



**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 2019-00038 00
TIPO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-TRIBUTARIO
DEMANDANTE:	SALUD TOTAL EPS S.A.
DEMANDADA:	COLPENSIONES

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

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

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante:

Salud total EPS S.A., NIT 800.130.907-4 dirección virtual de notificaciones:
oscarjj@saludtotal.com.co / Notificacionesjud@saludtotal.com.co

Demandada:

Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, dirección virtual de notificaciones: amoreno.conciliatus@gmail.com

OBJETO

DECLARACIONES

La parte actora solicita que se declaren las siguientes pretensiones:

1. Nulidad parcial, en lo que respecta a Salud Total EPS de las siguientes resoluciones:

- a. Nulidad de las resoluciones SUB 215496 del 14 de agosto de 2018 y se ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 264197 del 8 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19235 del 30 de octubre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Efrén de Jesús Montoya Escobar.
- b. Resoluciones SUB 212274 del 9 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 264188 del 8 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19577 del 6 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Walberto Najera Hoyos.
- c. Resoluciones SUB 219923 del 17 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 285060 del 30 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19541 del 6 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante José Estaban Bustos Ospina.
- d. Resoluciones SUB 198523 del 26 de julio de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 284126 del 30 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19525 del 2 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Emil Quintero.
- e. Resoluciones SUB 205161 del 1 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, DIR 20296 del 20 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Jorge Eduardo Murillo Calderón.
- f. Resoluciones SUB 197889 del 25 de julio de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 287557 del 1 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 20348 del 21 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Walter Adelmo Dalel Barón.
- g. Resoluciones GNR 392409 del 28 de diciembre de 2016 que ordena a la EPS el reintegro de aportes y DIR 19422 del 1 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Naudys del Carmen Varela Puello.
- h. Resoluciones SUB 218998 del 17 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 285825 del 31 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 20706 del 27 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante José Evaristo Tinjacá Pacanchiqué.

- Condena:

- i. A título de restablecimiento del derecho se ordene a COLPENSIONES retirar del ordenamiento jurídico las decisiones contenidas en las resoluciones ya mencionadas.
- j. Condenar en costas a la parte accionada.
- k. Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

Los fundamentos facticos de la demanda se pueden resumir así:

1. Efrén de Jesús Montoya Escobar, Walberto Najera Hoyos, José Esteban Bustos Ospina, Emil Quintero, Jorge Eduardo Murillo Calderón, Walter Adelmo Dalel Barón, Naudys del Carmen Varela Puello y José Evaristo Tinjacá Pacanchique, son afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de SALUD TOTAL EPS-S S.A., y al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través de la demandada COLPENSIONES.
2. COLPENSIONES reconoció a los causantes pensión, cuando no habían acreditado el retiro definitivo del servicio o les reconoció cuantías superiores a las ordenadas en fallos judiciales.
3. COLPENSIONES adelantó actuaciones administrativas de oficio y ordenó de manera unilateral a la EPS el reintegro de las sumas de dinero por concepto de doble cotización en aportes para el SGSS en Salud, respecto de cada uno de los causantes.

CASO EFRÉN DE JESÚS MONTOYA ESCOBAR:

4. El 14 de agosto de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 215496 en la que ordenó el reintegro de \$57.100 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante Efrén de Jesús Montoya Escobar.
5. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo. El recurso de reposición fue resuelto mediante resolución SUB 264197 del 8 de octubre de 2018 que modificó parcialmente la resolución inicial y ordenó la devolución de \$41.500. De igual forma la entidad resolvió el recurso de apelación por medio de resolución DIR 19235

del 30 de octubre de 2018 notificada el 16 de noviembre de 2018 y que culminó la actuación administrativa.

CASO WALBERTO NAJERA HOYOS:

6. El 9 de agosto de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 212274 en la que ordenó el reintegro de \$388.000 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante.
7. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo los cuales fueron resueltos por la entidad de manera desfavorable por medio de resoluciones SUB 264188 del 8 de octubre de 2018 y DIR 19577 del 6 de noviembre de 2018 respectivamente, esta última notificada el 29 de noviembre de 2018.

CASO JOSÉ ESTEBAN BUSTOS OSPINA:

8. El 17 de agosto de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 219923 en la que ordenó el reintegro de \$452.600 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante Bustos.
9. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo los cuales fueron resueltos por la entidad de manera desfavorable por medio de resoluciones SUB 285060 del 30 de octubre de 2018 y DIR 19541 del 6 de noviembre de 2018 respectivamente, esta última notificada el 29 de noviembre de 2018.

CASO EMIL QUINTERO.

10. El 26 de julio de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 198523 en la que ordenó el reintegro de \$726.300 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante Quintero.
11. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo los cuales fueron resueltos por la entidad de manera desfavorable por medio de resoluciones SUB 284126 del 30 de octubre de 2018 y DIR 19525 del 2 de noviembre de 2018 respectivamente, esta última notificada el 7 de diciembre de 2018.

