



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

Bogotá D.C. dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020).

RADICADO:	110013337042 2018-00116 00
TIPO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-TRIBUTARIO
DEMANDANTE:	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMPENSAR EPS
DEMANDADA:	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:

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMPENSAR EPS.

DEMANDADA:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

OBJETO

Declaraciones y condenas

La parte actora solicita se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

NOMBRE	RESOLUCIÓN ORDENA REINTEGRO	RESOLUCIÓN RESUELVE REPOSICIÓN	RESOLUCIÓN RESUELVE APELACIÓN	VALOR
PLINIO ROJAS GALÁN	GNR 8142 DEL 12 DE ENERO DE 2016	SUB 273094 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 23345 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2017	\$193.300
MARIO ALFREDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ	GNR 975 DEL 04 DE ENERO DE 2016	SUB 277638 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 23074 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2017	\$321.000
AQUILINO ALMANZA GARZÓN	GNR 6822 DEL 08 DE ENERO DE 2016	SUB 268286 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 22458 DEL 07 DE DICIEMBRE DE 2017	\$521.000
ANA DELIA BARRETO	GNR 416098 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2015	SUB 265283 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 22216 DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2017	\$174.100
MARÍA ELENA SÁNCHEZ DE ROJAS	GNR 5331 DEL 08 DE ENERO DE 2016	SUB 253654 DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 21898 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2017	\$310.000
MARTHA ELENA MORALES GUEVARA	GNR 419560 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2015	SUB 273365 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 23502 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 2017	\$902.600
LUZ NELLY SICACHA SUÁREZ	GNR 10226 DEL 14 DE ENERO DE 2016	SUB 261844 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 21900 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2017	\$151.200
MARÍA DEL CARMEN ALEMÁN DE QUIROGA	GNR 16938 DEL 20 DE ENERO DE 2016	SUB 252686 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 22073 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2016	\$285.400
NUBIA ESTELLA BERNATE	GNR 6773 DEL 08 DE ENERO DE 2016	SUB 2550060 DEL 08 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 22914 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2017	\$152.200
LUIS HERNANDO FLOREZ JAIMES	GNR 57299 DEL 22 DE FEBRERO DE 2017	SUB 234015 DEL 23 DE OCTUBRE DE 2017	DIR 21638 DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 2018	\$255.600
NURY DEL CARMEN VALENCIA VALENCIA	GNR 64215 DEL 26 DE FEBRERO DE 2016	SUB 250927 DEL 09 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 22605 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2017	\$1.033.100
DORA LIV BOSSA	SUB 156973 DEL 15 DE AGOSTO DE 2017	SUB 273095 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 23854 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 2017	\$576.100
MARÍA ELSA ACERO ROCANCIO	GNR 250601 DEL 24 DE AGOSTO DE 2016	SUB 3634 DEL 10 DE ENERO DE 2018	DIR 1879 DEL 26 DE ENERO DE 2018	\$1.429.600
LUIS ALBERTO DELGADO	GNR 11519 DEL 15 DE ENERO DE 2016	SUB 261624 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2017	DIR 23296 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2017	\$322.700

Así mismo a título de restablecimiento del derecho se ordene exonerar a COMPENSAR EPS de restituir las sumas por concepto de aportes girados relacionadas en los actos administrativos anteriores.

Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada, en los términos del artículo 188 del CPACA.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

1. Que la Caja de Compensación Familiar Compensar a través de su programa de entidad promotora de salud COMPENSAR EPS, en su calidad de integrante del régimen contributivo, se encarga del recaudo de los aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con la delegación que le hiciera el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud y Protección Social, tal y como lo disponen los artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993.
2. Que, en desarrollo del principio de universalidad y solidaridad, el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, estableció que los pensionados son afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quedando

a cargo de la Administradora de Pensiones realizar la cotización obligatoria al 12% de la mesada pensional.

3. Que los dineros recaudados por COMPENSAR EPS, por concepto de cotizaciones obligatorias al régimen contributivo son sometidos al proceso de compensación con los recursos que anteriormente pertenecían al Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga y que actualmente son administrados por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, con la finalidad de financiar, entre otros aspectos, el Plan de Beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud definido anualmente por el Ministerio de Salud y Protección Social.

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

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

6. Que de acuerdo con el Decreto 4023 de 2011 el plazo máximo con el que cuenta el aportante para solicitar directamente a la EPS la devolución de los aportes pagados erróneamente, es de un (01) año contado desde el respectivo giro, quedando en todo caso la posibilidad que, con posterioridad al referido plazo, el aportante realice la solicitud de devolución directamente a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, en su calidad de administrador de los recursos que conformaban el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga.

7. Que de la revisión de la nómina de pensionados, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, encontró que en el caso de algunos pensionados por vejez o por sobrevivencia, afiliados a COMPENSAR EPS, les fue reconocida y pagada la mesada pensional cuando éstos aún se encontraban vinculados como servidores públicos.

8. Que Colpensiones procedió a notificar los actos administrativos demandados y, dentro del término concedido por el artículo 76 del CPACA, COMPENSAR interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra ellas, toda vez que el término para solicitar la devolución de aportes a la EPS ya había expirado, siendo necesario realizar la solicitud directamente al FOSYGA hoy ADRES.

9. Que el monto total de las resoluciones que declaran deudor a COMPENSAR EPS es de seis millones seiscientos veintisiete mil novecientos pesos (\$6.627.900).

10. Que con anterioridad a la expedición de los actos administrativos acusados, la demandada omitió solicitar a la EPS la devolución de los aportes que erróneamente fueron girados.

11. Que el 15 de mayo de 2018 se radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la República.

12. Que el 23 de mayo de 2018 se emitió constancia de que el asunto no es conciliable por parte de la Procuraduría 195 Judicial I para Asuntos Administrativos.

Fundamentos jurídicos:

Normas violadas:

- Constitución Política: artículo 49.
- Ley 100 de 1993: Artículos 177, 178, 220.
- Decreto 4023 de 2011: artículo 12.

Concepto de violación:

- 1. LAS RESOLUCIONES DEMANDADAS SE ENCUENTRAN FALSAMENTE MOTIVADAS Y EN DESCONOCIMIENTO DE NORMAS SUPERIORES Y**

REGLAMENTARIAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Considera la parte demandante que COLPENSIONES desconoció abiertamente las normas que regulan la estructura y el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, configurándose una vulneración a las normas del sistema, apreciación errónea de los hechos y, por ende, un cobro de lo no debido.

Argumenta que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva en el cobro adelantado por COLPENSIONES a través de las resoluciones demandadas, ya que ordenaron la restitución de una suma de dinero que no fue apropiada por COMPENSAR EPS, en la medida que su titularidad y apropiación operó a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga, cuyos recursos actualmente son de propiedad y administrados por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES.

