



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

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

RADICACIÓN	110013337042 2018 00165 00
TIPO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-TRIBUTARIO
DEMANDANTE:	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES
DEMANDADA:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. DESCRIPCIÓN

TEMA DE DECISIÓN

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

ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante:

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, identificada con NIT 901.037.916-1, dirección virtual de notificaciones: notificaciones.judiciales@adres.gov.co

Demandada:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, identificada con NIT 900.336.004-7, dirección virtual de notificaciones: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

OBJETO

DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad de la resolución No. 122584 del 11 de julio de 2017 por medio del cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida
2. Declarar la nulidad de la resolución No. DIR 447 del 10 de enero de 2018 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución SUB 122584 del 11 de julio de 2017.
3. A título de restablecimiento del derecho, se declare que la entidad ADRES no debe reintegrar a COLPENSIONES la suma de \$133.100
4. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al pago de las costas y gastos que se originen en el presente proceso.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

1. El 31 de mayo de 2017 COLPENSIONES profirió resolución No. SUB 84267 en la que ordena el reintegro de aportes del Sistema General de Seguridad Social en salud por valor de \$3.636.300.
2. El Acto Administrativo fue notificado al Ministerio de Salud y Protección Social el 28 de septiembre de 2017.
3. ADRES de manera oportuna interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación en contra de la resolución SUB 122584 del 11 de julio de 2017.
4. El 10 de enero de 2018 mediante resolución No DIR 447, COLPENSIONES dio respuesta al recurso interpuesto y confirmó de manera integral la resolución SUB 122584.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Normas violadas de rango supra legal:

- Artículos 4, 6, 29

Normas violadas de rango reglamentario y legal:

- Decreto 780 de 2016: artículo 2.6.1.1.2.2
- Decreto Ley 4107 de 2011: literal c, inciso segundo artículo 41

- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: artículo 320

Jurisprudencia aplicable:

- Sentencia C - 037 de 2000
- Sentencia T- 555 de 2010

Concepto de violación:

Cargo primero: Violación de las normas superiores.

Considera el apoderado de la parte demandante que con la expedición de los actos administrativos demandados COLPENSIONES vulneró el artículo sexto de la Constitución Política al desconocer la jerarquía de las normas y por ende, las competencias establecidas en la normativa vigente aplicable para el caso objeto de análisis.

También hace referencia a que desconoce lo previsto en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, compilado en el artículo 2.6.1.1.2.2 del Decreto 780 de 2016, el cual consagra el mecanismo y el término para la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, en virtud del cual y a partir de los argumentos expuestos, se colige que el reintegro de los aportes allí contenidos resulta improcedente.

Cargo Segundo: Vulneración del derecho al debido proceso administrativo

Señala que, con la expedición de los actos administrativos, COLPENSIONES al no aplicar ni acatar los términos establecidos para el procedimiento de devolución de aportes en salud; ni vincular al entonces Administrador Fiduciario de los Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, quien tuvo a su cargo la facultad para adelantar dicho trámite hasta el 31 de julio de 2017, transgredió el derecho constitucional al debido proceso que debe regir las actuaciones administrativas.

Cargo Tercero: El legislador dio una destinación específica a los recursos de cotización no compensados superado el año para solicitar su devolución.

La parte actora sostiene que si bien los recursos respecto de los cuales se pretende el reintegro están destinados bajo el principio de solidaridad a financiar el régimen de subsidios en salud, eventualmente los mismos correspondieran a recursos de la cotización del Régimen Contributivo de Salud no compensados por los aseguradores en salud, dentro del año siguiente al recaudo; esto es los mismos

que por disposición legal, prevista en el literal c del inciso segundo del artículo 41 del Decreto 4107 de 2011, fueron destinados a la financiación de las operaciones de la Subcuenta de Garantías del extinto Fosyga, con la cual se podrán llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En consecuencia, indica que bajo el supuesto que la orden de reintegro dispuesta en la resolución recurrida, recaiga sobre los recursos de cotización del Régimen Contributivo de Salud no compensados por los aseguradores en salud, entonces resulta improcedente la devolución, pues superado un año para solicitar la misma, estos ya fueron destinados a financiar la mencionada subcuenta y, por lo tanto, no se encuentran disponibles para su reintegro.

