



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

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADOS:	110013337042 <u>2018 00042</u> 00 110013337042 <u>2018 00054</u> 00
DEMANDANTE:	FAMISANAR E.P.S.
DEMANDADO:	COLPENSIONES

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Despacho profiere Sentencia de Primera Instancia dentro de los dos casos de la referencia, en virtud de la acumulación de procesos decretada mediante Auto de 1 de junio de 2018.

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

DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dirección electrónica de notificaciones notificacionesjudiciales@COLPENSIONES.gov.co

1.1.1.2. **OBJETO**

DECLARACIONES Y CONDENAS

La parte actora solicita que se declaren las siguientes pretensiones:

- Proceso 11001333704220180004200

1. Que se declare la nulidad de las resoluciones No. GNR 217079 del 25 de julio de 2016, y DIR 4226 del 26 de abril de 2017, por medio de las cuales COLPENSIONES ordenó a FAMISANAR EPS el reintegro de \$ 3233.900 por concepto de aportes a salud en virtud de la pensión de sobreviviente reconocida a la señora ROSALBA PICO QUINTERO.

2. A título de restablecimiento del derecho, se deje sin valor y efecto los actos administrativos demandados y las actuaciones en medio de las cuales se expidieron.

3. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a COLPENSIONES cancelar cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por la orden impuesta, mediante los actos demandados.

4. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en el CPACA.

- Proceso 11001333704220180005400

1. Que se declare la nulidad de las resoluciones No. SUB 65210 del 15 de mayo de 2017, y No. DIR 12322 del 03 de agosto de 2017, por medio de las cuales COLPENSIONES ordenó a FAMISANAR EPS el reintegro de \$278.200 por concepto de aportes a salud en virtud de la pensión de sobreviviente reconocida a la señora LIBIA AMPARO MORALES HERNÁNDEZ.

2. A título de restablecimiento del derecho, se exima a la demandante de la obligación contenida en los actos administrativos demandados.

3. Que se ordene a COLPENSIONES cancelar cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por el valor que se ordenó reintegrar mediante los actos administrativos aquí demandados.

4. Que 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:

- Proceso 11001333704220180004200

1. COLPENSIONES realizó aportes al SGSS en Salud para la vigencia de agosto de 2013 correspondientes a la señora ROSALBA PICO QUINTERO.
2. COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 5217079 del 25 de julio de 2016, ordena la devolución de la suma de \$233.900 correspondientes a los aportes al SGSS en Salud que para la vigencia de agosto de 2013 realizó respecto de la señora ROSALBA PICO QUINTERO.
3. FAMISANAR, mediante radicado 2017_1992463 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución GNR 5217079 del 25 de julio de 2016.
4. FAMISANAR no ha sido notificado de la Resolución sub-1356 del 7 de marzo de 2017, mediante la cual resolvió el recurso de reposición confirmando íntegramente la Resolución GNR 5217079 del 25 de julio de 2016.
5. COLPENSIONES, mediante Resolución DIR 4226 del 26 de abril de 2017, resolvió el recurso de apelación confirmando íntegramente la Resolución GNR 5217079 del 25 de julio de 2016.

- Proceso 11001333704220180005400

1. El 22 de junio de 2017 COLPENSIONES notificó a FAMISANAR de la Resolución SUB 65210 de 15 de mayo de 2017.

2. El 04 de julio de 2017, con radiado N. 2017-6823901, FAMISANAR interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución SUB 65210 de 15 de mayo de 2017.

3. El 5 de octubre de 2017, COLPENSIONES notificó a FAMISANAR la Resolución DIR 12322 de agosto 03 de 2017, que, al resolver el recurso de apelación interpuesto, confirmó íntegramente la Resolución SUB 65210 de 15 de mayo de 2017.

4. Que a la fecha de presentación de la demanda, Colpensiones no ha notificado a FAMISANAR la Resolución SUB 132095 de 21 de julio de 2017, mediante el que resolvió el recurso de reposición interpuesto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Normas violadas y Concepto de su violación.

-Procesos 11001333704220180004200 y 11001333704220180005400

Además de censurar que carecen de eficacia por falta de notificación los actos administrativos por medio de los cuales se resolvieron los recursos de reposición interpuestos en contra de cada una de las órdenes de reintegro aquí demandadas, FAMISANAR concretamente presentó los siguientes cargos de nulidad.