Trae a colación el artículo 49 de la Constitución Política y artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993 con el fin de mostrar las funciones de las Entidades Promotoras de Salud, entre ellas las de *"Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud¹"*.

Arguye que en la actualidad la administración de los recursos del Fosyga la realiza la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, función que fue asumida desde el 1 de agosto de 2017 en virtud del Decreto 546 de 2017.

Desarrollado lo anterior, procede la parte actora a explicar el proceso de compensación según lo señalado en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4023 de 2011, según el cual el ADRES -en contraprestación a la función de aseguramiento en salud- reconoce a la EPS por cada uno de sus afiliados, una Unidad de Pago por Capitación (UPC) que anualmente es fijada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Para el reconocimiento de dicha UPC el primer mecanismo es la compensación con los recursos que la EPS (en ejercicio de la delegación) recauda por concepto de aportes

¹ Numeral 1 artículo 178 de la Ley 100 de 1993.

voluntarios. Si el recaudo de aportes realizado por la EPS es mayor al valor que legalmente le debe ser reconocido por concepto de UPC, ésta debe trasladar dicho excedente a la ADRES y, en caso contrario, corresponderá a la mentada entidad girar el valor faltante a la EPS.

Por lo anterior, concluye que los recursos que la EPS recibe como consecuencia del recaudo de aportes no son de su propiedad, sino que pertenecen a la subcuenta de compensación del régimen contributivo que es administrada por el ADRES.

Añade que COLPENSIONES contaba con un (1) año desde el giro del aporte realizado de manera errónea, para solicitar ante COMPENSAR su devolución, lo cual no ocurrió.

2. LAS RESOLUCIONES DEMANDADAS DESCONOCEN NORMAS SUPERIORES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN – SUPUESTA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS RECURSOS.

Refiere que COLPENSIONES cuenta con la facultad de solicitar la devolución de los recursos al Ministerio de Salud y Protección Social y al Consorcio SAYP (en sus calidades de propietario y administrador del FOSYGA), en tanto los dineros girados por las administradoras de pensiones son propiedad y se reconocen a favor de FOSYGA como consecuencia del proceso de compensación, por lo que no es cierto que los recursos objeto de cobro sean imprescriptibles, como lo señala la demandada en los actos acusados.

Afirma que las resoluciones que resuelven la vía gubernativa se fundamentan en el concepto No. BZ 2016_53110055 del 26 de mayo de 2016 emitido por COLPENSIONES, en donde se señala que los plazos fijados por el Decreto 4023 de 2011 no le son aplicables al caso en particular por cuanto los términos prescriptivos deben ser fijados por la ley y más aún porque los recursos del Sistema general de Pensiones, al tener naturaleza parafiscal, son imprescriptibles.

Por lo anterior, considera que la demandada desconoce la regulación puntual en materia de devolución de aportes del Sistema general de Seguridad Social en Salud consagrado de manera expresa en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, pues motiva sus actos en sus propios conceptos y no en el marco legal vigente.

Reitera que, como consecuencia del proceso de compensación, el aportante tiene un plazo de un (1) año para solicitar ante la EPS la devolución de los aportes. Por lo que COLPENSIONES solicitó la devolución de aportes una vez superados el término de un (1) año contado desde la realización del giro de los dineros a las cuentas maestras de COMPENSAR EPS.

Indica que la entidad demandada confunde los derechos irrenunciables e imprescriptibles del Sistema General de Seguridad Social con las prestaciones pecuniarias y los recursos que gravitan en torno a estas últimas. Por lo que, al considerar COLPENSIONES que las cotizaciones pagadas erradamente al Sistema General de Salud no están afectadas por el fenómeno de la prescripción ni la caducidad, desconoce de manera arbitraria los términos generales de prescripción establecidos en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Procede también a señalar que las resoluciones emitidas desconocen las normas que regulan la firmeza de los recursos. Para lo cual transcribe el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 en donde se indica que los recursos del aseguramiento en salud quedan en firme dos (2) años después de su realización.

1.1.2. OPOSICIÓN

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES ²

Mediante memorial aportado el 6 de diciembre de 2018 el apoderado de la entidad presenta contestación de la demanda en los siguientes términos:

En primer lugar, se opone a todas y cada una de las pretensiones porque no le asiste derecho a la EPS a recibir doble pago por concepto de aportes a salud, pues ello constituye un detrimento del patrimonio del estado y se configura una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales.

En este punto, menciona el Concepto No. BZ 2016_5311055 del 26 de mayo de 2016 de la Gerencia Nacional de Doctrina, para justificar que el término de 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

² Ver documento denominado 9-2020-09-03 EXPEDIENTE DIGITAL. Págs. 710 a 770.

recursos pagados erróneamente, más no al procedimiento administrativo que podría iniciarse ante la EPS o el FOSYGA hoy ADRES para el traslado de los recursos indebidamente girados. Aunado a ello destaca que la controversia no se puede limitar a definir cuál es el término administrativo que se debe tener en cuenta para solicitar la devolución del pago de lo no debido, sino que se debe definir si las EPS y el FOSYGA están habilitados legalmente para recibir, administrar y disponer de recursos provenientes del Sistema General Social en Pensiones.

En segundo lugar se pronuncia sobre cada uno de los hechos afirmando que los contenidos en los numerales 1 a 7 y 70 no son hechos porque corresponden a consideraciones de orden legal; los hechos 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 38, 40, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 50, 51, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 62 y 63 son ciertos; los hechos 64 a 69 no le constan y; los restantes son parcialmente ciertos y aclara.

Posteriormente expone como argumentos de defensa que el caso versa sobre el cobro de unos aportes y contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social Integral, para lo cual, recuerda su naturaleza tributaria con fundamento en las sentencias C-711 de 2001 y C-134 de 2009.

Respecto a la incompatibilidad de la percepción simultánea de la asignación básica como servidor público y la pensión de vejez, indica que con fundamento en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, un pensionado que se reincorpore al servicio público únicamente puede recibir la asignación del cargo y la diferencia en su monto con relación a la pensión pero no simultáneamente las dos asignaciones.

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

Finalmente, propone como excepción previa la *"falta de legitimación del litisconsorcio necesario"* y, como excepciones de mérito la *"Inexistencia del derecho reclamado"*, *"prescripción"*, *"buena fe"* y *"genérica o innominada"*.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COMPENSAR EPS

Mediante memorial aportado el 05 de octubre de 2020, COMPENSAR reitera las razones esgrimidas en el libelo demandatorio para declarar la nulidad de las resoluciones enjuiciadas, resaltando lo señalado en el artículo 7 de la Resolución 5510 de 2013 t el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011³.

