



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

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

<b>ASUNTO:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-
<b>RADICADO:</b>	11001 33 37 042 <b>201900123</b> 00
<b>DEMANDANTE:</b>	FAMISANAR EPS
<b>DEMANDADO:</b>	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**

1.1.1.1. **PARTES**

**DEMANDANTE:** ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EPS FAMISANAR S.A.S, dirección virtual de notificaciones: [notificaciones@famisanar.com.co](mailto:notificaciones@famisanar.com.co)

**DEMANDADA:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dirección electrónica de notificaciones [notificacionesjudiciales@COLPENSIONES.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@COLPENSIONES.gov.co)

1.1.1.2. **OBJETO**

**DECLARACIONES Y CONDENAS**

La parte actora solicita que se declaren las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la nulidad de las resoluciones No. DNP 006885 del 06 de octubre de 2017, SUB-268825 del 12 de octubre de 2018 y la resolución No. DIR 20820 del 29 de noviembre de 2018, por medio de las cuales COLPENSIONES ordenó a FAMISANAR EPS el reintegro de \$ 3.034.600 por concepto de aportes a salud en virtud de la pensión de sobreviviente reconocida a la señora LINDA MANUELA SÁNCHEZ MOJICA.
2. A título de restablecimiento del derecho, se revoque la obligación impuesta por COLPENSIONES consistente en reintegrar la suma de \$3.034.600 por concepto de descuentos en salud de la afiliada LINDA MANUELA SANCHEZ MOJICA.
3. Se ordene a COLPENSIONES cancelar cualquier registro, anotación o proceso que se hubiere realizado o iniciado por el valor que se ordenó reintegrar en los actos demandados.
4. Por último, solicita se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme lo dispuesto por el CPACA.

#### 1.1.1.3. **FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN**

##### **FUNDAMENTOS FÁCTICOS:**

Los fundamentos facticos propuestos por el demandante se pueden resumir así:

1. En razón al fallecimiento del señor Manuel Antonio Sánchez Carreño, le fue reconocida pensión de sobreviviente a la señora Linda Manuela Sánchez Mojica a través de COLPENSIONES, entidad que realizó los aportes correspondientes al SGSS en salud.
2. COLPENSIONES emitió las resoluciones No. DNP006885 del 06 de octubre de 2017, No SUB 268825 del 12 de octubre de 2018 y la resolución No. DIR 20820 del 29 de noviembre de 2018, por medio de las cuales ordenó a FAMISANAR EPS el reintegro de \$3.034.600 por concepto de aportes a salud en virtud de la pensión de sobreviviente reconocida a la señora Linda Manuela Sánchez Mojica, fundamentando su decisión en un concepto interno del 26 de mayo de 2016.
3. El 06 de agosto de 2018 la EPS Famisanar interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, el cual fue resuelto de manera negativa.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**

La parte demandante considera que se vulneraron las siguientes normas:

### De rango supra legal:

- Artículos: 49

### De rango legal

- Ley 100 de 1993: artículos 177,178 y 220

### De rango reglamentario:

- Decreto 4023 de 2011: artículo 12

Así mismo considera que al caso concreto resulta aplicable la siguiente jurisprudencia:

- Sentencia C-250 del 2012
- Consejo de Estado, 25 de marzo de 2010

## **CONCEPTO DE VIOLACIÓN:**

### **CARGO PRIMERO: FALSA MOTIVACIÓN**

Argumenta la accionante que de acuerdo con el Decreto 4023, derogado por el Decreto 780 de 2016, COLPENSIONES solo podía solicitar la devolución de los dineros ante la EPS dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de pago y una vez superado este tiempo, la EPS perdió la competencia para gestionar de manera directa la solicitud de devolución de aportes. Por esta razón considera que COLPENSIONES incurrió en una vía de hecho porque desconoció la regulación puntual en materia de devolución de aportes del Sistema general de Seguridad Social en Salud que dispone que debe elevar la solicitud directamente ante la ADRES.

### **CARGO SEGUNDO: FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA**

Considera la EPS demandante que al no contar con los recursos que fueron compensados al FOSYGA, ostenta una falta de legitimación por pasiva para realizar el cobro de \$3.034.600, los cuales deben ser solicitados directamente por COLPENSIONES a la ADRES.