1.1. OPOSICIÓN

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES se manifestó frente a los hechos de la siguiente manera:

1. Hecho 1 no es cierto. La resolución en mención no es la resolución que la parte actora pretende atacar, pues el primer hecho de la mayoría de las demandas presentadas por el ADRES hacen mención a la misma resolución.
2. Hecho 2. No le consta
3. Hecho 3. Es cierto parcialmente, relata hechos y apreciaciones subjetivas del demandante
4. Hecho 4. Es cierto

En cuanto a las pretensiones, la Administradora COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que las mismas no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal; adicionalmente planteó las siguientes excepciones previas y de mérito:

1.-Caducidad:

Frente a los actos demandados existe constancia que acredita que la parte actora los "recurrió" fuera del término de que trata el literal d del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

Sin embargo, esta excepción previa fue resuelta negativamente por este despacho mediante auto de fecha 09 de diciembre de 2020, al encontrar que la demanda fue interpuesta en tiempo.

2.-Inconstitucionalidad del artículo 12 Decreto 4023 de 2011, por oposición al artículo 48 de la Constitución Política:

Arguye la parte pasiva del debate que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 trae consigo unos preceptos que en abstracto resultan ajustados a la Constitución, pero que sí son aplicados al caso examinado resultarían inconstitucionales.

Menciona que COLPENSIONES adelantó la gestión del reintegro de los aportes erróneamente pagados por fuera del término de los 12 meses consagrados en el artículo 12 del referido Decreto, por lo que en virtud del artículo 4 de la misma normatividad, bien pudo haber sido usado para una destinación diferente a la destinación de los recursos parafiscales que administra COLPENSIONES.

Precisa que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 vulnera el artículo 48 constitucional, toda vez que los recursos que administra COLPENSIONES son de la seguridad social y se les está dando una destinación oficial diferente para la que fueron asignados. Por otra parte, sostiene que el precipitado artículo pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema pensional al dejar a COLPENSIONES desprovista de herramientas jurídicas, tanto administrativas como judiciales, para poder recuperar el dinero.

3.-Inexistencia del derecho reclamado:

A causa de los giros erróneamente efectuados a las cuentas de la EPS y posteriormente al ADRES y el vencimiento del término legal para reclamar, se configura la destinación irregular, inconstitucional, ilegal e injustificada de los recursos parafiscales por parte del ADRES.

4.-Buena fe:

La buena fe de COLPENSIONES surge de la estricta aplicación de la Constitución, la ley y el precedente jurisprudencial que garantiza seguridad jurídica en la decisión prestacional, es por lo anterior que se configura la presunción de legalidad de los actos proferidos y es responsabilidad del demandante controvertir dicha presunción y la buena fe de la entidad.

5.- Genérica o innominada:

Solicita al despacho declarar las demás excepciones que se encuentren probadas en el proceso.

ARGUMENTOS DE DEFENSA

COLPENSIONES, luego de realizar un estudio sobre el presente proceso, encontró que realizó doble aporte de cotización en salud de manera errónea, por lo que ADRES es la entidad llamada a reintegrar dichos aportes, pues de conformidad con el artículo 128 de la Constitución, en concordancia con el artículo 19 de la ley 4 de 1992 no es posible recibir doble pago por concepto de aporte en salud, ya que ocasionaría un detrimento del patrimonio del Estado y configuraría una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional.

El artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 se refiere a la posibilidad de solicitar a la EPS la devolución de los recursos pagados erróneamente dentro de los 12 meses siguientes al pago, pero no determina de manera expresa plazo de caducidad para la acción de cobro o término de prescripción del derecho a cobrar los recursos, pues su objeto sólo es regular el funcionamiento de la subcuenta de compensación.

El Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2001, MP Jaime Araujo Rentería, señaló que los aportes a salud y pensiones, como los que son objeto de discusión en este caso, son de naturaleza parafiscal que tienen como destinación específica la financiación del sistema de seguridad social en salud, en este sentido resulta improcedente aplicar el fenómeno de la caducidad o la prescripción pues se estaría configurando una extralimitación legal en el ejercicio de las competencias del ADRES y se vulneraría la obligación estatal de garantizar a la población el amparo de las contingencias establecidas en la ley.