COLPENSIONES

En su escrito de alegaciones la demandada propone como problemas jurídicos los siguientes: (i) *¿es procedente la devolución de los aportes pagados al Sistema de Seguridad Social en salud por COLPENSIONES a cargo de COMPENSAR EPS? y (ii) como consecuencia de lo anterior ¿Colpensiones es acreedora del reintegro de los dineros por aportes a salud, con ocasión de una doble asignación a distintos pensionados?*

Acto seguido expone los argumentos de defensa reiterando aquellos sustentados en la contestación de la demanda y solicita que se inaplique por inconstitucionalidad en el caso concreto y con efectos *inter partes* el artículo 12 del Decreto 4023 de 2012. Finalmente, resalta que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes previsto en el Decreto 4023 de 2011 fue derogado por la Ley 1873 de 2017.

2. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

El debate se centra en determinar si es procedente el cobro a COMPENSAR EPS de los aportes doblemente girados al Sistema de Seguridad Social, cuando ellos son producto del pago realizado por la entidad empleadora y el pago por concepto de pensión de vejez. Para dar solución al caso el Despacho deberá resolver los siguientes interrogantes:

³ Ver documento denominado "[14.2020-10-05 ALEGATOS COMPENSAR](#)".

- (i) ¿Cuál es el procedimiento 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 su doble pago?
- (ii) ¿Siguió COLPENSIONES el procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico para lograr la devolución de los aportes pagados al Sistema de Seguridad Social en Salud por en calidad de aportante, al ente recaudador delegado COMPENSAR EPS?
 - i) ¿Le otorga el ordenamiento jurídico a COLPENSIONES, en calidad de aportante, las facultades para ordenar a COMPENSAR EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados al Sistema de Seguridad Social en Salud conforme fueron pagados doble vez, sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin?

Tesis de la parte demandante: Sostiene que COLPENSIONES no siguió el procedimiento para lograr la devolución de los pagos al Sistema de Seguridad Social de conformidad con las normas superiores y reglamentarias que lo regulan.

Señala que, en virtud del artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, COLPENSIONES tiene un término preclusivo de un (1) año para solicitar la devolución de las cotizaciones pagadas de forma irregular, y que en el presente sub lite la demandada superó tal termino. Expresa que los dineros que se les exige devolver no fueron apropiados por COMPENSAR EPS y por lo tanto no se encuentra en su patrimonio, éstos fueron reconocidos a favor del FOSYGA por medio del trámite de compensación.

Indica que no debe confundirse los derechos irrenunciables e imprescriptibles del Sistema General de Seguridad Social con las prestaciones pecuniarias y los recursos que gravitan en torno a estas últimas.

Tesis de la parte demandada: Sostiene que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico y se respetó el debido proceso administrativo de COMPENSAR EPS.

Señala que los recursos que solicita 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 y los mismos no pueden ser destinados para otro fin diferente al Sistema General de Pensiones.

Tesis del despacho: El despacho sostendrá que COLPENSIONES en calidad de aportante, no llevó a cabo el procedimiento para lograr la devolución de los aportes pagados doblemente al Sistema de Seguridad Social en Salud al ente recaudador delegado COMPENSAR EPS, conforme lo regula el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 norma vigente para el momento de los hechos.

También sostendrá que COLPENSIONES, en calidad de aportante, no se encuentra facultado para ordenar a COMPENSAR 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.

3. CONSIDERACIONES

3.1. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Respecto a las excepciones de mérito denominadas por COLPENSIONES como *"inexistencia del derecho reclamado"*, *"buena fe"* y *"Genérica e innominada"*, debe señalar el Despacho que serán estudiadas con el fondo del asunto en razón a que, al tenor de la manera como fueron planteadas constituyen verdaderos argumentos de defensa más no excepciones en estricto sentido. 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."⁴

"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,

⁴ 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.

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 impositivos, 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" ⁵

(Subrayado fuera del texto original).

En lo tocante a la excepción de "*prescripción*" no prospera en tanto es evidente que el demandado se abstiene de sustentarla, y limita su presentación al mero decir. Tampoco advierte de oficio el despacho la ocurrencia del fenómeno de la prescripción de los derechos reclamados por el demandante.

3.2. DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La figura de la excepción de inconstitucionalidad se debe ejercer por parte de los operadores jurídicos en virtud de lo contemplado en el artículo 4º superior, y cuya aplicación no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; se configura como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales⁶.

Ha precisado la Corte Constitucional en sentencia SU-132 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada que "*[...] esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.*"

De igual manera ha indicado la Sección Primera del Consejo de Estado, al señalar que su uso es excepcional y es necesario que la contradicción sea manifiesta, es decir, que la norma constitucional y legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea⁷.

⁵CONSEJO 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.

⁶ Sentencia SU-132 de 2013 del 13 de marzo de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada y sentencia del Consejo de Estado del 11 de noviembre de 2010 Rad. No. 66001-23-31-000-2007-00070-01 C.P. Dra. María Elizabeth García Gonzáles

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Providencia del 11 de noviembre de 2010. Radicado No. 66001-23-31-000-2007-00070-01 C.P.: María Elizabeth García González.

En el ámbito jurisdiccional el juez se encuentra vinculado a los postulados de la Constitución Política pues, a pesar de estar sometido al imperio de la Ley en sus decisiones (Art. 230 CP), el concepto de Ley debe ser entendido como ordenamiento jurídico donde la Constitución es afluente, prevalece y condiciona su interpretación y aplicación, en tanto es correcta la hermenéutica sólo si se ofrece conforme con la Constitución. Es decir, se constitucionaliza la ley no porque ésta deje de tener eficacia sino porque se debe interpretar y aplicar a partir de los postulados, valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Una de las maneras de garantizar este nuevo paradigma es la excepción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la excepción de inconstitucionalidad es también un mecanismo establecido en el artículo 148 del CPACA. Esta disposición señala que el juez “podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos *inter partes* los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consiste en inaplicar un acto administrativo solo producirá efectos en relación con el proceso del cual se adopta”.

Obsérvese que se le otorga la facultad al juez- “podrá”-, y la única condición que establece es que lo actos administrativos “vulneren” la Carta. La diferencia entre el artículo 4 de la Constitución y esta disposición del CPACA, es que el primero establece una condición más estricta, la “incompatibilidad”, mientras que esta última solo exige vulneración.

Así la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-132-2013, estableció que se configuraba un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad debido a la violación directa de la Constitución.

“La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”.⁸ En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Subrayado fuera de texto).

...

⁸ Véase en sentencia T-389 de 2009.

La razón por la cual se considera que el no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo es debido a que, el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma.”