## **CARGO TERCERO: COBRO DE LO NO DEBIDO**

Arguye la demandante que la EPS no es propietaria de los recursos ordenados en reintegro, como quiera que, de acuerdo con el artículo 205 de la ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, los aportes son recaudados por la EPS en calidad de delegataria o intermediaria y esta los remite por medio del mecanismo de compensación al FOSYGA hoy ADRES. En tal medida, la orden de pago impuesta por la entidad demandada versa sobre recursos que no se encuentran en dominio de la destinataria de la resolución demandada y por lo tanto representa un cobro de lo no debido.

### **1.1.2. OPOSICIÓN**

## **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES <sup>1</sup>**

Mediante memorial aportado el 10 de octubre de 2019 la apoderada de la entidad presentó contestación de la demanda en los siguientes términos:

#### **1.1.2.1. Pretensiones**

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

En este punto, menciona el Concepto No. BZ 2016\_5311055 del 26 de mayo de 2016 de la Gerencia Nacional de Doctrina, para justificar que el término de 12 meses definido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 674 del 2014, se refiere a la posibilidad de solicitar a las EPS la devolución de los recursos pagados erróneamente, más no al procedimiento administrativo que podría iniciarse ante la EPS o el FOSYGA hoy ADRES para el traslado de los recursos indebidamente girados. Aunado a ello destaca que la controversia no se puede limitar a definir cuál es el término administrativo que se debe tener en cuenta para solicitar la devolución

---

<sup>1</sup> Ver documento denominado "EXPEDIENTE DIGITALIZADO". Págs. 125 y ss .

del pago de lo no debido, sino que se debe definir si las EPS y el FOSYGA están habilitados legalmente para recibir, administrar y disponer de recursos provenientes del Sistema General Social en Pensiones.

#### 1.1.2.2. Hechos

En segundo lugar, se pronunció sobre cada uno de los hechos. Aceptó los hechos 1,2, 3, 5, 6 y 7; manifiesta que el hecho 4 es parcialmente cierto y finalmente sobre el hecho 8 manifiesta que no es un hecho, pues se trata de un argumento que busca reforzar la defensa jurídica del demandante.

#### 1.1.2.3. Argumentos de defensa

En tercer lugar, expone los argumentos de defensa de la entidad considerando que el caso versa sobre el cobro de unos aportes y contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social Integral, para lo cual, recuerda su naturaleza tributaria con fundamento en las sentencias C-711 de 2001 y C-430 de 2009.

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

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

#### 1.1.2.4 Excepciones

Por otro lado, propone la excepción previa de "*falta de integración de litis consorcio necesario*", resuelta negativamente por este despacho mediante providencia de fecha 26 de marzo de 2021.

Finalmente, alega las excepciones de mérito de (i) "excepción de inconstitucionalidad del artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 por oposición al artículo 48 de la Constitución Política"; (ii) "inexistencia del derecho reclamado"; (iii) "buena fe" y (iv) "innominada".

## **1.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **1.2.1. PARTE DEMANDANTE.**

Mediante memorial aportado el 15 de julio de 2021<sup>2</sup>, Famisanar EPS aportó sus alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la demanda, pues considera que COLPENSIONES pretende obtener el pago de sumas de dinero no debidas desconociendo que el papel de la EPS respecto del recaudo de las cotizaciones al subsistema de salud es de delegataria, por tanto no es cierto que se apropie de los aportes que realizan los afiliados.

### **PARTE DEMANDADA**

A través de memorial aportado el 08 de julio de 2021<sup>3</sup> COLPENSIONES reiteró en su totalidad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y manifestó que no es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos, pues la entidad cumplió con su deber legal de salvaguardar los recursos públicos.

Además, el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes fue derogado por la Ley 1873 de 2017.

## **2. PROBLEMAS JURÍDICOS Y TESIS DE LAS PARTES**

Corresponde al despacho establecer si resulta procedente ordenar a FAMISANAR EPS el reintegro de los aportes doblemente girados al Sistema de Seguridad Social por parte de COLPENSIONES, cuando ellos son producto del pago realizado por la entidad empleadora y el pago por concepto de pensión de vejez. En tal medida, se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿Cuál es el procedimiento previsto en el ordenamiento para obtener de las EPS la devolución de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud que fueron erróneamente cotizados?

---

<sup>2</sup> Ver alegatos [aquí](#)

<sup>3</sup> Ver alegatos [aquí](#).