CASO JORGE EDUARDO MURILLO CALDERÓN:

12. El 1 de agosto de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 205161 en la que ordenó el reintegro de \$39.945.118 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante Murillo.
13. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo, para el caso sólo fue resuelto por la entidad el recurso de reposición de manera desfavorable por medio de resolución DIR 20296 del 20 de noviembre de 2018 y notificada el 10 de diciembre de 2018.

CASO WALTER ADELMO DALEL BARÓN:

14. El 25 de julio de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 197883 en la que ordenó el reintegro de \$2.546.923 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante Dalel.
15. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo los cuales fueron resueltos por la entidad de manera desfavorable por medio de resoluciones SUB 287557 del 1 de noviembre de 2018 y DIR 20348 del 21 de noviembre de 2018 respectivamente, esta última notificada el 12 de diciembre de 2018.

CASO NAUDYS DEL CARMEN VARELA PUELLO:

16. El 28 de diciembre de 2016 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución GNR 392409 en la que ordenó el reintegro de \$774.880 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para la causante Varela.
17. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo, para el caso sólo fue resuelto por la entidad el recurso de reposición de manera desfavorable por medio de resolución DIR 19422 del 1 de noviembre de 2018 y notificada el 14 de diciembre de 2018.

CASO JOSÉ EVARISTO TINJACA PACANCHIQUE:

18. El 17 de agosto de 2018 de manera oficiosa, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, emitió resolución SUB 218998 en la que ordenó el reintegro de \$2.336.800 por concepto de aportes de salud cotizados doblemente al Sistema para el causante Tinjacá.

19. La EPS interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación frente al acto administrativo los cuales fueron resueltos por la entidad de manera desfavorable por medio de resoluciones SUB 285825 del 31 de octubre de 2018 y DIR 20706 del 27 de noviembre de 2018 respectivamente, esta última notificada el 17 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Normas violadas de rango supra legal:

Artículos 13, 29, 83 y 209

Normas violadas de rango legal:

Ley 1437 de 2011: artículos 34, 35, 37 y 42

Normas violadas de rango reglamentario:

Decreto 2280 de 2004: artículo 9

Decreto 4023 de 2011: artículos 11 y 12

Decreto 0780 de 2016: artículo 2.6.1.1.2.2.

Resolución 504 de 2013: Tercera parte

Resolución 1344 de 2012: artículos 2 y 6

Jurisprudencia aplicable:

T-084 del 25 de 2015

Concepto de violación:

Cargo primero: Expedición de los actos en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, sin competencia y con infracción de las normas en que deberían fundarse.

Si bien las autoridades públicas tienen la facultad de iniciar de oficio actuaciones administrativas, estas deben ser informadas al actor pasivo del mismo antes de resolver de fondo la situación, ya que de acuerdo con el debido proceso el afectado tiene derecho a intervenir, formular argumentos de defensa, aportar pruebas y solicitar las que considere necesarias.

En este sentido, Colpensiones vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa, de la EPS Salud Total ya que la entidad Administradora, bajo un criterio arbitrario, desató una serie de actuaciones administrativas tendientes a resolver la situación

jurídica irregular creada por la misma entidad, en el que ordenó a la EPS, sin antes vincularla al proceso, el reintegro de unas sumas de dinero, así entonces en ningún momento le fue otorgada a Salud Total la posibilidad de conocer sobre la actuación ni de formular argumentos de defensa, es de señalar que además de todo lo expuesto existe una ambivalencia del sujeto pasivo, pues el cobro se ordena a la EPS hoy demandante y/o al FOSYGA.

Aunado a lo anterior, Colpensiones no se encuentra facultada para efectuar cobros a su favor por concepto de recaudo de aportes al SGSS en salud ya que sus funciones se dirigen exclusivamente al ámbito pensional, así entonces se tiene que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad absoluta pues ninguna autoridad administrativa debe proferir actos administrativos por fuera de su competencia.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2.6.1.1.2.2 del Decreto 0780 de 2016 Decreto 0780 de 2016 la entidad tuvo 12 meses para elevar una solicitud formal y debidamente razonada a la EPS para que se surtiera el trámite procesal establecido hasta que dicha solicitud fuera resuelta por el FOSYGA, no obstante para la fecha de emisión de los actos administrativo este término se encontraba vencido. Así entonces, Salud Total EPS no tiene la facultad ni la posibilidad legal de hacer devoluciones ya que se trata de dineros parafiscales de los que no se pueden disponer sin antes surtir el proceso adecuado.

Cargo segundo: Falsa motivación.