Desde la perspectiva anterior, debe señalarse que no se habrá de confundir un juicio constitucional contra una norma de carácter general por vía de excepción de inconstitucionalidad que sirvió de fundamento a un acto administrativo demandado en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, con un control general de constitucionalidad contra ese mismo acto general.

Mientras el primero se restringe a una comparación entre dos disposiciones (Constitución Vs ley/reglamento/acto administrativo) para determinar si entre ella existe una incompatibilidad entre disposiciones, la cual debe ser directa, palmaria y flagrante; el segundo juicio es general e integral con base en todas las disposiciones de la Constitución Política. Es decir que, la comparación entre las normas surge a partir de una comparación entre dos interpretaciones o sentidos distintos de aquellas. Son razonamientos complejos contruidos a partir de premisas jurídicas y fácticas. Además, los efectos *inter partes* y *erga omnes*, respectivamente, también son diferencias importantes.

Sin embargo, debe precisarse que, según el artículo 148 del CPACA, el juicio es de vulneración por lo que resulta más abierto. Por esta razón se hacen juicios materiales y complejos por vía de excepción y no una simple confrontación entre disposiciones.

Así las cosas, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 135 y 148) es típicamente un juicio de legalidad entre una norma de rango legal y un acto administrativo, por lo tanto, proponer como pretensión una excepción de inconstitucionalidad, cuando son acciones distintas y autónomas que tienen su propia vía judicial para resolver el debate contra la ley o el acto general, no es simple ni pacífico, sino por el contrario altamente controvertido porque el objeto del pleito sigue siendo el acto administrativo demandado que solamente resulta ilegal si se extiende el juicio. Es decir, el parámetro de comparación del acto no es la norma que le sirvió de

fundamento inmediato y directo (ley-decreto) sino una disposición de la Constitución Política.

Por esta razón, un acto administrativo puede resultar legal pero inconstitucional, porque si bien está fundado en una norma de rango inferior (Ley/Decreto) que se presume constitucional y prima facie debe ser obedecida y cumplida, dicha norma es inconstitucional de manera flagrante y directa. Esta flagrancia, sujeta la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad a que resulte que la norma a inaplicar sea ostensiblemente violatoria de la Constitución:

Obsérvese, entonces, que la técnica para el control de legalidad es que el acto debe acusarse por ilegal conforme a las causales establecidas de manera general en el artículo 137 CPACA y así el parámetro de comparación es la norma de rango inferior y no la Constitución; sin embargo, el juez, como garante de los derechos dentro del Estado Social de Derecho, debe preferir y decidir a partir de la Constitución cuando encuentre “incompatibilidad” entre ésta y una norma de rango inferior. (Art. 4 CP).

Dicho lo anterior, desde ya se aterrizan al caso las anteriores consideraciones con miras a la solicitud que hace la demandada de que se inaplique el Decreto 4023 de 2011 por su oposición al artículo 48 de la Constitución Política. Como se verá, el Decreto 4023 de 2011, es un instrumento jurídico normativo de carácter reglamentario que concreta uno de los fines del Estado previstos en la Carta: *la prestación del servicio público de Seguridad Social*.

Para comprender lo anterior, debe indicarse en primer lugar que por medio de la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, se creó el Sistema de la Protección Social cuya teleología es proporcionar cobertura integral a las contingencias en la materia, para lograr el bienestar tanto individual como de la comunidad. También que está conformado por los subsistemas en Pensiones, en Salud y en Riesgos laborales.

Ahora, mediante el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 se creó el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, en los siguientes términos:

Artículo 128. Crease el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia de conformidad con lo

establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de los recursos.

Pues bien, téngase en cuenta también que las funciones del Consejo de Seguridad Social en Salud fueron asumidas por la Comisión de Regulación en Salud (Ley 1122 de 2007 artículo 3º) y posteriormente mediante el Decreto 2560 de 2012 fue asumido por el Ministerio de Salud:

Artículo 3 de la Ley 1122 de 2007. Comisión de Regulación en Salud: Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mantendrá vigentes sus funciones establecidas en la Ley 100 de 1993, mientras no entre en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud CRES.

[...]

Artículo 1º del Decreto 2560 de 2012. Suprímese la Comisión de Regulación en Salud (CRES), creada por la Ley 1122 de 2007 como una Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social.

En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, la entidad entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación "Comisión de Regulación en Salud en Liquidación".

El régimen de liquidación será el determinado por el presente decreto, el Decreto-ley número 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 y las demás normas que los modifiquen, sustituyan o reglamenten.

Como consecuencia de lo anterior, a partir de la vigencia del presente decreto, el Ministerio de Salud y Protección Social asumirá las funciones que le sean transferidas en el mismo.

Retomando lo relativo a Fosyga (hoy ADRES), los artículos 219 y 220 de la Ley 100 de 1993 disponen respectivamente la estructura del Fondo⁹ y la financiación de la subcuenta de compensación¹⁰.

⁹ El Fondo se compone de cuatro cuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud y d) Del seguro de los riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Adicional, en el Decreto 4107 de 2011 en su artículo 41 se creó la subcuenta de garantías para la salud.

¹⁰ La cual se financia con los recursos provenientes de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las UPC, que le serán reconocidas por el sistema a cada EPS.

Resáltese en este punto lo consignado previamente sobre las funciones asignadas a la ADRES, con ocasión de la supresión del Fosyga. Recordando, que es por medio de la Ley 1753 de 2015 que se crea la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, teniendo entre sus funciones *la administración de los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA*.

Además, tenemos que el Presidente de la República cuenta con facultades para la regulación de la materia, esto es, en torno a la regulación de la seguridad social en salud, lo cual se desprende de los artículos 48, 49, 189 numerales 11, 334 y 365 de la Constitución Política. De los que se resalta:

Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.

Sumado a lo anterior, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 contempla la intervención del Estado en el servicio público en salud y, según su párrafo¹¹, se entiende que las competencias atribuidas al Presidente de la República y al Gobierno Nacional se entienden asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata el mencionado artículo. En armonía, el artículo 153 *ibídem* también consagra la intervención del Gobierno Nacional para dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público de salud. Así, comprende el Despacho que la intervención del Gobierno Nacional se justifica dado el dinamismo del sistema de seguridad social, el cual requiere atender oportunamente y de manera eficiente las realidades sociales.

Con sujeción a la normatividad reseñada se expide el Decreto 4023 de 2011 del Ministerio de la Protección Social *–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*

¹¹ Artículo 154. Intervención del Estado. [...] Párrafo. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

dictan otras disposiciones-, que como se mencionó en su artículo 12 reguló lo atinente al Procedimiento para la Devolución de Cotizaciones.