(ii) ¿Siguió COLPENSIONES el procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico para lograr la devolución de los aportes pagados al Sistema de Seguridad Social en Salud por en calidad de aportante, al ente recaudador delegado FAMISANAR EPS?

**Tesis de la parte demandante:** Sostiene que COLPENSIONES no siguió el procedimiento para lograr la devolución de los pagos al Sistema de Seguridad Social de conformidad con las normas superiores y reglamentarias que lo regulan, en razón a que desconoció que la EPS no detenta los dineros sobre los que ordena el reintegro porque se encuentran en poder de la ADRES.

**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 FAMISANAR 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 FAMISANAR 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**

##### **3.1.1. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

COLPENSIONES asegura que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 vulnera el artículo 48 de la Constitución Política en razón a que los recursos girados erróneamente en forma de aportes a la EPS hacen parte de la seguridad social en pensiones, en tanto corresponden a la

administración del régimen de prima media con prestación definida, pero se les está dando una destinación diferente a la asignada porque luego de la consignación pueden ser usados para el pago de unidades por capacitación<sup>4</sup>. Igualmente considera que la norma en comento pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema pensional al dejar a COLPENSIONES desprovista de herramientas jurídicas para recuperar dineros no solicitados dentro de los 12 meses previstos para la devolución de aportes<sup>5</sup>.

No obstante, contrario a lo afirmado por la demandada, en el caso que nos ocupa el Despacho no advierte que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 sea contrario a las disposiciones constitucionales, en la medida que no atenta con la efectividad de los derechos fundamentales, ni riñe con las normas superiores. Al respecto, téngase en cuenta que aunque la excepción de inconstitucionalidad se debe aplicar por parte de los operadores jurídicos, *en virtud de la norma superior contenida en el artículo 4º CP*, cuando se detecte una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales, so pena de configurar un defecto sustantivo por su inaplicación<sup>6</sup>; lo cierto es que el Consejo de Estado –de antaño- dispuso que su uso es excepcional cuando la contradicción sea manifiesta y resulte del simple cotejo entre la norma legal y la constitucional<sup>7</sup>.

Así las cosas, con miras a resolver el argumento de la parte demandada acerca de la inaplicación del Decreto 4023 de 2011 por vía de excepción de inconstitucionalidad, debe indicarse 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 a través de los diferentes subsistemas, en pensión, salud y riesgos laborales. En este sentido, la Ley creó el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA (hoy ADRES<sup>8</sup>), en los siguientes términos:

---

<sup>4</sup> Ver EXPEDIENTE DIGITALIZADO, pág.157.

<sup>5</sup> Ib. Pág.159.

<sup>6</sup> 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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Es del caso precisar que la Ley 1753 de 2015 creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, otorgando la función de la administración de los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA.

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.

*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 en su artículo 12 reguló lo atinente al Procedimiento para la Devolución de A su turno, reguló la estructura del Fondo<sup>9</sup> y la financiación de la subcuenta de compensación en los artículos 219 y 220, respectivamente<sup>10</sup>. En tanto que el artículo 154 contempló la intervención del Estado en el servicio público en salud y, según su párrafo<sup>11</sup>, 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 artículo 189 de la Constitución Política. En armonía con lo anterior, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra la intervención del Gobierno Nacional para dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público de salud.

Con sujeción a la intervención justificada del Gobierno Nacional por el dinamismo del sistema de seguridad social<sup>12</sup>, se expidió el Decreto 4023 de 2011 *-por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la subcuenta de Compensación Cotizaciones con base en las normas de la Ley 100 de 1993 y del artículo 48 de la Constitución Política, con el objeto de efectivizar los elementos organizacionales que requiere la prestación del servicio público de Seguridad Social.*

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

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

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

De lo expuesto se colige 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. Luego, más allá de desconocer normas constitucionales, el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 buscó prever precisamente una herramienta jurídica para lograr el reintegro de pagos erróneamente efectuados, en desarrollo de la potestad reglamentaria atribuida incluso por la misma Constitución.

Por lo expuesto, el Despacho negará la excepción de inconstitucionalidad.

### **3.1.2. DE LA INEXISTENCIA DEL DERECHO, BUENA FE E INNOMINADA:**

Además de la excepción de inconstitucionalidad, COLPENSIONES propuso como excepciones de merito la inexistencia del derecho reclamado; la buena fe y la genérica o innominada.