- a. Improcedencia del reintegro ordenado por falta de correspondencia jurídica entre lo dispuesto mediante acto administrativo y las potestades de SALUD TOTAL EPS-S S.A. para efectuar reintegros de cotizaciones hechas erróneamente al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Las EPS no retienen el dinero abonado por los empleadores y afiliados, pues cumplen con una función recaudadora de todos los aportes en salud de sus afiliados con el fin de reportar estos pagos al FOSYGA, entidad encargada de administrar dichos recursos para cada una de sus subcuentas, tiene la obligación de validar en la Base Única de Afiliados que los recursos que vayan a ser reconocidos dentro del proceso de compensación correspondan a la población afiliada a la EPS, evitando con ello la multifiliación, pagos indebidos o apropiaciones de recursos públicos, posterior a ello y de manera anual, se retorna una parte de estos ingresos a la EPS a título de UPC que representa el gasto promedio esperado por cada afiliado durante el año, de acuerdo con los servicios que se encuentran en el Plan de Beneficios.

Por lo anterior, el FOSYGA es la entidad que se apropia de los recursos como Administradora de los mismos para el financiamiento en salud, por lo que esta responsabilidad no se le puede endilgar a la EPS ya que esta sólo recibe el reconocimiento anual por UPC.

- b. De la transgresión al principio del respeto por el acto propio. Buena fe y confianza legítima.

Así entonces, la entidad ha vulnerado el respeto por el acto propio, la buena fe y la confianza legítima de Salud Total frente al actuar de la entidad pública, al proferir un acto administrativo que contradice el ordenamiento legal y aunado a que la EPS demandante no retiene dineros sino lo hace el FOSYGA en su calidad de administradora.

1.2. 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 le consta, se trata de argumentos para reforzar el proceso.
2. Hecho 2 es cierto.
3. Hechos 3 y 4 no son hechos, se trata de apreciaciones subjetivas y argumentos para reforzar el proceso.
4. Hechos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 son ciertos parcialmente, pues el demandado mezcla hechos con argumentos subjetivos que pretenden reforzar el proceso.

En cuanto a las pretensiones, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y presentó las siguientes excepciones:

- Excepciones previas:

1. Falta de integración de Litis consorcio necesario.

Debe vincularse al proceso a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social – ADRES- por tener interés directo en los actos tramitados, ya que los recursos económicos solicitados mediante los actos administrativos se encuentran en su poder.

Esta excepción previa fue resuelta por este despacho por medio de auto de fecha 15 de diciembre de 2020, en el que se declaró como no probada por las razones expuestas en la parte motiva del mismo.

- Excepciones de mérito

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

Si bien COLPENSIONES solicitó el reintegro de dineros de manera extemporánea a lo señalado en la normativa, aplicar lo dispuesto en el Decreto 4023 de 2011 en su artículo 12, sería ir en contra de la supremacía de la Constitución política artículo 48 el cual establece que no es posible dar una destinación diferente a los recursos de la seguridad social el cual es un derecho que ha sido elevado a rango fundamental, sin mencionar que la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad pondría en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

2. Inexistencia del derecho reclamado.

Pese a que el Decreto 674 de 2014 estableció el término de 12 meses contados a partir de la consignación para lograr la compensación de los recursos, es obligación de COLPENSIONES recuperar los recursos indebidamente girados a la EPS y de estas al extinto Fosyga.

Aunado a la obligación que tiene la entidad de recuperar los recursos, se suma que en el momento en el que se perfeccionó el traslado de recursos de la EPS al ADRES, se configuró una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales.

3. 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.

4. 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 a la EPS Salud Total; luego al no ser 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, es obligación de la EPS restituir dichos recursos.

El Consejo de Estado y la Corte constitucional en reiterada jurisprudencia, 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.

Sostiene que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico y se encuentran debidamente motivados. Pese a que 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, 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.

Los Actos Administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y no constitutivos de él y ya que es obligatorio cotizar en salud sobre los ingresos percibidos por pensión, la Administradora debe proceder a descontar la cotización en salud con retroactividad. Así los Actos Administrativos emitidos por COLPESIONES se encuentran ajustados a la normativa, pues se presentó una doble asignación por parte del tesoro público a los causantes.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante reitera sus argumentos expuestos en la demanda.

1.3.2. PARTE DEMANDADA

Colpensiones reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

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

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

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

Tesis de la parte demandante: Sostiene que la entidad accionada no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados, en el entendido que se refiere de órdenes de devoluciones de aportes en salud y la ley 1066 de 2006 contempla la facultad de cobro coactivo en virtud de las funciones propias de quienes recaudan recursos. Igualmente, que las resoluciones carecen de motivación, ya que existe una normatividad específica que la entidad paso por alto para la devolución de aportes, en la medida que debe hacerse una solicitud y no una orden de devolución. Finalmente, que al ser un tercero dentro de la actuación, no detenta los dineros que actualmente ordena la entidad demandada, por tal razón carece de la capacidad para devolver los dineros ordenados y para la devolución o reintegro la competente es ADRES y que en caso de que se aceptara la devolución, se le crearía un detrimento patrimonial.

