

Honorable:

**JUEZ (42) ADMINISTRATIVO ORAL DE CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN CUARTA.**

E. S. D.

Ref.: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de FAMISANAR E.P.S contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Rad. 11001333704220190011100

Asunto: INTERPOSICIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

PAOLA JULIETH GUEVARA OLARTE mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 1.031.153.546 de Bogotá D.C., Abogada Titulada y en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 287.149 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como **APODERADA SUSTITUTA** de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, por medio del presente escrito y dentro del término legal, me permito **INTERPONER Y SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN**, bajo los siguientes argumentos:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

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

De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones, hace parte del sistema general de pensiones y tiene por objeto la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida y la administración del sistema de ahorro de beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la ley, en su calidad de entidad financiera de carácter especial.

La representación legal la ejerce el doctor Juan Miguel Villa Lora, identificado con la cédula de ciudadanía 12.435.765, o quien haga sus veces.

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

SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos plasmados en la demanda se resumen de la siguiente manera:

1. El día 28 de junio de 2018 a través de la Dirección de Atención y Servicio de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se notificó por aviso a EPS FAMISANAR sobre el contenido del Acto Administrativo Resolución SUB 146660 de fecha 31 de mayo de 2018 proferido por la Subdirectora de Determinación, mediante el cual se ordenó lo siguiente:
2. "ARTÍCULO TERCERO: Ordénese a la EPS FAMISANAR. devolver el valor de \$10.641.100 que
3. corresponde a descuentos en salud para la vigencia de septiembre de 2016 a abril de 2018, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución."
4. El 12 de julio de 2018 bajo el radicado No. 2018-8147834 se presentó por parte de EPS FAMISANAR recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución SUB 146650.
5. En fecha 04 de octubre de 2018 se notificó por aviso a EPS FAMISANAR la Resolución SUB 226840 del 27 de agosto de 2018, por medio de la cual la Subdirectora de Determinación V de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición interpuesto por FAMISANAR contra la Resolución SUB 146660.
6. Mediante la Resolución SUB 226840 de fecha 12 de junio de 2018, se resolvió el recurso de reposición en los siguientes términos:
7. ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 146660 del 31 de mayo de 2018, en el sentido de ordenar a la EPS FAMISANAR, devolver el valor de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CIEN PESOS \$10.641,100 que Corresponde a descuentos en salud para la vigencia de septiembre de 2016 a abril de 2018, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en el parte considerativo de la presente resolución.
8. El 27 de noviembre de 2018 EPS Famisanar fue notificada por aviso de la Resolución DIR 16769 del 14 de septiembre de 2018, mediante la cual la Directora de Prestaciones Económicas de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES resolvió el recurso apelación.
9. El recurso de apelación fue resuelto en los siguientes términos:
10. ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 146660 del 31 de mayo de 2018, en el sentido de ordenar a la EPS FAMISANAR, devolver el valor de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CIEN PESOS \$10.641,100 que corresponde a descuentos en salud para la vigencia de septiembre de 2016 a abril de 2018, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.
11. Teniendo en cuenta que la solicitud se hizo dentro del término establecido legalmente para los períodos de enero a abril de 2018, EPS Famisanar elevó ante la ADRES la solicitud de corrección a la compensación, obteniendo respuesta favorable, lo cual permitió realizar la devolución para dicha vigencia mediante transacción electrónica efectuada el 07 de septiembre de

2018 por valor de DOS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL CIEN PESOS (\$2.212.100). Se adjunta copia del comprobante de egreso y de la certificación bancaria.

12. Respecto de los demás períodos cuya devolución fue ordenada mediante los actos administrativos que se pretenden demandar, no es viable que mi representada atienda la solicitud de devolución de aportes toda vez que la misma es extemporánea puesto que la solicitud se realizó cuando ya se habla superado ampliamente el término de los seis (6) meses establecido en el artículo 2-6.4.3.1.1.6 del Decreto 2265 de 2017, que modificó y derogó varios artículos del Decreto 780 de 2016, y que dichos dineros se encuentran en poder del FOSYGA hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES.
13. Aunado a lo anterior, tal como se acredita con el certificado de aportes a nombre del señor ALFONSO CÉSPEDES CASTILLO que se anexa, para el período comprendido entre septiembre de 2016 y diciembre de 2017, el único pago proveniente de una entidad del Estado es el efectuado por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES, no configurándose así lo señalado en el artículo 128 de la Constitución Política.
14. El día 11 de abril de 2019, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial la cual fue declarada fallida en atención a la falta de ánimo conciliatorio de la Administradora Colombiana de Pensiones — COLPENSIONES. Se adjunta copia de la constancia expedida por la Procuraduría 87 Judicial I para Asuntos Administrativos.