Por tanto, concluye que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico y se encuentran debidamente motivados.

1.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

PARTE DEMANDADA

El demandado reitera los argumentos expuestos en sus intervenciones en las diferentes etapas procesales.

1.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Cuál es el procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico para que Colpensiones, en calidad de aportante, obtenga la devolución de los aportes pagados al Sistema de Seguridad Social en Salud y que son objeto de orden de reintegro mediante los actos demandados?

¿Se debe inaplicar el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 por su inconstitucionalidad, dada la destinación específica de los recursos de la Seguridad Social?

Tesis de la parte demandante: Sostiene que COLPENSIONES no siguió el procedimiento establecido en el ordenamiento para obtener la devolución de los pagos al Sistema de Seguridad Social de conformidad con las normas lo regulan. Además, que la devolución se torna improcedente en virtud del artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 compilado en el artículo 2.6.1.1.2.2 del Decreto 780 de 2016. Además se viola el debido proceso administrativo al no acatar el término establecido para la devolución de aportes en salud.

Tesis de la parte demandada: Sostiene que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 es inconstitucional al reñir con el artículo 48 superior, y por lo tanto se debe inaplicar. También sostiene que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico y fueron expedidos dadas las facultades de COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media con prestación definida. Finalmente, que los aportes en salud pagados irregularmente fueron girados con recursos parafiscales los cuales tienen una destinación específica, por lo que al no reintegrarlos se configura una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales.

Tesis del despacho: El despacho sostendrá que el procedimiento para la devolución de los aportes objeto de reintegro mediante los actos administrativos demandados es el contemplado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, pues esta norma resulta vinculante para Colpensiones en calidad de aportante del Subsistema en Salud, pese a ser una administradora de recursos del Sistema General de Seguridad Social en el Subsistema de Pensiones.

En tal sentido, Colpensiones no puede ejercer sus poderes y facultades administrativas a efectos de imponer a la ADRES la devolución, por fuera de los márgenes normativos preestablecidos: por el contrario, en virtud del principio de coordinación, deben adelantarse actuaciones interadministrativas dentro del marco constitucional y legal, con el fin de que se cumplan las funciones misionales de las administradoras de los Subsistemas de Salud y Pensiones.

También sostendrá que no es inconstitucional el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, expedido con base en la facultad del Gobierno Nacional para reglamentar la materia, toda vez que los aportes en salud recaudados son recursos parafiscales y su destinación es específica y se encuentra regulada y reglamentada en la ley. Igualmente debido a que el tratamiento aplacible a los aportes errados tras vencerse el término de 12 meses contado a partir de su giro, pretende concretar uno de los postulados constitucionales que es la garantía del sostenimiento financiero del Sistema General de Seguridad Social.

3. CONSIDERACIONES

3.1. De las excepciones propuestas

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

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.”¹

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO

FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-200700046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"

²

(Subrayado fuera del texto original).

Por lo tanto, aquellas serán estudiadas y decididas al resolver el fondo del asunto.

Por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad será estudiada en un acápite aparte, tras haber realizado el estudio del marco jurídico aplicable.

3.2 Del reintegro de aportes

De acuerdo con la fijación del litigio y 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 la devolución de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que fueron erróneamente cancelados por el aportante –COLPENSIONES- con ocasión de las dobles asignaciones mensuales provenientes del tesoro público a algunos ciudadanos.

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". Desde su preámbulo resalta 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.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA

MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

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.

Las EPS en el Régimen de Seguridad Social en Salud son delegatarias de las entidades Administradoras de los recursos del sistema y, por ende, fungen como entes recaudadores de los aportes que sus afiliados del régimen contributivo efectúan en materia de salud al Sistema³.

Este recaudo es, entonces, una de sus obligaciones legales y sobre el mismo, tal como se ve de la norma transcrita al pie, se efectúa una compensación de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación- UPC, en tanto valores destinados a la financiación del cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS. En virtud de la misma disposición y en concordancia con el artículo 220 ibídem, la diferencia resultante entre el recaudo por cotizaciones y el valor correspondiente a las UPC, habrá de ser girada al Fosyga⁴.

A este respecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la Sentencia de unificación SU-480 de 1997 señaló⁵ 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

³ 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.”