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

Tesis del Despacho: El despacho sostendrá que COLPENSIONES en calidad de aportante, no llevó a cabo el procedimiento para lograr la devolución de los aportes pagados doblemente al Sistema de Seguridad Social en Salud al ente recaudador delegado SALUD TOTAL EPS, conforme lo regula el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por los artículos N. 2.6.1.1.2.9 del Decreto 780 de 2016 y N. 2.6.4.3.1.1.6 del Decreto 2265 del 29 de diciembre de 2017.

También sostendrá que COLPENSIONES, en calidad de aportante, no se encuentra facultado para ordenar a SALUD TOTAL EPS, como ente recaudador delegado, la

devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin.

3. CONSIDERACIONES

3.1. De las excepciones propuestas

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

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

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

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impositivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción" ²

(Subrayado fuera del texto original).

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

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

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 constitucionales³.

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

De igual manera ha indicado la Sección Primera del Consejo de Estado, al señalar que su uso es excepcional y es necesario que la contradicción sea manifiesta, es decir, que la norma constitucional y legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea⁴.

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

Ahora bien, la excepción de inconstitucionalidad es también un 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 *inter partes* los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consiste en inaplicar un acto administrativo solo producirá efectos en relación con el proceso del cual se adopta".

³ 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 González

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Providencia del 11 de noviembre de 2010. Radicado No. 66001-23-31-000-2007-00070-01 C.P.: María Elizabeth García González.

Obsérvese que se le otorga la facultad al juez- “podrá”-, y la única condición que establece es que los 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 un caso concreto y las normas constitucionales”.⁵ 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 ellas 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.

⁵ Véase en sentencia T-389 de 2009.

Son razonamientos complejos contruidos a partir de premisas jurídicas y fácticas. Además, los efectos *inter partes* y *erga omnes*, respectivamente, también son diferencias importantes.

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 128. Crease el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

Retomando lo relativo a Fosyga (hoy ADRES), los artículos 219 y 220 de la Ley 100 de 1993 disponen respectivamente la estructura del Fondo⁶ y la financiación de la subcuenta de compensación⁷.

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

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 contempla la intervención del Estado en el servicio público en salud y, según su párrafo⁸, se entiende que las competencias atribuidas al Presidente de la República y al Gobierno Nacional se entienden asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata el mencionado artículo. En armonía, el artículo 153 ibídem también consagra la intervención del Gobierno Nacional para dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público de salud. Así, comprende el Despacho que la intervención del Gobierno Nacional se justifica dado el dinamismo del sistema de seguridad social, el cual requiere atender oportunamente y de manera eficiente las realidades sociales.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Artículo 154. Intervención del Estado. [...] Parágrafo. 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.

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.

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 Ley⁹, el Gobierno Nacional se encontraba facultado para reglamentar la materia.

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

Así, en el caso que nos ocupa, no se advierte que sea el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 contrario a las disposiciones constitucionales, por el contrario, en concepto del Despacho, la norma 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.

⁹ 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.

Del caso en concreto

De acuerdo con la determinación de los problemas jurídicos que deben resolverse, comprende el despacho que lo primero será establecer, según el ordenamiento jurídico imperante y vigente al momento de los hechos, cuál es el procedimiento administrativo previsto para obtener de las EPS la devolución de los aportes al sistema General de Seguridad Social en salud, que fueron erróneamente cancelados por el aportante con ocasión de la doble asignación mensual proveniente del tesoro público a un mismo pensionado.

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

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

El papel de las EPS en el Régimen de Seguridad Social en Salud no se agota solo con la prestación de los servicios de salud, toda vez que además en calidad de delegatarias de las entidades administradoras- para la fecha de los hechos el Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía¹⁰, hoy ADRES¹¹-, también fungen como entes recaudadores de los aportes que sus afiliados del régimen contributivo, efectúan en materia de salud al Sistema¹².

¹⁰ Mediante el artículo 218 de la ley 100 de 1993, se creó el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, por lo que no cuenta con personería jurídica ni planta de personal propia, pero es manejada por una administradora fiduciaria.

¹¹ El artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "todos por un nuevo país" creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES- como Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

¹² 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

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 Fosyga¹³.

Esta facultad de recaudo y giro se explica debido a la naturaleza contributiva de los portes en materia de salud. Como se ve del artículo 9 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones efectuadas por los afiliados, tienen una destinación específica: el cumplimiento de los fines de la Seguridad Social como servicio público de salud cual, con fundamento en el principio de solidaridad, debe tender al aumento de la cobertura¹⁴.