Es así que con base en las anteriores normativas, que descienden directamente del ya mentado artículo 48 de la Constitución Política, y con el objeto de efectivizar los elementos organizacionales que requiere la prestación del servicio público de Seguridad Social, el Decreto 4023 de 2011 en su artículo 12 reglamentó el reintegro de los pagos erróneamente efectuados y por medio de éste se efectiviza la dirección, coordinación y control del Estado respecto del sistema de seguridad social en salud, específicamente en lo atinente a la regulación del procedimiento de compensación y el reintegro de aportes.

Por ello es por lo que se señala que, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establece la Ley¹², el Gobierno Nacional se encontraba facultado para reglamentar la materia.

Igualmente encuentra este Juzgado que, dado el contexto en que se desarrolla las actuaciones administrativas que desencadenaron en las resoluciones enjuiciadas, tenemos que si bien los pagos realizados por COLPENSIONES corresponden a recursos del sistema general de pensiones, los cuales son aportes parafiscales con destinación específica, lo cierto es que una de las cargas contributivas que debe soportar COLPENSIONES tiene lugar en calidad de aportante dentro del Subsistema de Salud encontrándose obligada a realizar los aportes solo en la medida en que lo impone el ordenamiento jurídico.

Así, en el caso que nos ocupa, no se advierte que sea el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 contrario a las disposiciones constitucionales, pues la norma no atenta contra la efectividad de los derechos fundamentales, ni riñe con las normas superiores. En consecuencia, no se encuentra probada la excepción de inconstitucionalidad.

3.3. DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES POR CONCEPTO DE DOBLE ASIGNACIÓN MENSUAL A UN PENSIONADO

¹² Como se vio, fue la misma Ley la que desarrolló la disposición constitucional- tal como se presentó: en este caso las leyes 100 de 1993, 1151 de 2007, 1450 de 2011, 1607 de 2012, 1753 de 2015, 1151 de 2007, 1438 de 2011 y 1607 de 2012-, con el objeto justamente de que se concrete uno de los fines del estado: la prestación del servicio público de Seguridad Social.

De acuerdo con la determinación de los problemas jurídicos que deben resolverse, comprende el despacho que lo primero será establecer, según el 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 pensionado.

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 -hoy ADRES¹³-, también fungen como entes recaudadores de los aportes que sus afiliados del régimen contributivo efectúan en materia de salud al Sistema¹⁴.

¹³ 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 Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

¹⁴ 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."

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 Capitalización- 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 Fosyga¹⁵.

Esta facultad de recaudo y giro se explica debido a la naturaleza contributiva de los aportes en materia de salud, esto en virtud del artículo 9 de la Ley 100 de 1993 según la cual 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 cobertura¹⁶.

A este respecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la sentencia SU-480 de 1997, quedó dicho¹⁷ 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 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. ”

¹⁵ 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 Capitalización - 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 Capitalización 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 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. 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 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 aportantes¹⁸.

Ahora bien, ya con el objeto de reglamentar el funcionamiento del Fosyga, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1283 de 1996, en el cual, según el artículo 3 de la norma reglamentaria¹⁹, 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*²⁰, 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.

Puntualmente, el funcionamiento de la subcuenta de compensación del FOSYGA fue reglamentado mediante el Decreto 1013 de 1998. Así, en el párrafo 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*.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ ARTICULO 2o. ESTRUCTURA DEL FOSYGA. El FOSYGA tendrá las siguientes subcuentas:

a. De compensación interna del régimen contributivo.

[...]

Para proceder al giro, según indica el artículo 4 de la mencionada norma²¹, 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 2 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.

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.

²¹ 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. [...]

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 2014²²:

"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 COMPENSAR EPS, consiste en lo siguiente:

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 2011²³.

²² Antes de la expedición del Decreto 674 de 2014, modificatorio del Decreto 4023 de 2011, 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).

²³ Octubre 28 de 2011.

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 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”²⁴

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 COMPENSAR EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud con fundamento en el 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, advierte el Juzgado 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

²⁴ 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.

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, por ello, serían objeto de cobro coactivo administrativo.

Lo dicho hasta aquí permite evidenciar que a COLPENSIONES, en calidad de aportante, no le asisten las facultades para ordenar a COMPENSAR 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.

Es cierto que el artículo 128 de la Carta proscribe la múltiple asignación que provenga del tesoro público, y en consecuencia, 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. También es cierto que 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 especial²⁵, 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 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.

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.

Llama la atención que COLPENSIONES pretenda la devolución de los recursos girados por concepto de aportes a salud de los pensionados sin ceñirse a el procedimiento para tal fin, por lo que se advierte que en los actos demandados incurrió en la causal de nulidad consistente en falsa motivación y en infracción de las normas en que debieron fundarse, por cuanto la causa que justificó su actuar no obedece a criterios razonables de legalidad procesal y la motivación de sus decisiones no fue clara ni suficiente²⁶ conforme al procedimiento reglamentado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

²⁵ Artículo 1, decreto 4121 de 2011.

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

Aunado a que la administración de los recursos que financian el Sistema de Seguridad Social en Salud le corresponde a ADRES.

Ahora, no se puede desconocer que 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.

Sostuvo la demandante, que la obligación impuesta por parte de COLPENSIONES no puede ser cumplida por su representada en tanto aquella no ostenta la facultad de retener los aportes recaudados.

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 antes de finalizar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago que de las cotizaciones hizo COLPENSIONES en calidad de aportante.

En esa medida, en la orden emitida por COLPENSIONES a COMPENSAR EPS, para que devolviera los aportes efectuados doble vez, 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 del Fondo pues a la luz del artículo 205 de la Ley 100 de 1993, ello debía tener lugar antes de finalizar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago que de las cotizaciones hizo COLPENSIONES en calidad de aportante.

Es decir, aunque el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud prevé que las EPS recaudan las cotizaciones, es claro que estos recursos no les pertenecen ni entran siquiera a su presupuesto.

Corolario de lo anterior es que COLPENSIONES procedió a imponer el reintegro de unos recursos que no se encontraban ya en poder de la EPS demandante, cuando COLPENSIONES, en calidad de sujeto principal del Sistema General de Seguridad Social conocía de sobra que los aportes habían sido previamente girados al administrador del

Fondo y aun así se abstuvo de asentir a que la EPS agotara el trámite de devolución ante el Fosyga –hoy ADRES.