⁴ ARTÍCULO 220. FINANCIACIÓN DE LA SUBCUENTA DE COMPENSACIÓN. Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas. PARÁGRAFO. La Superintendencia Nacional de Salud realizará el control posterior de las sumas declaradas y tendrá la facultad de imponer las multas que defina el respectivo reglamento (Destacado del Juzgado).

⁵ 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.

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. "

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 cobertura⁶.

Con base en lo dicho, 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 de los recursos. 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 aportantes⁷.

Ahora bien, es de tener en cuenta que la administración de los recursos que financian el Sistema de Seguridad Social en Salud le correspondía anteriormente a la Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga. Sin embargo, mediante la Ley 1753 de 2015 se creó la Administradora de los Recursos del Régimen General de Seguridad Social en Salud -ADRES- como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio autónomo; la cual tiene como objeto, entre otros, el de administrar los recursos que hacen parte del Fosyga⁸.

Entre sus funciones expresamente el artículo 66 de la mencionada normatividad, estipula la de administrar los recursos del Sistema y la de efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitación y demás recursos

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

del aseguramiento obligatorio en salud⁹. También contempló la Ley 1753 de 2015 la supresión del Fosyga una vez entrada en operación la ADRES. En este sentido, el Decreto 1429 de 2016 en su artículo 21 estipuló el primero (1º) de agosto de 2017 para la entrada en operación de la Entidad.

Por lo cual, entiende el despacho, que la diversa normatividad al referirse a los recursos administrados por el Fosyga, debe entenderse hoy referida a las funciones propias de la ADRES. En ese sentido, es claro que al referirse al Fosyga se alude a la Entidad que asumió sus funciones, es decir, a la ADRES.

Precisado lo anterior, considérese que 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 del Decreto 1283 de 1996¹⁰, 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 entonces 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.

Para proceder al giro, según indica el artículo 4 ibídem¹¹, 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

⁹ Literal a) y b) del Art. 66 de la Ley 1753 de 2015.

¹⁰ ARTÍCULO 2o. ESTRUCTURA DEL FOSYGA. El FOSYGA tendrá las siguientes subcuentas: a. De compensación interna del régimen contributivo.

[...]

¹¹ 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. [...] ¹⁴ Antes de la expedición del Decreto 674 de 2014, modificadorio del Decreto 4023 de 211, el ente regulador del Sistema General de Seguridad Social expidió la Resolución 069 de 2012 adoptando en su artículo 1 los formularios e instructivos para el desarrollo de los procesos de conciliación de recursos y de giro y compensación de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga. (CONCEPTO 48460 DE 2014 [junio de 2014])

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. 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.

Específicamente el artículo 12 del mencionado Decreto, modificado por el artículo 1 del Decreto 674 de 2014, contempló el procedimiento para la devolución de cotizaciones de la siguiente manera:

“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”.

De lo anterior se desprende que el procedimiento para solicitar la devolución de los aportes pagados erradamente es el descrito en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, el cual contempla la intervención de las EPS como receptoras de la solicitud del aportante y el estudio de su pertinencia, que de proceder se presenta al Fosyga –hoy ADRES, quien deberá girar los recursos al aportante.

A su turno, el artículo 7 de la Resolución 5510 de 2013¹² dispuso:

ARTÍCULO 7o. DEVOLUCIÓN DE APORTES. Los aportantes podrán solicitar al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago, la devolución de los aportes realizados erróneamente y corresponderá a dicho administrador determinar la procedencia de la devolución de tales aportes.

El administrador fiduciario de los recursos del Fosyga contará con un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la solicitud para dar respuesta a la misma y en caso de ser procedente efectuará la devolución de las cotizaciones.

PARÁGRAFO 1o. Para la solicitud de devolución de cotizaciones realizadas erróneamente, los aportantes deberán cumplir con las estructuras y procedimientos establecidos en el Anexo número 2 que hace parte integral de la presente resolución.

PARÁGRAFO 2o. Cuando existan fallos judiciales que ordenen la devolución de aportes no será exigible el término de doce (12) meses.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de seguridad social en salud que se surtan ante el Fosyga, quedarán en firme transcurrido un plazo de dos años después de su realización, cumplido el cual no procederá reclamación alguna¹³. Frente a lo anterior, ha indicado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que¹⁴:

Nótese que, en este último caso, el precepto comentado no señala los motivos por los cuales pueden presentarse los reclamos, ni la parte que esté facultada para

¹² Por la cual se adopta el mecanismo único de recaudo y pago de aportes en salud al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA de los afiliados a los regímenes especial y de excepción, con ingresos adicionales y el procedimiento para el pago de sus prestaciones económicas.