CARGO PRIMERO: FALSA Y FALTA DE MOTIVACIÓN

Argumenta que los actos demandados son nulos pues de acuerdo con el Decreto 4023 de 2011, COLPENSIONES solo podía solicitar la devolución de los recursos ante la EPS dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de pago; una vez superado este tiempo, la EPS perdió la competencia para gestionar de manera directa ante la ADRES la solicitud de devolución de aportes, los cuales fueron ya transferidos a aquel fondo. Cuestiona también que la accionada haya fundamentado su desconocimiento del régimen procedimental aplicable con fundamento en la doctrina oficial de la entidad, contenida en un Concepto expedido por la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General de COLPENSIONES. Por esta razón considera que la demandada 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.

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 los aportes a salud errados, los cuales deben ser solicitados directamente por COLPENSIONES ante 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, las ordenes de pago impuestas por la entidad demandada versan sobre recursos que no se encuentran en dominio de la destinataria de las resoluciones demandadas y por lo tanto representa un cobro de lo no debido.

- Proceso 11001333704220180004200

CARGO CUARTO: FUNCIONARIO INCOMPETENTE

Considera que el Director de Prestaciones Económicas de Colpensiones, funcionario que profirió la Resolución DIR 4226 de abril 26 de 2017, carece de competencia para resolver la apelación en contra de la Resolución No. GNR 217079 del 25 de julio de 2016, acto expedido por el Gerente Nacional de Colpensiones, es decir su superior funcional.

1.1.2. OPOSICIÓN

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Mediante memorial aportado el 23 de octubre de 2018 la apoderada de la entidad presentó contestación de las demandas de ambos procesos acumulados, en los siguientes términos:

En primer lugar, se opone a todas y cada una de las pretensiones porque no le asiste derecho a la EPS a recibir doble pago por concepto

de aportes a salud, pues ello constituye un detrimento del patrimonio del estado y se configura una destinación irregular, ilegal, injustificada e inconstitucional de los recursos parafiscales.

En este punto, menciona el Concepto No. BZ 2016_5311055 del 26 de mayo de 2016 de la Gerencia Nacional de Doctrina, para justificar que el término de 12 meses definido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 674 del 2014, se refiere a la posibilidad de solicitar a las EPS la devolución de los 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.

1.1.2.1. Hechos

- Proceso 11001333704220180004200

Aceptó los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 9 y 10. Se atiende a lo que se pruebe en el proceso respecto de los hechos 7 y 8. Finalmente, sostiene que el 6 es parcialmente cierto en tanto que, además de lo relativo a la expedición de la Resolución DIR 4226 de abril 26 de 2017, constituye apreciaciones subjetivas del demandante.

- Proceso 11001333704220180005400

Aceptó los hechos 1, 2, 3 y 4. Se atiende a lo que se pruebe en el proceso respecto de los hechos 5 y 6.

1.1.2.2. Argumentos de defensa

- Procesos 11001333704220180004200 y 11001333704220180005400

Esencialmente, defiende el argumento según el cual los aportes realizados fueron errados, razón por la cual es procedente solicitar su devolución. Ello, en la medida en que, de conformidad con el artículo 19 de la ley 4 de 1992, ningún funcionario público puede devengar más de una asignación que provenga del Tesoro Público, y por lo tanto los ciudadanos relacionados con la actuación censurada no podían devengar un salario y a la vez una pensión.

Así, 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 19 de noviembre de 2021. También propuso las excepciones de (i) "inexistencia del derecho reclamado"; (ii) Prescripción; (iii) "buena fe"; y (iv) "innominada".

1.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.2.1. PARTE DEMANDANTE

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

PARTE DEMANDADA

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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?

(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 erradamente y en como consecuencia de una violación a de lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 4 de 1992.

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. 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

- Procesos 11001333704220180004200 y 11001333704220180005400

3.1. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

COLPENSIONES propuso la excepción de Prescripción *“sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, de conformidad con las normas legales”*. De una lectura del acápite en la que se expone la excepción, es evidente que la parte interesada no agotó la carga probatoria y argumentativa requerida a fin de acreditar lo alegado. Tampoco encuentra el despacho que oficiosamente deba declararse la prescripción extintiva. Por lo tanto, esta excepción será declarada no probada.

Además de la excepción de prescripción, 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.

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.

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."*¹

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"*². (Subraya el Despacho)

Finalmente, propone la excepción genérica a fin de solicitar al despacho declarar las demás excepciones que se encuentren probadas en el proceso.

Por las razones expuestas, procede el Despacho a resolver el fondo del asunto atendiendo los cargos de la demanda y los argumentos de defensa planteados a manera de excepciones.

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. 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.

3.2. DEVOLUCIÓN DE LAS COTIZACIONES ERRADAS

Por efectos prácticos y metodológicos, procede el despacho a resolver conjuntamente los cargos primero, segundo y tercero de la demanda, pues todos ellos dependen del estudio del procedimiento administrativo vigente al momento de los hechos, en lo concerniente a 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 dos ciudadanos.