Frente a la inexistencia del derecho argumenta que aunque el Decreto 674 de 2014 estableció el término de 12 meses contados a partir de la consignación para lograr la compensación de los recursos, no se puede desconocer que es obligación de COLPENSIONES recuperar los recursos indebidamente girados a la EPS, pues al momento de perfeccionarse el traslado de recursos de la EPS al ADRES, se configuró una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales que debe ser solucionada<sup>13</sup>.

En cuanto a la buena fe de COLPENSIONES, indica que surge de la estricta aplicación de la Constitución, la ley y el precedente jurisprudencial que garantiza la seguridad jurídica en la decisión prestacional, por ello sostiene 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<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Ver EXPEDIENTE DIGITALIZADO, pág. 161.

<sup>14</sup> Ib. Pág. 163.

Finalmente propone la excepción genérica a fin de solicitar al despacho declarar las demás excepciones que se encuentren probadas en el proceso<sup>15</sup>.

Respecto a las anteriores argumentaciones denominadas por COLPENSIONES como "excepciones de mérito", debe señalar el Despacho que serán estudiadas con el fondo del asunto en razón a que, al tenor de la manera como fueron planteadas, constituyen verdaderos argumentos de defensa más no excepciones en estricto sentido.

Es importante indicar que las excepciones en el ordenamiento jurídico y en la doctrina han sido clasificadas en previas y de mérito o de fondo: *"Las previas se proponen cuando se conforma la litis contestatio, pues 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. En tanto las 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."*<sup>16</sup>

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido que *"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, pues "las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"*<sup>17</sup>. (Subraya el Despacho)

---

<sup>15</sup> Ib. Pág. 165

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

Por las razones expuestas, procede el Despacho a resolver el fondo del asunto atendiendo los cargos de la demanda.

### **3.2. DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES ERRONEAMENTE TRANSFERIDOS.**

Por efectos prácticos y metodológicos, procede el despacho a resolver conjuntamente los cargos primero, segundo y tercero de la demanda, pues ellos dependen del estudio del procedimiento administrativo previsto al momento de los hechos para obtener de las EPS la devolución de los aportes al sistema General de Seguridad Social en salud que fueron erróneamente cancelados por COLPENSIONES con ocasión de la doble asignación mensual proveniente del tesoro público a la señora Linda Manuela Sánchez Mojica.

Para comenzar, es del caso recordar que la Ley 100 de 1993 además de crear el "Sistema General de la Seguridad Social Integral", previó las instituciones, normas y procedimientos que integran el Sistema, a fin de que las personas y la comunidad tuvieran una cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, en aras de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad; tal sistema se compone de los subsistemas de Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales y Servicios Sociales complementarios.

Concretamente el subsistema de Salud, 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

---

Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS. En cita de 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.

además en calidad de delegatarias de las entidades administradoras - hoy ADRES<sup>18</sup>-, también fungen como entes recaudadores de los aportes que sus afiliados del régimen contributivo efectúan en materia de salud al Sistema<sup>19</sup>.

Este recaudo es, entonces, una de sus obligaciones legales y sobre el mismo, tal como se ve de la norma transcrita al pie, se efectúa una compensación de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación-UPC, en tanto valores destinados a la financiación del cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS. En virtud de la misma disposición y en concordancia con el artículo 220 *ibídem*, la diferencia resultante entre el recaudo por cotizaciones y el valor correspondiente a las UPC, habrá de ser girada al Fosyga<sup>20</sup>.

Esta facultad de recaudo y giro se explica debido a la naturaleza contributiva de los aportes en materia de salud, esto en virtud del artículo 9 de la Ley 100 de 1993 según la cual las cotizaciones efectuadas por los afiliados tienen una destinación específica: el cumplimiento de los fines de la Seguridad Social como servicio público de salud cual, con fundamento en el principio de solidaridad, debe tender al aumento de la cobertura<sup>21</sup>.

A este respecto, la Corte Constitucional<sup>22</sup> en la Sentencia de Unificación SU-480 de 1997 dijo 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,*

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Artículo 177, Ley 100 de 1993: "DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley."

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

*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.”*

De lo dicho se desprende que la administración de los recursos que financian el Sistema de Seguridad Social en Salud le corresponde a la Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga. Sin embargo, las EPS 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 (hoy Adres). Cabe señalar que este traslado de la diferencia compensada habrá de efectuarse antes de finalizar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago que de las cotizaciones hacen los aportantes<sup>23</sup>.