RESPECTO DE LAS CONSIDERACIONES Y PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

La Juez considera en su decisión que, al encontrar probados los cargos de nulidad formulados en la demanda, el Despacho declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, en lo que respecta a las órdenes de reintegro emitidas contra FAMISANAR EPS.

La anterior posición se refleja en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en la cual se decide lo siguiente:

(...) “**PRIMERO. - DECLARAR** no probada la excepción de inconstitucionalidad del artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 por oposición al artículo 48 de la Constitución Política, por lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución SUB 146660 del 31 de mayo de 2018, la Resolución SUB 226840 del 27 de agosto de 2018 y la Resolución DIR 16769 del 14 de septiembre 2018, únicamente en lo tocante a las órdenes de reintegro de las sumas de dinero impuestas a FAMISANAR EPS por concepto de aportes realizados en calidad de pagador de la pensión concedida al señor Alfonso Céspedes Castillo, identificado con C.C. 19.171.368, al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS para los períodos de septiembre de 2016 a mayo de 2017, por lo considerado en la parte motiva.

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

CUARTO. - A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a Colpensiones cancelar cualquier registro, anotación o proceso que se hubiere realizado o iniciado por el valor de las sumas de dinero que conforme a los numerales primero y segundo de esta providencia la EPS FAMISANAR SAS no se encuentra obligada a reintegrar.

QUINTO. - **CONDENAR** en costas a la parte vencida en este pleito.

SEXTO. - En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previa expedición de copias y anotaciones de rigor.

SÉPTIMO. - Como medidas adoptadas 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..”

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso, el problema jurídico se circunscribe en determinar:

Si procede la devolución de los aportes indebidamente girados al Sistema de Seguridad Social en salud por parte de COLPENSIONES y en favor de FAMISANAR EPS; así mismo, determinar si los actos demandados incurrieron en falsa motivación y expedición irregular, y si con ellos se vulneró el derecho al debido proceso de FAMISANAR EPS, o si, por el contrario, los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

No comparte la suscrita la decisión tomada por el Juzgado (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. dentro del presente proceso, esto de conformidad con las siguientes consideraciones:

Dentro del presente proceso, se pudo evidenciar con la historia laboral del asegurado, que el mismo se encontraba activo en el servicio público y percibía a su vez, una mesada pensional, por concepto de pensión de vejez, reconocida por esta Administradora, llegando a la conclusión, que se había efectuado un doble pago con cargo al erario público por cuanto dicho pensionado se encontraba activo al servicio al momento de inclusión en nómina.

Por lo anterior, mi representada, en uso de sus facultades legales ordenó a los pensionados la devolución de las mesadas recibidas durante el tiempo que siguieron activos al servicio, con fundamento en el artículo 128 constitucional que consagra la prohibición ya descrita, circunstancia que no se anula en la sentencia objeto de recurso.

Hecha la salvedad anterior, es menester indicar el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia establece:

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

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

“Artículo 19°. - Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.”

Sumado a lo anterior, es oportuno resaltar que respecto a la incompatibilidad de la percepción simultánea de la asignación básica como servidor público y la pensión de vejez, el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 19681 y el artículo 1° del Decreto 583 de 1995, indican que un pensionado que se reincorpore al servicio público únicamente puede recibir la asignación del cargo y la diferencia en su monto con relación a la pensión de vejez, pero de ninguna manera puede percibir simultáneamente las dos asignaciones.

En ese mismo sentido, la Ley 344 de 2006, diseñada para la racionalización del gasto público, en su artículo 19 indica que *“el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio.”* Lo anterior significa que la norma le otorga al funcionario público una de las dos opciones: (i) retirarse del servicio público y/o disfrutar de su pensión (ii) continuar laborando con la administración, señalando claramente que la pensión se empezará a pagar solamente después de haberse producido la desvinculación de sus servicios en dichas instituciones.

Analizados los antecedentes citados, se logra dilucidar, que dichos preceptos legales fueron concebidos como un instrumento que evita la posibilidad de la percepción simultánea de la asignación salarial y de la asignación pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión, a fin de que si se opta por continuar con la vinculación laboral, el fondo de pensiones respectivo no resulte afectado con el egreso de la mesada pensional y pueda utilizarlo para sus fines respectivos, por lo que una vez un servidor público o trabajador opta por pensionarse, éste es considerado como un afiliado obligatorio al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal y como se indica en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y en el literal C, del artículo 26 del Decreto 806 de 1998, el cual determina como afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud entre otras, a las siguientes personas:

“Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución

pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios.”