Por los anteriores argumentos, **debe indicarse la prosperidad del primer cargo de la demanda.**

En cuanto al cargo segundo, debe en primera medida recordarse que la parte actora lo subdivide en tres argumentos. El primero referente al desconocimiento del término preclusivo de un año consignado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 que, tal como se anticipó, es dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago cuando el aportante debe presentar la solicitud detallada de devolución de cotizaciones a la EPS, con el fin de obtener el reintegro de los pagos erróneamente efectuados. Esta regla no fue respetada en el presente caso, teniendo en cuenta que los aportes girados a COMPENSAR EPS corresponden a períodos de los años 2013, 2014 y 2015, y la fecha en que se notificaron las resoluciones que ordenaron el reintegro corresponden a septiembre 2016, marzo y octubre de 2017 y enero de 2018, las cuales se sintetizan a continuación:

PENSIONADO	RESOLUCIÓN PRIMIGENIA QUE ORDENA REINTEGRO	PERÍODOS A REINTEGRAR	FECHA DE NOTIFICACIÓN DE RESOLUCIÓN QUE ORDENA REINTEGRO
PLINIO ROJAS GALAN	GNR 8142 DEL 12 DE ENERO DE 2016 ²⁷	Diciembre de 2013.	01 de septiembre de 2016 ²⁸
MARIO ALFREDO SANCHEZ SANCHEZ	GNR 975 DEL 04 DE ENERO DE 2016 ²⁹	Marzo de 2014.	01 de septiembre de 2016.
AQUILINO ALMANZA GARZÓN	GNR 6822 DEL 08 DE ENERO DE 2016 ³⁰	Abril a agosto de 2015.	01 de septiembre de 2016 ³¹
ANA DELIA BARRETO	GNR 416098 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2015 ³²	Abril de 2014.	01 de septiembre de 2016 ³³
MARÍA ELENA SANCHEZ DE ROJAS	GNR 5331 DEL 08 DE ENERO DE 2016 ³⁴	Marzo de 2014	01 de septiembre de 2016 ³⁵
MARTHA ELENA MORALES GUEVARA	GNR 419560 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2015 ³⁶	Septiembre 2014 y marzo 2015.	10 enero 2018 ³⁷
LUZ NELLY SICACHA SUAREZ	GNR 10226 DEL 14 DE ENERO DE 2016 ³⁸	Diciembre de 2013.	01 de septiembre de 2016 ³⁹
MARÍA DEL CARMEN ALEMAN DE QUIROGA	GNR 16938 DEL 20 DE ENERO DE 2016 ⁴⁰	Enero y febrero de 2014	01 de septiembre de 2016 ⁴¹
NUBIA ESTELLA BERNATE	GNR 6773 DEL 08 DE ENERO DE 2016 ⁴²	Marzo de 2014	01 de septiembre de 2016 ⁴³

²⁷ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “25. EA 19312851 - PARTE 7”. Documento No. 05.
²⁸ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “25. EA 19312851 - PARTE 7”. Documento No. 06.
²⁹ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “5. CC-19215102”. Documento No. 38.
³⁰ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “4. CC-19149836”. Documento No. 63.
³¹ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “4. CC-19149836”. Documento No. 30.
³² Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “2. 24156078-1”. Documento No. 19.
³³ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “2. 24156078-1”. Documento No. 55.
³⁴ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “41 EA 35317609 - PARTE 4”. Documento No. 25.
³⁵ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “41 EA 35317609 - PARTE 3”. Documento No. 52.
³⁶ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “53 EA 42056633- PARTE 1”. Documento No. 21.
³⁷ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “54 EA 42056633- PARTE 2”. Documento No. 33.
³⁸ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “48 EA 41717975- PARTE 2”. Documento No. 83.
³⁹ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “48 EA 41717975- PARTE 2”. Documento No. 62.
⁴⁰ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “14 EA 41796153- PARTE 8”. Documento No. 26.
⁴¹ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “13 EA 41796153- PARTE 7”. Documento No. 51.
⁴² Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “52 EA 51575624 - PARTE 2”. Documento No. 57.
⁴³ Ver carpeta “12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS”, subcarpeta “52 EA 51575624 - PARTE 2”. Documento No. 61.

LUIS HERNANDO FLOREZ JAIMES	GNR 57299 DEL 22 DE FEBRERO 2017 ⁴⁴	Julio de 2013 a mayo de 2015	26 de diciembre de 2017 ⁴⁵
NURY DEL CARMEN VALENCIA VALENCIA	GNR 64215 DEL 26 DE FEBRERO DE 2016 ⁴⁶	Diciembre de 2013 y enero de 2014.	19 de octubre de 2017. ⁴⁷
DORA LIV BOSSA	SUB 156973 DEL 15 DE AGOSTO DE 2017 ⁴⁸	Febrero de 2014.	25 de enero de 2018 ⁴⁹ .
MARÍA ELSA ACERO ROCANCIO	GNR 250601 DEL 24 DE AGOSTO DE 2016 ⁵⁰	Enero a agosto de 2014	14 de marzo de 2017 ⁵¹
LUIS ALBERTO DELGADO	GNR 11519 DEL 15 DE ENERO DE 2016 ⁵²	Noviembre y diciembre de 2013.	19 de octubre de 2017 ⁵³

Con lo anterior se verifica que COLPENSIONES notificó las resoluciones que ordenan el reintegro superando el término de doce meses previsto en la normatividad, es más la expedición de dichas resoluciones no se dio dentro de dicho término. Con todo lo analizado previamente, COLPENSIONES no puede desconocer dicho término, pues por regla general, los términos son perentorios e improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se gozaba mientras aún estaban vigentes dentro de un ámbito de garantía de la seguridad jurídica, más aún cuando en el caso concreto estos recursos fueron compensados y no son propiedad de la demandante.

En ese sentido, en concepto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el establecimiento de un plazo razonable para pedir el reintegro no constituye per se una trasgresión a la regla de destinación de los recursos del Sistema de Seguridad Social o a una desfinanciación del Sistema Pensional, pues es potestad del fondo administrador, en un actuar diligente, pretender la devolución de la cotización pagada, pero con el respeto de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico para la materia⁵⁴. Razón por la cual, en criterio de este despacho, prospera el primer argumento esbozado.

Como segundo argumento expresa que, ante un eventual procedimiento de cobro coactivo adelantado por COLPENSIONES para exigir el cobro de las órdenes de reintegro, debe atenderse a que estas prescriben a los tres (3) años de su realización conforme a la norma especial contemplada en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, no comparte el despacho tal aseveración, siendo lo primero en aclarar que en esta instancia no estamos frente un procedimiento de cobro coactivo. Y tal como lo reitera la Corte Constitucional en la Sentencia C-895 de 2009 M.P. Jorge

⁴⁴ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "27 EA 19480280- PARTE 1". Documento No. 06.

⁴⁵ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "29 EA 19480280- PARTE 3". Documento No. 12.

⁴⁶ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "30 EA 26258165- PARTE 1". Documento No. 02.

⁴⁷ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "36 EA 26258165- PARTE 7". Documento No. 35.

⁴⁸ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "45 EA 41388750- PARTE 4". Documento No. 13.