¹³ Artículo 73, inciso último, de la Ley 1753 de 2015.

¹⁴ Sentencia No. 11001-03-06-000-2014-00258-00 de Consejo de Estado - Sala de Consulta, de 7 de Diciembre de 2015. C.P. Álvaro Namen Vargas. ¹⁸ Art. 144.

formularlos, lo cual le permite a la Sala concluir que tanto las EPS como las EOC, como el Fosyga, el Ministerio de Salud y Protección Social y otras entidades públicas, disponen del mismo término para presentar sus reclamaciones, y que estas pueden referirse entre otras circunstancias, a pagos o reconocimientos indebidos (o sin justa causa) efectuados a favor de cualquiera de dichas partes dentro del procesos de giro y compensación.

(Subraya del despacho.)

Por su parte, la Ley 1873 de 2017, que surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2018¹⁸, en su artículo 119 dispuso que:

ARTÍCULO 119. DEVOLUCIÓN DE APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.

En el caso que los recursos ya hayan sido compensados ante Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) o a quien haga sus veces, para el pago de estas acreencias se efectuarán cruces de cuentas sin operación presupuestal, con base en las transferencias del Presupuesto General de la Nación que se hayan entregado a los fondos de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), para lo cual se harán las operaciones contables que se requieran.

Es decir que, a partir del 1° de enero de 2018, el término preclusivo de 12 meses contemplado en el Decreto 4023 de 2011 para la devolución de aportes no es aplicado, siempre y cuando el aportante sea una entidad administradora del régimen de prima media. Sin embargo, dicha normatividad no cambió lo respectivo al procedimiento para lograr la devolución, la cual a consideración de este despacho debe realizarse por intermedio de las EPS, agregando que si los recursos fueron compensados ante el Fosyga se efectuará el cruce de cuentas sin operación presupuestal de determinarse que no era procedente el giro de esos aportes.

Ahora bien, con respecto al uso de los recursos de la subcuenta de compensación, tenemos que el artículo 4 del Decreto 4023 de 2011, compilado en el artículo 2.6.1.1.4 del Decreto 780 de 2016, consagra que estos se utilizarán en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. Hasta el cinco (5%) del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente se destinará para la constitución de una reserva en el patrimonio de la Subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo. Es función del Ministerio de la Protección Social definir el porcentaje aplicable. Además, los otros conceptos de gasto de la Subcuenta de

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

Por su parte, los aportes no compensados en virtud del literal c inciso segundo del artículo 41 del Decreto 4107 de 2011, podrán ingresar a la subcuenta de Garantías para la Salud:

ARTÍCULO 41. SUBCUENTA DE GARANTÍAS PARA LA SALUD. En el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, funcionará la Subcuenta de Garantías para la Salud con el objeto de:

- a) Procurar que las instituciones del sector salud tengan medios para otorgar la liquidez necesaria para dar continuidad a la prestación de servicios de salud.
- b) Servir de instrumento para el fortalecimiento patrimonial de aseguradores y prestadores de servicios de salud y de garantía para el acceso a crédito y otras formas de financiamiento.
- c) Participar transitoriamente en el capital de los aseguradores y prestadores de servicios de salud.
- d) Apoyar financieramente los procesos de intervención, liquidación y de reorganización de aseguradores y prestadores de servicios de salud.

Los ingresos de la subcuenta podrán ser:

- a) Recursos del Presupuesto General de la Nación como aporte inicial.
- b) Aportes de los aseguradores con cargo al porcentaje de administración y los prestadores con cargo a sus ingresos o excedentes.
- c) **Recursos de la cotización del Régimen Contributivo de Salud no compensados por los aseguradores en salud dentro del año siguiente al recaudo.**
- d) Los rendimientos financieros de sus inversiones.

[...]