Sumado a las precitadas normas, debemos hacer referencia a la posición de la Honorable Corte Suprema de Justicia en el sentido de determinar:

“Esta Sala de la Corte, en la sentencia del 6 de mayo de 2009, Rad. 34601, en punto a los argumentos que acompañan al cargo, estableció “(...) que el descuento por salud que está a cargo del pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial, el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS.”

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

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

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

- 1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema*

mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

(...)"

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

“Artículo 2.1.4.1 Afiliados al régimen contributivo. Pertenecerán al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

1.1. Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

1.2. Los servidores públicos;

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

1.4 Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a un salario mínimo mensual legal vigente;

2. Como beneficiarios:

2.1 Los miembros del núcleo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 1 del presente artículo.”

De la lectura de las normas en cita se evidencia la obligatoriedad de las cotizaciones a cargo de los pensionados por vejez, invalidez o sobrevivencia, quedando esta Administradora en la obligación de efectuar el traslado a la Empresa Promotora de Salud que selecciona el pensionado, siendo en los casos que dieron origen a los actos administrativos demandados, la hoy demandante, FAMISANAR EPS, quien recibió a título de cotizaciones los aportes efectuados tanto por el empleador como por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, un doble pago sin fundamento constitucional o legal.

Por tanto, dentro del acto administrativo que ordenó a cada uno de los pensionados el reintegro de las sumas canceladas irregularmente a su favor, se ordenó a

FAMISANAR EPS, el reintegro de las sumas cotizadas como aportes para salud durante los periodos detallados en cada uno de los actos administrativos demandados, llegando el Despacho a la conclusión de que esta Administradora expidió de forma irregular y con desconocimiento de la ley en que debía fundarse cada acto administrativo, en razón a que no se garantizó el derecho de defensa y audiencia de la E.P.S, ni se siguió el trámite previsto en el Decreto 4023 de 2011.

Norma que en su artículo 12 determina:

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

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

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

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

Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes sólo 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.”

Artículo que fue modificado por el Decreto 674 de 2014, que señaló:

*“Artículo 1. <Artículo compilado en el artículo **2.6.1.1.2.2** del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo **4.1.1** del mismo Decreto 780 de 2016> Modifícase el artículo **12** del Decreto número 4023 de 2011, el cual quedará, así:*

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

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

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

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

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

Normatividad conforme la cual los aportantes en el proceso de devolución de cotizaciones se encuentran inmersos únicamente en el origen de la actuación administrativa, es decir en la solicitud que presentan formalmente la EPS para obtener el pago del mayor valor aportado, y no como lo señala el juez *a quo*, en todos y cada una de las reglas establecidas para el reintegro. No obstante, desde un primer momento el Despacho advirtió que la etapa de solicitud no se surtió por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones quien ordenó los reintegros.

Al respecto es menester señalar que el artículo en cita, no señala la forma que debe tomar la solicitud de devolución de aportes, y si bien es cierto, cada E.P.S ha desarrollado trámites administrativos y formularios pertinentes para que los usuarios puedan presentar de forma ágil la petición, la norma no indica, por un lado que se deba cumplir con un procedimiento administrativo previo a la solicitud, como se acusa a esta Administradora de haberlo omitido, por cuando a partir de la petición la E.P.S tiene la facultad de determinar la viabilidad del reintegro, quedando subsumido el proceso a etapa posterior al requerimiento. En segundo lugar, no indica que el aportante deba expresar la petición en determinados márgenes lingüísticos, sino que indica que en el evento que el aportante solicite la devolución la E.P.S seguirá los pasos allí descritos.

En ese sentido se evidencia que el proceso señalado en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, no está dirigido a los aportantes, sino a las E.P.S, siendo improcedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, por no haber seguido el hilo conductor de la multicitada normativa, cuando la misma no puede ser aplicada por Colpensiones, entidad, que al no encontrar un

procedimiento reglado para la petición, en principio dio origen a una actuación administrativa de oficio, como así lo consagra el artículo 4° del C.P.A.C.A¹, y para la misma acudió al procedimiento administrativo común y principal previsto en el artículo 34 de la ley 1437 de 2011, dando como resultado cada uno de los actos administrativos demandados, los cuales subrogan la petición o solicitud de devolución de aportes, al cumplir la finalidad prevista en la norma, que no es otra que señalar a la E.P.S, que se efectuó un pago adicional o irregular a título de cotizaciones para salud, durante un periodo determinado, por un afiliado específico.