⁴⁹ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "45 EA 41388750- PARTE 4". Documento No. 36.

⁵⁰ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "55. CC-23490946". Documento No. 286.

⁵¹ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "55. CC-23490946". Documento No. 185.

⁵² Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "18 EA 5281324- PARTE 4". Documento No. 71

⁵³ Ver carpeta "12. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS", subcarpeta "17 EA 5281324- PARTE 3". Documento No. 93.

⁵⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Cuarta. Subsección A. Sentencia del 13 de mayo de 2020, radicado No. 110013337044-2018-00183-01 y 110013337 042 2018 00047-01. M.P.: Amparo Navarro López.

Iván Palacio Palacio al hacer alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 30 de julio de 2004⁵⁵, la cual la parte actora trae a colación, y con respecto al término de prescripción de la acción de cobro se sigue lo estipulado en el Estatuto Tributario, específicamente su artículo 817:

“En concordancia con lo anterior, la sección 4º del Consejo de Estado ha señalado que como los aportes a la seguridad social constituyen recursos parafiscales, para su cobro debe recurrirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales⁵⁶, particularmente en lo relacionado con el término de prescripción de la acción de cobro (art. 817 ET, modificado por el artículo 86 de la Ley 788 de 2002) y la competencia para decretar la prescripción (art. 817 ET, modificado por el artículo 8º de la Ley 1066 de 2006)”

Por lo anterior, para este despacho es claro que ante un eventual procedimiento de cobro coactivo el término prescriptivo aplicable es el consignado el artículo 817 del Estatuto Tributario, contrario a lo afirmado por la parte actora.

Con respecto al tercer argumento menciona la firmeza de los giros realizados por el Fosyga (hoy ADRES) en el marco del aseguramiento en salud, para lo cual cita el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 16 de la Ley 1797 de 2016. Considera el despacho que al recaudar COMPENSAR EPS los aportes a salud y no ser propietaria de dichos recursos, no es la EPS la llamada a alegar la firmeza de dichos recursos. De acogerse tal argumento, no sería coherente con todo el análisis anteriormente planteado.

Por lo dicho, prospera en cargo segundo en lo atinente que COLPENSIONES no respetó el término preclusivo de doce (12) meses consignado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

Habiendo sido estudiados los cargos y no encontrarse acreditada la prosperidad de las excepciones formuladas por la pasiva relativa a la *"inexistencia del derecho reclamado"*, *"buena fe"*, tampoco advierte el despacho la ocurrencia de una excepción que deba ser declarada de oficio. Por lo tanto, procederá el despacho a anular los actos demandados, previo a resolver lo atinente a la condena en costas.

⁵⁵ Sentencia Consejo de Estado del 30 de julio de 2004, Rad. No. 13392, C.P. Ligia López Díaz.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección 4ª, Sentencia del 26 de marzo de 2008, rad. 25000232700020020042201 (16257).

CONDENA EN COSTAS

En lo atinente a la condena en costas y agencias del derecho, la sentencia habrá de disponer sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP⁵⁷.

Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas⁵⁸, 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 caso⁵⁹.

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

⁵⁷ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

⁵⁸ Artículo 365 del Código General del Proceso.

⁵⁹ Ver documento denominado "9. 2020-09-03 EXPEDIENTE DIGITALIZADO". Págs. 72 a 95.

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 de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos que se indican a continuación, únicamente en lo tocante a las órdenes de reintegro impuestas a COMPENSAR EPS por concepto de aportes girados por la afiliación de un pensionado:

- 1.1.** Resolución No. GNR 8142 del 12 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$193.300, por concepto de aportes girados por la afiliación del pensionado PLINIO ROJAS GALÁN, identificado con cédula de ciudadanía No. 19312851.
- 1.2.** Resolución No. SUB 273094 del 28 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 8142 del 12 de enero de 2016.
- 1.3.** Resolución No. DIR 23345 del 20 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 8142 del 12 de enero de 2016.
- 1.4.** Resolución No. GNR 975 del 4 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$321.000, por concepto de aportes girados por la afiliación del pensionado MARIO ALFREDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19215102.
- 1.5.** Resolución No. SUB 277638 del 30 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 975 del 4 de enero de 2016.
- 1.6.** Resolución No. DIR 23074 del 18 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 975 del 4 de enero de 2016.
- 1.7.** Resolución No. GNR 6822 del 8 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$521.000, por concepto de aportes girados por la afiliación del pensionado AQUILINO ALMANZA GARZÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 19149836.
- 1.8.** Resolución No. SUB 268286 del 24 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la

resolución No. GNR 6822 del 8 de enero de 2016.

- 1.9.** Resolución No. DIR 22458 del 7 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 6822 del 8 de enero de 2016.
- 1.10.** Resolución No. GNR 416098 del 23 de diciembre de 2015, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$174.100, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada ANA DELIA BARRETO, identificada con cédula de ciudadanía No. 24156078.
- 1.11.** Resolución No. SUB 265283 del 23 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 416098 del 23 de diciembre de 2015.
- 1.12.** Resolución No. DIR 22216 del 05 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 416098 del 23 de diciembre de 2015.
- 1.13.** Resolución No. GNR 5331 del 8 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$310.000, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada MARÍA ELENA SÁNCHEZ DE ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 35317609.
- 1.14.** Resolución No. SUB 253654 del 14 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 5331 del 8 de enero de 2016.
- 1.15.** Resolución No. DIR 21898 del 30 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 5331 del 8 de enero de 2016.
- 1.16.** Resolución No. GNR 419560 del 30 de diciembre de 2015, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$902.600, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada MARTHA ELENA MORALES GUEVARA, identificada con cédula de ciudadanía No. 42056633.
- 1.17.** Resolución No. SUB 273365 del 28 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 419560 del 30 de diciembre de 2015.
- 1.18.** Resolución No. DIR 23502 del 21 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 419560 del 30 de diciembre de 2015.

- 1.19.** Resolución No. GNR 10226 del 14 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$151.200, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada LUZ NELLY SICACHA SUÁREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 41717975.
- 1.20.** Resolución No. SUB 261844 del 21 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 10226 del 14 de enero de 2016.
- 1.21.** Resolución No. DIR 21900 del 30 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 10226 del 14 de enero de 2016.
- 1.22.** Resolución No. GNR 16938 del 20 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$285.400, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada MARÍA DEL CARMEN ALEMÁN DE QUIROGA, identificada con cédula de ciudadanía No. 41796153.
- 1.23.** Resolución No. SUB 252686 del 10 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 16938 del 20 de enero de 2016.
- 1.24.** Resolución No. DIR 22073 del 4 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 16938 del 20 de enero de 2016.
- 1.25.** Resolución No. GNR 6773 del 8 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$152.200, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada NUBIA ESTELLA BERNATE, identificada con cédula de ciudadanía No. 51575624.
- 1.26.** Resolución No. SUB 250060 del 8 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 6773 del 8 de enero de 2016.
- 1.27.** Resolución No. DIR 22914 del 14 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 6773 del 8 de enero de 2016.
- 1.28.** Resolución No. GNR 57299 del 22 de febrero de 2017, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$255.600, por concepto de aportes girados por la afiliación del pensionado LUIS HERNANDO FLOREZ JAIMES, identificado con cédula de ciudadanía No. 19480280.