A este respecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la providencia de la Sentencia de unificación SU-480 de 1997, quedó dicho¹⁵ que los recursos que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales y, por tanto, de naturaleza diferente a la de sus recursos propios, en tanto personas jurídicas del sector privado:

“Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. ”

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.”

¹³ 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).

¹⁴ 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.

¹⁵ Este fundamento, ha sido reiterado, entre otras, en las Sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004. En esta última se precisó que aunque los aportes recaudados no se pueden confundir con los recursos propios de la EPS, debido a su naturaleza de contribución parafiscal, uno de los destinos previstos por el ordenamiento es financiar y pagar los gastos administrativos de las EPS.

De manera que la administración de los recursos que financian el Sistema de Seguridad Social en Salud le corresponde a la Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga. Mas, sin embargo, las EPS solo en calidad de delegatarias, recaudan las cotizaciones de sus afiliados y, tras descontar por compensación el valor de las UPC que les corresponde por cada afiliado, giran los recursos parafiscales a la Administradora del Fosyga. Cabe ahora señalar que este traslado de la diferencia compensada, habrá de efectuarse antes de finalizar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago que de las cotizaciones hacen los aportantes¹⁶.

Ahora bien, ya con el objeto reglamentar el funcionamiento del Fosyga, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1283 de 1996. Según el artículo 3 de la norma reglamentaria¹⁷, 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 ibídem¹⁸, una de las subcuentas que componen el Fondo es la subcuenta de compensación: es esta, entonces, donde son girados mensualmente por parte de las EPS las diferencias resultantes de la compensación de las UPC que les reconoce el sistema sobre los ingresos por cotizaciones recaudadas.

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

¹⁶ 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.

¹⁷ ARTICULO 3o. INDEPENDENCIA DE LOS RECURSOS DE LAS SUBCUENTAS DEL FOSYGA. Los recursos del FOSYGA se manejarán de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarán exclusivamente a las finalidades consagradas para éstas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Los intereses y rendimientos financieros que produzca cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que sean aplicables a cada una de ellas.

¹⁸ ARTICULO 2o. ESTRUCTURA DEL FOSYGA. El FOSYGA tendrá las siguientes subcuentas:

a. De compensación interna del régimen contributivo.

[...]

Para proceder al giro, según indica el artículo 4 ibídem¹⁹, las EPS presentan una Declaración de Giro y Compensación a la administradora fiduciaria del Fondo, en la cual se determina la cantidad de UPC a compensar, cual corresponde, en principio, a una por cada afiliado con su grupo familiar, que hayan pagado en forma íntegra la cotización. A su vez, de acuerdo con el artículo 9 del reglamento, los recursos girados por la EPS a favor de la subcuenta de solidaridad, deben consignarse simultáneamente con la presentación de la declaración.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 2280 de 2004, entre otras, se modificó el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA. En lo pertinente al procedimiento interno de giro y compensación, en el artículo 8 se dispuso que las EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar- EOC, deben presentar 2 procesos de compensación: el primer proceso, el día 11 hábil del mes y el segundo proceso el día 18 hábil del mismo mes, hasta las 3:00 p.m., incluyendo en cada uno el recaudo efectivo de cotizaciones en el mes.

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

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

Así las cosas, entra el despacho ahora al grueso procesal del cargo, transcribiendo la literalidad del procedimiento de devolución o reintegro, tal como quedó tras la modificación que de aquel se hizo mediante el artículo 1 del Decreto 674 de 2014²⁰:

¹⁹ 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. [...]

²⁰ Antes de la expedición del Decreto 674 de 2014, modificadorio del Decreto 4023 de 2011, el ente regulador del Sistema General de Seguridad Social expidió la Resolución 069 de 2012 adoptando en su artículo 1 los

“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”.

Esta norma fue posteriormente derogada por el artículo 4 del Decreto 2265 de 2017²¹. En su lugar fue prescrito el artículo 2.6.4.3.1.1.8 ibídem, en el cual se siguió la misma línea normativa de limitar la solicitud de reintegro que eleve el aportante a un término de 12 meses, pero se precisó que la determinación de la procedencia de aquel por parte de la EPS se sujeta a un término de 10 días hábiles y que a su vez la ADRES cuenta con 5 días hábiles para efectuar la validación y entrega de resultados y recursos; también se precisó que, tras la validación por parte de la ADRES, las EPS y EOC deberán girar los recursos al respectivo aportante en un término de 1 día hábil:

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

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

formularios e instructivos para el desarrollo de los procesos de conciliación de recursos y de giro y compensación de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga. (CONCEPTO 48460 DE 2014 [junio de 2014] SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Tema: CONCEPTO VIABILIDAD TRANSFERENCIA DE APORTES EN SALUD GIRADOS ERRÓNEAMENTE).