(Resalta el despacho).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso de marras el período cuyo reintegro pretende COLPENSIONES corresponde a octubre de 2013, resulta aplicable el término de 12 meses contemplado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, compilado en el artículo 2.6.1.1.2.2 del Decreto 780 de 2016, para solicitar la devolución de dichos aportes, y no el procedimiento previsto en la ley 1873 de 2017, toda vez que, de acuerdo con su artículo 144, surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2018.

Sin embargo, COLPENSIONES en las actuaciones administrativas que conllevaron la expedición de los actos administrativos demandados se abstuvo de dar aplicación al procedimiento previsto en el Decreto 4023, pues fuera del término previsto por el ordenamiento para solicitar la devolución de los aportes, COLPENSIONES, como aportante, profirió actos administrativos imponiéndole directamente a la administradora ADRES la devolución de los recursos parafiscales.

Adicionalmente, advierte el despacho que, de conformidad con el marco jurídico aplicable, como se vio, tras vencerse el término de 12 meses contados a partir del giro de los recursos por parte de las EPS a la ADRES, esta debía destinarlos a la financiación de la subcuenta de Garantías para la Salud.

En ese sentido, pese a que el demandante sostiene que los recursos pensionales indebidamente girados a título de aportes en salud tenían una destinación específica relativa al Subsistema de Pensiones, al no haber sido solicitados en devolución antes de que venciera la oportunidad dispuesta para ello, efectivamente la destinación de dichos recursos dada por la ADRES no configura en una destinación irregular, ilegal ni inconstitucional como lo argumentó la parte pasiva.

A este respecto, es dable señalar en este punto que toda actuación administrativa debe respetar el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, por lo que es un derecho constitucional de aplicación inmediata y que ha sido desarrollado en términos del Derecho Administrativo en el numeral 1 del artículo 3 del CPACA.

Constitución Política:

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

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

Ley 1437 de 2011

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

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad,

participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

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

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al debido proceso administrativo precisando que el fin perseguido con el principio en comento es "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"¹⁵.

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

"Conviene precisar que no toda irregularidad constituye causal de invalidez de los actos administrativos. Para que prospere la causal de nulidad por expedición irregular es necesario que la irregularidad sea grave pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas. Esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."¹⁶

Adicional a todo lo dicho, para que se configure la violación al derecho fundamental al debido proceso también es menester que se haya afectado de manera relevante alguna de las garantías que componen ese derecho, esto es, el núcleo esencial de ese derecho, esto es: juez natural, defensa o forma".¹⁷

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

¹⁵ Sentencia T-796 de 2006.

¹⁶ En ese sentido, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia del 16 octubre de 2014. Radicación: 25000-23-27-000-2011-00089-01 (19611). Demandante: Alianza Fiduciaria S.A. Como Vocera Del Fideicomiso Lote Montoya. Demandado: Distrito Capital De Bogotá.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencia de veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 150012333000201300035 01

“La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción.”¹⁸

Visto lo anterior, en concepto del despacho, se comprende que al no ceñirse la actuación de COLPENSIONES al procedimiento para la devolución de aportes consagrado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, específicamente al término consagrado en dicha normatividad, se viola gravemente el derecho al debido proceso administrativo. Dicho en otras palabras, se vulnera el debido proceso en lo que toca a las formas procesales, toda vez que éstas determinan la manera como los actos habrán de producirse y cumplir su cometido y han sido diseñadas con el único fin de darle un orden a la manera como habrá de desarrollarse la discusión y así lograr que la controversia pueda ser solucionada de manera adecuada¹⁹.

Con fundamento en lo considerado anteriormente, se concluye la violación al debido proceso administrativo, el cual es fundamental y por tanto de aplicación inmediata, esto por cuanto se vulneró el núcleo esencial de éste al afectarse las formas propias del procedimiento de devolución de aportes.

Por todo lo anterior, prosperan los cargos de la demanda, lo que conlleva a la nulidad de las resoluciones acusadas. Sin embargo, se pronunciará el despacho sobre la excepción de inconstitucionalidad.

3.1. 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 constitucionales²⁰.

Ha precisado la Corte Constitucional en sentencia SU-132 de 2013 que “ [...] *esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto*

¹⁸ Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010. ⁴¹ Corte constitucional, Sentencia T-073 de 1997. ⁴² Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.

