNR 41338 del 8 de febrero de 2016; **xix)** VPB 37601 del 28 de septiembre de 2016**; xx)** Resolución GNR 50704 del 17 de febrero de 2016**; xxi)** VPB 37580 del 28 de septiembre de 2016; **xxii)** Resolución GNR 34397 del primero (1) de febrero de 2016 y **xxiii)** VPB 38037 del 3 de octubre de 2016, expedidas por Colpensiones.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **i)** se declara que Salud Total EPS no se encuentra obligada al cumplimiento de las órdenes de reintegro impuestas mediante los actos anulados.

Cuarto: Condenar en costas a la parte pasiva, cual resultare vencida en este pleito.

Quinto: En firme esta providencia, **expedir** copia de la presente providencia con constancia de su ejecutoria y **archivar** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