- 1.29.** Resolución No. SUB 234015 del 23 de octubre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 57299 del 22 de febrero de 2017.
- 1.30.** Resolución No. DIR 21638 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 57299 del 22 de febrero de 2017.
- 1.31.** Resolución No. GNR 64215 del 26 de febrero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$1.033.100, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada NURY DEL CARMEN VALENCIA VALENCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 26258165.
- 1.32.** Resolución No. SUB 250827 del 9 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 64215 del 26 de febrero de 2016.
- 1.33.** Resolución No. DIR 22605 del 11 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 64215 del 26 de febrero de 2016.
- 1.34.** Resolución No. 156973 del 15 de agosto de 2017, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$576.100, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada DORA LIV BOSSA, identificada con cédula de ciudadanía No. 41399750.
- 1.35.** Resolución No. SUB 273095 del 28 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. 156973 del 15 de agosto de 2017.
- 1.36.** Resolución No. DIR 23854 del 27 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. 156973 del 15 de agosto de 2017.
- 1.37.** Resolución No. GNR 250601 del 24 de agosto de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$1.429.600, por concepto de aportes girados por la afiliación de la pensionada MARÍA ELSA ACERO RONCANCIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 234909463.
- 1.38.** Resolución No. SUB 3634 del 10 de enero de 2018, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 250601 del 24 de agosto de 2016.
- 1.39.** Resolución No. DIR 1879 del 26 de enero de 2018, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No.

GNR 250601 del 24 de agosto de 2016.

1.40. Resolución No. GNR 11519 del 15 de enero de 2016, por medio de la cual se ordena a COMPENSAR EPS restituir a COLPENSIONES la suma de \$322.700, por concepto de aportes girados por la afiliación del pensionado LUIS ALBERTO DELGADO, identificado con cédula de ciudadanía No. 5281324.

1.41. Resolución No. SUB261624 del 20 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. GNR 11519 del 15 de enero de 2016.

1.42. Resolución No. DIR 23296 del 19 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. GNR 11519 del 15 de enero de 2016.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que COMPENSAR EPS no se encuentra obligado al cumplimiento de las órdenes de reintegro impuestas mediante los actos anulados.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte vencida en este pleito.

CUARTO.- En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas anotaciones de rigor y expedición de copias de la providencia con constancia de su ejecutoria.

QUINTO.- Reconocer personería para actuar en calidad de apoderado de COLPENSIONES al abogado Julián Enrique Aldana Otálora, de conformidad con el poder aportado con el escrito de alegatos de conclusión, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 del CGP.

SEXTO.- Como medida adoptada por el Despacho para hacer posibles los trámites virtuales, todo memorial, solicitud, prueba, recurso, y en general toda comunicación dirigida a este proceso debe ser enviada **únicamente** por los canales virtuales. Para este efecto se ha dispuesto el buzón de correo electrónico **correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co** .

Es indispensable (i) escribir en el espacio "ASUNTO" de los mensajes virtuales los 23 dígitos del proceso, pues sin esta identificación del mismo no será posible darle trámite y (ii) enviar archivos DOC, DOCX, o PDF livianos Max 500 k, - verificar que

los PDF no tengan páginas en blanco y que tengan calidad para envío por correo, con el fin de que se pueda dar expedito trámite a lo enviado.

En cumplimiento del deber procesal impuesto en los artículos 83 numeral 14 del Código General del Proceso⁶⁰ y 3 del Decreto 806 de 2020⁶¹ las partes deben enviar todo memorial, solicitud, prueba, recurso, y en general toda comunicación dirigida a este proceso no sólo al Despacho, sino también a los correos electrónicos de las demás partes que se ponen en conocimiento:

COMPENSAR:

notificacionesjudiciales@compensar.com

mcpachonv@aseguramientosalud.com

slgonzalezl@aseguramientosalud.com

COLPENSIONES:

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

julian.conciliatus@gmail.com

ycastro.conciliatus@gmail.com

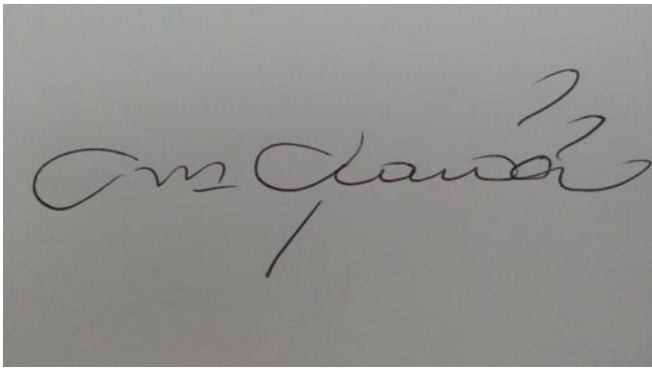
Toda actuación en el proceso se comunicará mediante estos correos, que para los apoderados deben corresponder a los registrados en el sistema SIRNA.

La atención al público se presta de manera telefónica en el número 3134895346 de lunes a viernes entre las 8:00 am y la 1:00 pm y las 2:00 pm y 5:00 pm.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

⁶⁰ **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO ARTÍCULO 78. Deberes de las partes y sus apoderados.** Son deberes de las partes y sus apoderados: 14. Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smmlmv) por cada infracción.

⁶¹ **DECRETO 806 DE 2020. ARTÍCULO 3. Deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones.** Es deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos. Para el efecto deberán suministrar a la autoridad judicial competente, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite y enviar a través de estos un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial. Identificados los canales digitales elegidos, desde allí se originarán todas las actuaciones y desde estos se surtirán todas las notificaciones, mientras no se informe un nuevo canal. Es deber de los sujetos procesales, en desarrollo de lo previsto en el artículo 78 numeral 5 del Código General del Proceso, comunicar cualquier cambio de dirección o medio electrónico, so pena de que las notificaciones se sigan surtiendo válidamente en la anterior. Todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar solidariamente con la buena marcha del servicio público de administración de justicia. La autoridad judicial competente adoptará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento.

A handwritten signature in dark ink on a light gray background. The signature is cursive and appears to read 'Ana Elsa Agudelo Arévalo'.

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