Ahora bien, ya con el objeto de reglamentar el funcionamiento del Fosyga, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1283 de 1996, en el cual, según el artículo 3 de la norma reglamentaria<sup>24</sup>, los recursos del Fondo se manejan de manera independiente en varias subcuentas que se destinan exclusivamente a las finalidades consagradas en la ley. Así, en virtud del numeral primero del artículo segundo *ibídem*<sup>25</sup>, una de las subcuentas que componen el Fondo es la subcuenta de compensación,

---

<sup>23</sup> 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 Capitalización - 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 Capitalización 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 Capitalización 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> ARTICULO 2o. ESTRUCTURA DEL FOSYGA. El FOSYGA tendrá las siguientes subcuentas:

a. De compensación interna del régimen contributivo.

[...]

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.*

Para proceder al giro, según indica el artículo 4 de la mencionada norma<sup>26</sup>, 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

---

<sup>26</sup> 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. [...]

de compensación presentado. Solo tras ello, se procederá al reconocimiento de las UPC a favor de las EPS.

Tal proceso de compensación fue reglamentado de manera pormenorizada a través del Decreto 4023 de 2011, el cual 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. Así mismo previó el proceso de reintegro de aportes pagados erróneamente, así:

“Artículo 12. Modificado por el artículo 1 del Decreto 674 de 2014<sup>27</sup>. 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 2017<sup>28</sup>. En su lugar fue expedido el artículo

---

<sup>27</sup> Antes de la expedición del Decreto 674 de 2014, modificatorio del Decreto 4023 de 2011, el ente regulador del Sistema General de Seguridad Social expidió la Resolución 069 de 2012 adoptando en su artículo 1 los formularios e instructivos para el desarrollo de los procesos de conciliación de recursos y de giro y compensación de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga. (CONCEPTO 48460 DE 2014 [junio de 2014] SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Tema: CONCEPTO VIABILIDAD TRANSFERENCIA DE APORTES EN SALUD GIRADOS ERRÓNEAMENTE).

<sup>28</sup> 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

2.6.4.3.1.1.8, que siguió la misma línea normativa de limitar la solicitud de reintegro que eleve el aportante a un término de 12 meses. No obstante, esta norma precisó que:(i) 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 y (ii) 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.

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, 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 FAMISANAR EPS, comprende los siguientes trámites:

- 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.
- 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 ADRES 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.

Lo dicho hasta aquí permite advertir desde ya que la actuación administrativa por medio de la cual COLPENSIONES ordenó el reintegro, en calidad de aportante al Sistema de Seguridad Social en Salud, no corresponde con las formas del procedimiento previstas por el ordenamiento jurídico para obtener el reintegro de los aportes efectuados erróneamente.

No obstante, a pesar de la reglamentación existente, COLPENSIONES manifiesta en sus argumentos de defensa que el ordenamiento jurídico le otorga, en calidad de administrador del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la facultad para ordenar a la EPS la devolución de aportes cancelados irregularmente al Sistema de Seguridad Social en Salud, 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. En este orden de ideas, motiva su actuar 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 puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Ver página 139 del Expediente digitalizado.

Sin embargo, las anteriores justificaciones no son suficientes para consentir el desapego de las formas establecidas la actuación administrativa. En efecto, aunque el artículo 128 de la Carta proscriba la múltiple asignación que provenga del tesoro público, de las normas antes referidas es dable comprender que al momento en que COLPENSIONES advirtió esta situación de doble pago respecto a la señora Linda Manuela Sánchez Mojica, contaba con el procedimiento de devolución de cotizaciones para obtener el reintegro de aportes pagados erróneamente.

Ahora bien, con lo expuesto no se pretende desconocer las facultades coactivas de las que goza COLPENSIONES en virtud de la Ley 1066 de 2006, pero es del caso aclarar que esta prerrogativa se sujeta a que el cobro forzoso administrativo se dé en virtud de sus funciones y excluye las operaciones o actividades de cobranza similar o igual a los particulares. Luego, téngase en cuenta que la demandada 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.

En tal sentido, 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. Lo que significa que a COLPENSIONES en esta oportunidad no le asistían las prerrogativas propias de sus funciones de recaudo y por tanto no se encontraba facultado para adelantar el cobro contra la EPS.