¹⁹ Nulidades en el Proceso Civil.-Henry Sanabria Santos. - 2ª ed. - Bogotá Universidad Externado a Colombia, 2011.

²⁰ 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

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 en Sentencia del 11 de noviembre de 2010 C.P. Dra. María Elizabeth García González, 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 simultánea.

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 afluyente, 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 medio de control establecido en el artículo 148 del CPACA. Esta disposición señala que el juez "podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes 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".²¹ 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).

...

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

²¹ Véase en sentencia T-389 de 2009.

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).

Pues bien introducido ello, 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, empiece el análisis teniendo presente 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.

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.

Téngase en cuenta 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 Fondo²² y la financiación de la subcuenta de compensación²³.

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

²² 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.

²³ 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.

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 contempla la intervención del Estado en el servicio público en salud, y según su párrafo²⁴ 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. 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 dictan otras disposiciones.-, que como se mencionó en su artículo 12 reguló lo atinente al Procedimiento para la Devolución de Cotizaciones.

²⁴ 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.

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 Ley²⁵, el Gobierno Nacional se encontraba facultado para reglamentar la materia.

Igualmente encuentra el despacho 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; sin embargo, 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.

Tampoco es menos cierto que, los recursos que administra la ADRES con ocasión del pago de los aportes a salud de los pensionados son también aportes parafiscales con destinación específica. En ese entendido, la destinación que le ha dado la ADRES a dichos recursos es la destinación legal, dadas sus funciones y la presunción de buena fe, por lo tanto, no se configura en una destinación irregular, ilegal, ni inconstitucional como lo aseveró la parte pasiva.

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, en concepto del despacho, no atenta con la efectividad de los derechos fundamentales, ni riñe con las normas superiores. En consecuencia, no se encuentra probada la excepción de inconstitucionalidad.

Por último, llama la atención del despacho que las partes en disputa son entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, las cuales tienen como

²⁵ 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.

objetivos comunes los mencionados en el artículo 6 de la Ley 100 de 1993 y, a las cuales se les exige una coordinación de sus funciones que logren satisfacer los intereses superiores para las que fueron instauradas.

Por eso, justamente partiendo del interés en cumplir las funciones propias de cada entidad, considera el despacho importante resaltar que el hecho que la seguridad social sea un sistema, implica la coordinación y colaboración entre sus diferentes entidades para armonizar sus fines.

Es así, como en la Ley 100 de 1993 el legislador consagró:

Artículo 2. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a-Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

[...]

e-Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

[...]

Artículo 6. OBJETIVOS. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

[...]

El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente Ley.

Artículo 8. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El Sistema de Seguridad Social Integral **es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas**, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente Ley.

(Énfasis del despacho).

Por eso, considera el despacho que las partes al ser entidades del Sistema Integral de Seguridad Social cuentan con herramientas para resolver sus controversias dados los principios propios del sistema, como el de colaboración armónica y

unidad. Por lo que al acudir a un procedimiento de cobro coactivo o, como en el presente caso, al acudir a la jurisdicción, lo que se evidencia es la necesidad de reforzar esos principios del Sistema, que permitan una solución pronta, eficiente y en atención al interés general que guía toda la actuación administrativa.

Dicho lo anterior, se exhorta a las partes, como entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, hacer uso de sus facultades, principios, personal, procedimientos, etc. para lograr una eficiente solución a sus controversias sin llegar hasta la ya congestionada sede judicial para resolver dichos pleitos.

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 CGP²⁶.

Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas⁵¹, 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

²⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003. ⁵¹ Artículo 365 del Código General del Proceso.

misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso.

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

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

RESUELVE:

Primero: Declarar la nulidad, únicamente en lo tocante a las órdenes de reintegro impuestas a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL -ADRES, de i) la resolución No. 122584 del 11 de julio de 2017 por medio del cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida; y ii) de la resolución DIR 447 del 10 de enero de 2018 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución SUB 122584 del 11 de julio de 2017.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, se declara que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES no debe reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES las sumas ordenadas en los actos administrativos anulados en esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ

Firmado Por:

ANA ELSA AGUDELO AREVALO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 042 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **29e8c4e040b27320f62c13c7c1db58225d68029855cde32e7cfe91a213306b3b**

Documento generado en 30/06/2021 04:31:41 PM