²¹ Artículo 4. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, adiciona ~I artículo t.2.1.10 y el Título 4 a la Parte 6 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 y deroga los siguientes artículos: del 2.6.1.1., al 2.6.1.11., del 2.6.1.1.1 al 2.6.1.1.4 [...] del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

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

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

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

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

1. El aportante, COLPENSIONES, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago, debe presentar una solicitud detallada de devolución de cotizaciones a la EPS, con el fin de obtener el reintegro de los pagos erróneamente efectuados. En caso de que devolución de aportes cotizados con anterioridad a la entrada en operación de las cuentas maestras, el término de 12 meses se cuenta a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4023 de 2011²².
2. La EPS, tras recibir la solicitud, tiene la facultad de determinar la pertinencia del reintegro.
3. De ser procedente el reintegro, la EPS eleva a su vez la solicitud de devolución de cotizaciones ante la ADRES el último día hábil de la primera semana de cada mes.
4. La ADREES procesa y genera los resultados de las solicitudes.
5. Al recibir los resultados de la solicitud por parte del adres, las EPS y las EOC deben girar de forma inmediata los recursos a COLPENSIONES.

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

No obstante lo anterior, la entidad demandada, Colpensiones, tanto en el curso de los procedimientos administrativos que conllevaron a la expedición de los actos demandados, como en el proceso judicial que ahora ocupa nuestra atención, ha

²² Octubre 28 de 2011.

manifestado que el procedimiento previsto en el artículo 12 del decreto 4023 de 2011 no es el atiente a lo que denomina el “traslado de recursos indebidamente girados”²³

En su criterio, el ordenamiento jurídico le otorga a Colpensiones, en calidad de administrador del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la facultad para ordenar a Salud Total EPS, como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud. Ello, bajo el fundamento del carácter parafiscal de los recursos mediante los cuales se efectuaron los aportes y la afectación negativa que tiene para el Subsistema de Pensiones el evento en que no fuesen retornados los recursos.

Sin embargo, del análisis de los actos mediante los cuales hace efectiva la orden de reintegro, advierte el Juzgado que la entidad se abstiene de señalar cuál es aquel procedimiento de *traslado de recursos indebidamente girados*. En su lugar, se limita a motivar su decisión bajo el argumento de que con fundamento en el artículo 128 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Finalmente, afirmó que los actos prestaban mérito ejecutivo a la luz del artículo 99 del CPACA y, por ello, serían objeto de cobro coactivo administrativo.

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

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

²³ Esta distinción de los procedimientos se sustenta en el concepto No. BZ_2016_5311055 de mayo 26 de 2016, mediante el cual la Gerencia Nacional de Doctrina de la Vicepresidencia Jurídica y la Secretaría General de Colpensiones, se señala que el pago irregular de los aportes efectuados constituye el pago de lo no debido y su repetición no se encuentra sometida a la caducidad ni a la prescripción.

como ente recaudador delegado, la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud sin ceñirse al procedimiento previsto para tal fin.

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

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

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

Adicionalmente, con sustento en su naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial²⁴, y en virtud de la Ley 1066 de 2006, por tener que recaudar rentas o caudales públicos, goza de Jurisdicción Coactiva. No obstante esta prerrogativa de cobro coactivo se

²⁴ Artículo 1, decreto 4121 de 2011.

sujeta a que el cobro forzoso administrativo se dé que en virtud de sus funciones administrativas, y excluye las operaciones o actividades de cobranza similar o igual a los particulares.

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

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

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

Constitución Política:

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

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

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

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

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

Ley 1437 de 2011

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

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

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

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

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al debido proceso administrativo precisando que el fin perseguido con el principio en comento es "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"²⁵.

Aunado a lo anterior, ha señalado el Consejo de Estado ²⁶ 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."²⁷

²⁵ Sentencia T-796 de 2006.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencia de veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 150012333000201300035 01

²⁷ 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.

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

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

"3. El derecho a la defensa

3.1. Como es sabido, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

La Corte se ha referido a este derecho, señalando que "lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia".²⁸

3.2. Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, "de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga"²⁹.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca "impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"³⁰. Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que "constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico"³¹.

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*

²⁸ Sentencia T-068 de 2005.

²⁹ Sentencia C-617 de 1996.

³⁰ Sentencia ibídem.

³¹ Sentencia C-799 de 2005.

*efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos*³²:

“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”³³.³⁴

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

En este sentido, aun cuando se tiene por cierto que ante la concurrencia de servidores públicos y trabajadores oficiales, que estando activos en el servicio percibieron además una mesada pensional por concepto de pensión de vejez, reconocida por Colpensiones y por ello devengaron dos asignaciones provenientes del tesoro público, es claro también para el despacho que ello no es una justificación para que se vulneren los derechos fundamentales de las demás partes interesadas y que integran el Subsistema en Pensiones.