En otras palabras, a pesar de 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 el ordenamiento jurídico 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 a la parte actora, tales como la forma de cada procedimiento y el derecho de audiencia y de defensa.

Sobre el particular, es importante recordar que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso administrativo es un derecho constitucional de aplicación inmediata consagrado con el objeto de *(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*<sup>30</sup>; es por ello que el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 lo consagra como un principio rector de toda actuación y procedimiento administrativo, así:

---

<sup>30</sup> Sentencia T-796 de 2006

“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. ...”

Igualmente, en desarrollo del principio de legalidad, la jurisprudencia ha comprendido que el debido proceso comporta el imperativo jurídico de que las autoridades desarrollen los procedimientos en virtud del marco jurídico definido por el legislador, respetando las formas de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan el ejercicio pleno de los derechos de sus administrados<sup>31</sup>.

Con fundamento en ello, concluye el Despacho que 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 constituyó un proceder violatorio de las formas propias del procedimiento, que redunda en la vulneración al debido proceso de FAMISANAR.

Así lo ha comprendido también el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien, en un caso con similitud fáctica y jurídica, señaló que aunque le asiste razón a COLPENSIONES en su solicitud de reembolso de los dobles aportes girados a la EPS, la demandada no puede pasar por alto que para obtener la devolución por parte de la

---

<sup>31</sup> Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.

prestadora del servicio de salud, debe atender el trámite que la disposición vigente establece y no mediante un cobro directo en cualquier tiempo, pues ello configura una flagrante violación del debido proceso por exceso en el uso de las prerrogativas de las entidades estatales<sup>32</sup>.

Por los argumentos expuestos, el Despacho encuentra fundada la prosperidad de los cargos de la demanda en razón a que 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.

### **3.3. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

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.

### **4. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES**

En sus alegaciones de conclusión COLPENSIONES resaltó que las pretensiones de la demanda debían ser negadas porque el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud de aportes contenido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 no solo pone en peligro la sostenibilidad financiera porque la deja desprovista de herramientas jurídicas para recuperar el dinero, sino que además fue derogado por la Ley 1873 de 2017<sup>33</sup>.

Para responder a tal argumentación, el Despacho encuentra procedente traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A", en el que señaló que aunque el artículo 119 de la Ley 1873 de 2017, en efecto permitió que en el régimen de prima media, cuando un aportante haya establecido en sede administrativa o judicial la improcedencia de algún pago de cotización efectuado a una EPS, pueda solicitar la devolución del aporte en cualquier tiempo, esta disposición no puede aplicarse para los casos en los que se discute el

---

<sup>32</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta. Subsección B Sentencia del 04 de febrero de 2021. Radicado No. 110013337044-2018-00172-01. M.P.: Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta. Subsección B. Sentencia No. interno 109 de fecha 27 de noviembre de 2020. Radicado 11001-33-37-042-2017-00046-01 y sentencia del 13 de mayo de 2020, radicado No. 11001-33-37-040-2017-00168-01, M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado..

<sup>33</sup> Ver página 9 de los alegatos de COLPENSIONES.

reintegro de aportes efectuados para periodos anteriores a su entrada en vigencia<sup>34</sup>.

Así las cosas, como quiera que por medio de la resolución No. DNP 006885 del 06 de octubre de 2017 se solicita el reintegro de los aportes correspondientes a los periodos diciembre de 2016 a agosto de 2017<sup>35</sup> y Ley 1873 de 2017 entró en vigencia a partir del 20 de diciembre de 2017, es palmario en este caso que no resulta aplicable la norma alegada por COLPENSIONES.

Tampoco comparte el Juzgado la afirmación de que el término otorgado por el Decreto 4023 de 2011 para la procedencia de devolución de aportes ponga en peligro la sostenibilidad financiera, pues precisamente esta disposición buscó efectivizar el principio de seguridad jurídica al prever un plazo razonable para que los aportantes pudieran solicitar los dineros girados erróneamente, luego, corresponde a la potestad del aquel aportante actuar de manera diligente siguiendo el procedimiento que, en ejercicio de la potestad reglamentaria, dispuso el Gobierno Nacional.

## **5. CONDENA EN COSTAS**

A la luz del artículo 188 del CPACA, cuando no se trate de procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá acerca de la condena en costas, atendiendo las normas del CGP para su ejecución y liquidación<sup>36</sup>.

Tal régimen procesal prevé un enfoque objetivo de la condena en costas<sup>37</sup>, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca probado que se causaron.