Cada uno de los actos administrativos, no sólo contenía la especificación de los pagos requeridos a título de devolución, sino que además exponía los fundamentos jurídicos suficientes para que la E.P.S determinara la viabilidad de la devolución una vez notificada del requerimiento efectuado por COLPENSIONES, sin que se impidiera, con la expedición de los mismos, el trámite de verificación y solicitud ante el FOSYGA por parte de FAMISANAR EPS, por cuanto ninguno de los actos administrativos señaló un plazo para la devolución, impuso el pago de intereses o contenía en sí mismo el mandamiento de pago previsto en el proceso de cobro coactivo establecido en el estatuto tributario.

Finalmente, como la misma parte actora expuso, los actos administrativos que señalaron la obligación de reintegro de los aportes a salud, fueron debidamente notificados y contra ellos se presentaron los recursos del procedimiento administrativo, quedando desvirtuada la causal de nulidad por violación al debido proceso administrativo, en tanto, si bien es cierto el proceso administrativo común consagra el derecho de audiencia y la obligación de informar al interesado o a terceros afectados, existiendo frente al tercero, como era en este caso FAMISANAR EPS, un hito a partir del cual se le debe informar de la petición de devolución, no era imperativo su vinculación a la actuación administrativa tendiente a determinar la fecha de retiro de los causantes o de los efectos fiscales de la pensión, máxime cuando lo que recibe la E.P.S., son aportes parafiscales que no conforman su patrimonio, ni puede entenderse que la devolución genere detrimento o afectación alguna.

Igualmente, el derecho de contradicción se garantizó con la debida notificación de los actos administrativos demandados y con la procedencia de los recurso en vía administrativa, mediante los cuales la E.P.S podía oponerse a la pertinencia de los reintegros, si hubiera demostrado la legalidad de los aportes, la cual no fue objeto de debate en ninguna de las etapas prejudiciales o judiciales, por cuanto existe consenso frente a la inconstitucionalidad del doble pago ocasionado en los casos que dieron origen a la presente controversia.

Es así que, una vez agotada la actuación de oficio iniciada dentro de los expedientes pensionales de cada pensionado, se determinó que durante el tiempo que se hizo

¹ ARTÍCULO 4o. FORMAS DE INICIAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:

1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.
2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.
3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.
4. Por las autoridades, oficiosamente.

el pago irregular de la pensión, se hicieron aportes al sistema de seguridad social en salud y se requirió a la E.P.S. correspondiente, su devolución, requerimiento que si bien se dio en voz imperativa, cumplió la finalidad de la petición prevista en el artículo 12 multicitado, ya que entender que tal petición solo puede efectuarse en términos implorantes, perpetua el detrimento al sistema de seguridad social en pensiones que ha buscado evitar la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, al requerir la señalada devolución.

Ahora bien, en cuanto a la causal de nulidad determinada como falsa motivación, bajo la premisa que no era la E.P.S, por no estar dentro de sus competencias, la encargada de la devolución de los aportes, debe señalarse que no es cierto que la normatividad en cita permita o indique un trámite administrativo entre los aportantes y el Fosyga, sino que, expresamente determina que para casos de devolución de aportes el aportante se debe dirigir directamente a la E.P.S., quien, a través de un procedimiento reglado determinará la viabilidad de las devoluciones y actuará como intermediario entre el solicitante y el Fosyga.

No quedando claro cómo se demuestran las primeras causales de nulidad por desconocimiento del artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 e igualmente se comprueba la última por aplicación del mismo, bajo el entendido que se cuestiona la decisión de COLPENSIONES de efectuar el requerimiento a la E.P.S. y no al FOSYGA, cuando, como ha quedado ampliamente expuesto, la solicitud de devolución y su efectividad corresponde a la E.P.S., quien no puede alegar falta de competencia o incluso la no administración de los recursos, cuando a ella se acude por así imponerlo la normativa aplicable al caso concreto.