Estas formas procesales, de hecho, garantizan el justo ejercicio del derecho sustancial al determinar la manera como los actos habrán de producirse y cumplir su cometido; han sido diseñadas con el único fin de darle un orden a la manera como habrá de desarrollarse la discusión y así lograr que la controversia pueda ser solucionada de manera adecuada³⁵. En una palabra, el ejercicio desbordado y absoluto de un derecho, o en el caso de Colpensiones de una facultad, conlleva necesariamente al riesgo de que se vulneren los derechos de los otros y en el caso que nos ocupa, ese riesgo a todas luces acaeció.

Como se vio entonces, es menesterosa la observancia del debido proceso y las formas propias de cada procedimiento y no en la cuestión de si era procedente o no la pretensión de devolución: ni siquiera el perseguir un fin noble y razonable, justifica medios o vías administrativas que violenten los derechos de las otras partes. Es por

³² Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.

³³ Corte constitucional, Sentencia T-073 de 1997.

³⁴ Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.

³⁵ Nulidades en el Proceso Civil.-Henry Sanabria Santos. - 2ª ed. - Bogotá Universidad Externado a Colombia, 2011.

tanto que se entiende ahora que el debate no se concentra en la procedencia de la devolución de los aportes efectuados al Sistema de manera irregular, sino en la vulneración al debido proceso consagrado en la Carta como un derecho fundamental de aplicación inmediata.

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

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

“El principio de coordinación se relaciona de manera estrecha con el principio de subsidiariedad y podría considerarse como una derivación del mismo. Implica, entre otras cosas, una comunicación constante entre los distintos niveles para armonizar aquellos aspectos relacionados, por ejemplo, con la garantía de protección de los derechos constitucionales fundamentales así como aquellos asuntos vinculados con el efectivo cumplimiento de las metas sociales del Estado.

[...]

En esta misma línea de argumentación se pronuncia la Ley 489 de 1998 cuando al referirse al principio de coordinación confirma la necesidad de colaboración entre las distintas autoridades administrativas con miras a garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones así como el logro efectivo de los fines y cometidos estatales. No es, pues, ninguna novedad, que la organización estatal y la distribución de competencias entre los distintos niveles de la administración implica de por sí un entramado de relaciones complejo y lleno de tensiones.”

Así las cosas, advierte ahora el despacho que Colpensiones, al abstenerse de haber solicitado por las vías procedimentales regulares a la EPS demandante devolver las sumas erróneamente giradas por concepto de aportes en salud sobre pensiones y, en su lugar haber ejercido las prerrogativas propias de administradora estatal del régimen de prima media con prestación definida y del sistema de ahorro de beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, para obtener la satisfacción de su interés jurídico económico que el asistía ya solo en

calidad de mera aportante del Sistema de Seguridad social en Salud, denota no solo una clara y grave vulneración del derecho fundamental al debido proceso sino además una extralimitación de sus funciones y facultades.

Luego, adicionalmente a la violación al debido proceso, al haber procedido conforme un procedimiento administrativo no previsto en las leyes, valiéndose de elucubraciones lingüísticas al afirmar que una cosa es el procedimiento atinente a la devolución de aportes efectuados erróneamente y otra el relativo al traslado de recursos indebidamente girados, incurrió también en la causal de nulidad consistente en expedición irregular de los actos administrativos. Ello, por cuanto la causa que justificó su actuar no obedece a criterios razonables de legalidad procesal y la motivación de sus decisiones no fue clara ni suficiente³⁶.

En consecuencia, igualmente adolecen los actos demandados de la causal de nulidad consistente en la infracción de las normas en que debieron fundarse, toda vez que se abstuvo la entidad demandada de conducir su actuación conforme los procedimientos reglamentados, esencialmente en lo tocante al termino dentro del cual puede elevar la solicitud de devolución.

A este tenor, vale atender que, en concepto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el establecimiento de un plazo razonable para pedir el reintegro no constituye per se una trasgresión a la regla de destinación de los recursos del Sistema de Seguridad Social o a una desfinanciación del Sistema Pensional, pues es potestad del fondo administrador, en un actuar diligente, pretender la devolución de la cotización pagada, pero con el respeto de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico para la materia³⁷.

Pues bien, atendiendo a las particularidades del caso, se observa que COLPENSIONES ordenó a la EPS SALUD TOTAL el reintegro de aportes errados al sistema de seguridad social en salud correspondiente a mesadas pensionales en claro desconocimiento de los procedimientos previstos en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, compilado en el artículo 2.6.1.1.2.2 del Decreto 780 de 2016 y modificado por el artículo 2.6.4.3.1.1.8 del Decreto 2265 del 29 de diciembre de 2017 de acuerdo con los cuales se debía presentar una solicitud detallada de devolución de cotizaciones a la EPS dentro del término de doce (12) meses siguientes a la fecha de pago, a fin de obtener el reintegro de los pagos erróneamente efectuados.

³⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 26 julio de 2018. Exp. 22326, C.P. Milton Chaves García.

³⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Cuarta. Subsección A. Sentencia del 13 de mayo de 2020, radicado No. 110013337044-2018-00183-01 y 110013337 042 2018 00047-01. M.P.: Amparo Navarro López.

En este sentido, llama la atención que COLPENSIONES, mediante los actos objeto de control judicial, pretenda ordenar de manera imperativa y unilateral la devolución de los recursos girados por concepto de aportes a salud de los pensionados sin ceñirse a el procedimiento para tal fin, por lo que se advierte que incurrió en la causal de nulidad consistente en falsa motivación y en infracción de las normas en que debieron fundarse.

De esta manera, procede declarar la nulidad parcial de los actos demandados, al haber COLPENSIONES exacerbado el marco de sus competencias al ordenar, al margen del procedimiento reglado, la devolución de los aportes pagados erróneamente sin atender al procedimiento previsto para tal fin.

Consecuentemente, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a Colpensiones abstenerse ejecutar a la demandante por las ordenes de reintegro contenidas en los actos administrativos demandados y a abstenerse de proferir futuros actos administrativos por los mismos hechos y fundamentos respecto del caso objeto de la demanda.

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 CGP.

Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas, 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 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; para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y; el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso.

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 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 de las siguientes resoluciones, conforme fue considerado en la parte motiva:

- a. Nulidad de las resoluciones SUB 215496 del 14 de agosto de 2018 y se ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 264197 del 8 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19235 del 30 de octubre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Efrén de Jesús Montoya Escobar.
- b. Resoluciones SUB 212274 del 9 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 264188 del 8 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19577 del 6 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Walberto Najera Hoyos.
- c. Resoluciones SUB 219923 del 17 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 285060 del 30 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19541 del 6 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante José Estaban Bustos Ospina.

- d. Resoluciones SUB 198523 del 26 de julio de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 284126 del 30 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 19525 del 2 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Emil Quintero.
- e. Resoluciones SUB 205161 del 1 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, DIR 20296 del 20 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Jorge Eduardo Murillo Calderón.
- f. Resoluciones SUB 197889 del 25 de julio de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 287557 del 1 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 20348 del 21 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Walter Adelmo Dalel Barón.
- g. Resoluciones GNR 392409 del 28 de diciembre de 2016 que ordena a la EPS el reintegro de aportes y DIR 19422 del 1 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante Naudys del Carmen Varela Puello.
- h. Resoluciones SUB 218998 del 17 de agosto de 2018 que ordena a la EPS el reintegro de aportes, SUB 285825 del 31 de octubre de 2018 que resuelve recurso de reposición y DIR 20706 del 27 de noviembre de 2018 que resuelve recurso de apelación. Causante José Evaristo Tinjacá Pacanchiqué.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a Colpensiones: i) abstenerse ejecutar a la demandante por las ordenes de reintegro por concepto de aportes errados al sistema de seguridad social en salud contenidas en los actos declarados nulos en el segundo numeral de esta providencia; y ii) abstenerse de proferir futuros actos administrativos por los mismos hechos y fundamentos respecto del caso objeto de la demanda, en desapego de los procedimientos previstos en el sistema normativo para obtener el reintegro de aportes pagados erradamente, conforme se consideró en la parte motiva.

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

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

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

Es indispensable (i) escribir en el espacio "ASUNTO" de los mensajes virtuales los 23 dígitos del proceso, pues sin esta identificación del mismo no será posible darle trámite y (ii) enviar archivos DOC, DOCX, o PDF livianos Max 500 k, - verificar que los PDF no tengan páginas en blanco y que tengan calidad para envío por correo, con el fin de que se pueda dar expedito trámite a lo enviado.

En cumplimiento del deber procesal impuesto en los artículos 83 numeral 14 del Código General del Proceso³⁸ las partes deben enviar todo memorial, solicitud, prueba, recurso, y en general toda comunicación dirigida a este proceso no sólo al Despacho, sino también a los correos electrónicos de las demás partes que se ponen en conocimiento:

SALUD TOTAL EPS:

notificacionesjud@saludtotal.com.co

COLPENSIONES:

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

pquevara.conciliatus@gmail.com

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

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

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.
ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ**

³⁸ **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESORTÍCULO 78. Deberes de las partes y sus apoderados.** Son deberes de las partes y sus apoderados: 14. Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) por cada infracción.

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: **f5d367a9f939082fcc6dc6083619d6ba68891ddf83dbb94868ed0a579a72082e**

Documento generado en 30/06/2021 08:39:27 PM