En este punto, se debe precisar que con anterioridad el Despacho condenaba en costas a la parte vencida por considerar que bastaba con demostrar le ejercicio de la actividad profesional en el curso del proceso en tanto no era de recibo la exigencia de que se aportara al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certificara el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya

---

<sup>34</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", sentencia del 15 de abril de 2020. Radicado no. 110013337 41 2018 00039 02. M.P.: Amparo Navarro López.

<sup>35</sup> Ver documento digitalizado, pág. 53

<sup>36</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

<sup>37</sup> Artículo 365 del Código General del Proceso.

están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir al proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso.

No obstante, debe ponerse de presente el cambio de postura de este Juzgado en razón a la interpretación que el Consejo de Estado ha dado a la condena en costas prevista en el artículo 365 del CGP, pues se ha concluido que debe condenarse exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada en el curso de la actuación<sup>38</sup>.

Sobre el particular, atendiendo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013<sup>39</sup>, el Consejo de Estado ha precisado que la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, pero ello no es impedimento para que se exija prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley<sup>40</sup>.

En este orden de ideas, una vez revisado el expediente, evidencia el Despacho que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas a cargo de la demandada, por lo cual no 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.

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 06 de julio de 2016. Radicado No. 250002337000-2012-00174-01 [20486]. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez y providencia del 12 de noviembre de 2015, Radido: 73001233300020130000501 (20801), C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia

<sup>39</sup>Corte Constitucional, sentencia C-157/2013. M.P.: Mauricio González Cuervo.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencias del 19 de agosto de 2021. Radicado 76001-23-33-000-2017-00073-01(24713). C.P.: Myriam Stella Gutiérrez Argüello y del 09 de agosto de 2018. Radicado No. 76001-23-33-000-2013-00079-01(22386). C.P.: Stella Jeannette Carvajal Basto. Al respecto, las providencias en cita acogen la postura reiterada de la sección cuarta del Consejo de Estado fijada en las sentencias del 6 de julio de 2016, exp. 20486, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez; del 25 de septiembre de 2017, exp. 20650, CP: Milton Chaves García; del 9 de agosto de 2018, exp. 22386, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto; del 29 de octubre de 2020, exp. 23859, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez (E) y del 11 de marzo de 2021, exp. 24519, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello, entre otras.

**SEGUNDO. DECLARAR la nulidad** de resoluciones No. DNP 006885 del 06 de octubre de 2017; SUB-268825 del 12 de octubre de 2018 y DIR 20820 del 29 de noviembre de 2018, por medio de las cuales se ordenó a FAMISANAREPS el reintegro de aportes en salud por la afiliada Linda Manuela Sánchez Mojica.

**TERCERO.** A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a COLPENSIONES 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, conforme se consideró en la parte motiva.

**CUARTO. NO CONDENAR EN COSTAS** a la parte vencida en este pleito, por las razones expuestas en esta providencia.

**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 Proceso<sup>36</sup> 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:

[notificacionesjudiciales@COLPENSIONES.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@COLPENSIONES.gov.co)

[cjaramillo.conciliatus@gmail.com](mailto:cjaramillo.conciliatus@gmail.com)

[notificaciones@famisanar.com.co](mailto:notificaciones@famisanar.com.co)

[ajoven@famisanar.com.co](mailto:ajoven@famisanar.com.co)

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 prestará preferentemente a través de la ventanilla virtual del Despacho de lunes a viernes entre las 8:00 a.m. y las 12:00 m. haciendo uso de la plataforma Microsoft Teams.

Para acceder a la plataforma virtual debe dirigirse a la página de la Rama Judicial en el micrositio del Juzgado haciendo clic [aquí](#)<sup>41</sup>. Allí encontrará las instrucciones y enlace de la reunión. Recuerde que será atendido por sistema de turnos.

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

---

<sup>41</sup> <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-42-administrativo-de-oralidad-del-circuito-judicial-de-bogota/contactenos>

**Firmado Por:**

**Ana Elsa Agudelo Arevalo**

**Juez Circuito**

**Juzgado Administrativo**

**Sala 042 Contencioso Admsección 2**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:

**a0b277bd37c46901f58cee5667b0b165c2b46d1ad6a094ec507ae  
1378cebd946**

Documento generado en 05/10/2021 02:59:41 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**