Por otro lado, debe señalarse que el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes, previsto en las normas anteriores, fue derogado por la ley 1873 de 2017, que en su artículo 119 determina:

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

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

Norma que a pesar de no expresar una derogatoria expresa, al ser posterior prevalece sobre los decretos citados, como así lo ordena el artículo 2° de la ley 153 de 1887, sino que además ratifica la competencia de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, de exigir la devolución de los aportes que se hubieran efectuado a las Empresas Promotoras de Salud, siempre que se determine administrativa o judicialmente la improcedencia de los mismos, condición, que como se expuso en acápite anterior no fue desvirtuada por la hoy demandante, entidad que no desconoce la inconstitucionalidad de los aportes efectuados.

De todo lo antes expuesto se colige, en primer lugar que los actos administrativos demandados no adolecen de las causales de nulidad y en segundo lugar, que FAMISANAR EPS, si está en la obligación de proceder al reintegro de los aportes para salud efectuados durante los periodos señalados en cada uno de los actos administrativos, y por tanto FAMISANAR EPS, tiene el deber legal de devolver las sumas cobradas por COLPENSIONES, ya que no solo desconoce el proceso consagrado en el DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR SALUD, sino que perpetua en el tiempo una destinación irregular de aportes parafiscales que no podían causarse.

Así mismo la entidad que represento actuó de buena fe y con pleno convencimiento de estar obrando conforme a derecho.

El artículo 83 de la Constitución Política Colombiana, sobre el principio de la buena fe:

“...Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas...”

El Consejo de Estado, ha manifestado al respecto lo siguiente:

“...En efecto, dicha ponderación debe conducir a que se verifique si han procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas de interponer recurso o de promover incidentes en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal...”

Con base en lo anterior, no habría condena en costas a la entidad, toda vez que no se encuentra PROBADO dentro del acervo probatorio la mala fe de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, en el caso en concreto.

Finalmente, **el salvamento de voto de la doctora NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA**, dentro del proceso No. 2018-084, demandante FAMISANAR EPS, demandado COLPENSIONES, respecto de la facultad que tiene Colpensiones de cobrar estos dineros estableció:

Que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política respecto al derecho irrenunciable de la seguridad social que a la letra prescribe:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

<Inciso adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, el nuevo texto es el siguiente:> El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

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

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

En estas condiciones, para la suscrita magistrada es claro que la naturaleza jurídica de los dineros por concepto de aportes a SALUD que COLPENSIONES pagó indebidamente a las EPS (correspondió a cotizaciones respecto de pensionados erróneamente reconocidos y se realizó un doble pago), son recursos que pertenecen al Sistema de la Seguridad Social en Pensiones y su destino es específico, y no es otro que el pago de las pensiones. (negrilla y subrayado fuera del texto)

Así, téngase en cuenta que tales rubros fueron desembolsados por la mentada Administradora de Pensiones y que el pago realizado a las EPS no tienen una causa 1 Sentencia C-258 de 2013. 2 Sentencia C- 895 de 2009. legal3 , de suerte que los

mismos gozan de las prerrogativas otorgadas por el artículo 48 de la Carta Política en el sentido de que hacen parte del servicio público de la seguridad social, insisto, tienen una destinación específica y su objeto principal es garantizar el reconocimiento de las prestaciones pensionales futuras, esto es, la sostenibilidad del sistema.

En ese orden, dichos dineros se instituyen en el soporte financiero para el pago de la seguridad social en pensiones, por lo cual resulta evidente que el cobro adelantado por COLPENSIONES para la devolución de los aportes girados no puede ser pasible y extinguirse mediante la figura de la prescripción, teniendo en cuenta que entre estos pagos y el reconocimiento de la pensión, la cual también es imprescriptible, existe un vínculo directo e inescindible que afectaría directamente al Sistema General destinado al reconocimiento y pago futuro de otras pensiones en procura de la prevalencia de ese derecho fundamental e irrenunciable consagrado en la Constitución Nacional. (negrilla y subrayado fuera del texto)” (...)

En estos términos dejo expuesto el recurso interpuesto.

PETICIONES:

PRIMERO: Solicito tener como interpuesto y sustentado el recurso de apelación dentro del término otorgado por la Ley.

SEGUNDO: Solicito se **REVOQUE** la sentencia de primera instancia de fecha 05 de marzo de 2021, notificada por correo electrónico el 08 de marzo de la misma anualidad, proferida por el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.- Sección Cuarta.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Calle 26ª # 13-97 - Torre de Oficinas Bulevar Tequendama, oficina 702.
- pquevara.conciliatus@gmail.com
- 3223358347

Atentamente,



PAOLA JULIETH GUEVARA OLARTE
C.C. 1.031.153.546 de Bogotá D.C.
T.P. 287.149 del C.S. de la J.