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 lo integran, a fin de proveer una cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, en aras de lograr el bienestar individual y 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 además en calidad de delegatarias de las entidades administradoras - hoy ADRES³-, también fungen como entes recaudadores de los aportes

³ 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.

que sus afiliados del régimen contributivo efectúan en materia de salud al Sistema⁴.

Este recaudo es, entonces, una de sus obligaciones legales y sobre el mismo, tal como se ve de la norma transcrita al pie, se efectúa una compensación de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización-UPC, en tanto valores destinados a la financiación del cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS. En virtud de la misma disposición y en concordancia con el artículo 220 ibídem, la diferencia resultante entre el recaudo por cotizaciones y el valor correspondiente a las UPC, habrá de ser girada al Fosyga⁵.

Tal facultad de recaudo y giro se explica debido a la naturaleza contributiva de los aportes en materia de salud, ya que, en virtud 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, el cual, con fundamento en el principio de solidaridad, debe tender al aumento de la cobertura⁶.

A este respecto, la Corte Constitucional⁷ 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, 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

⁴ 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 Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley."

⁵ ARTÍCULO 220. FINANCIACIÓN DE LA SUBCUENTA DE COMPENSACIÓN. Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitalización - UPC - que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitalización reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas.

PARÁGRAFO. La Superintendencia Nacional de Salud realizará el control posterior de las sumas declaradas y tendrá la facultad de imponer las multas que defina el respectivo reglamento (Destacado del Juzgado).

⁶ ARTÍCULO 9o. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

⁷ 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.

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 (hoy Adres). 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. 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 aportantes⁸.

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 reglamentaria⁹, 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*¹⁰, una de las subcuentas que componen el Fondo es la subcuenta de compensación, 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 parágrafo del artículo 1, se definió la compensación como e/

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ ARTICULO 2o. ESTRUCTURA DEL FOSYGA. El FOSYGA tendrá las siguientes subcuentas:

a. De compensación interna del régimen contributivo.

[...]

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 norma¹¹, 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.

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

¹¹ Artículo 4º. Declaración de giro y compensación. Las Entidades Promotoras de Salud y en general todas aquellas entidades que recaudan cotizaciones que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán presentar la declaración de giro y compensación, independientemente de su condición de superávit o déficit, sujetándose a las siguientes reglas:

1. La declaración se diligenciará y entregará a la entidad fiduciaria que administra los recursos del Fosyga en los formularios y anexos determinados por el Ministerio de Salud. La entrega debe hacerse por el medio de transmisión de datos definida por la Dirección General de Gestión Financiera del Ministerio de Salud.
[...]

4. Las Entidades Promotoras de Salud o aquellas entidades obligadas a presentar la declaración de giro y compensación recibirán el valor de la UPC por aquellos afiliados con su grupo familiar, que hayan pagado en forma íntegra la cotización. [...]

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 2014¹². Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.

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

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

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

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

Como se ve, 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, en este caso 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.

¹² 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).

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.

Lo dicho hasta aquí permite advertir 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 Estado¹³.

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 proscribe 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

¹³ Ver página 139 del Expediente digitalizado.

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, debe además 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*¹⁴; 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:

“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

¹⁴ Sentencia T-796 de 2006

asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan el ejercicio pleno de los derechos de sus administrados¹⁵.

Con fundamento en ello, concluye el Despacho censurando la decisión de COLPENSIONES, consistente en imponerse sobre los procedimientos de devolución a los que se encuentran sometidos los aportantes como miembros del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues constituyó un proceder violatorio de las formas propias del procedimiento, que redundaba 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 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 estatales¹⁶.

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.

- Proceso 11001333704220180004200

3.3. FUNCIONARIO INCOMPETENTE

En el Cargo Cuarto de nulidad presentado en este proceso, se cuestiona que el funcionario que expidió la Resolución DIR 4226 de abril 26 de 2017, al no ser superior funcional de quien emanó la Resolución No. GNR 217079 del 25 de julio de 2016, carecía de competencia para

¹⁵ Corte constitucional, Sentencia C-980 de 2010.

¹⁶ 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..

resolver el recurso de apelación contra el acto que ordenó el reintegro de los aportes.

Para resolver, se recuerda que conforme al artículo 74 del CPACA, por regla general, contra los actos que definen una actuación administrativa procede, además del de reposición, el recurso de apelación, con el fin de que la autoridad inmediatamente superior, administrativa o funcionalmente, del funcionario que expidió el acto definitivo, lo aclare, modifique, adicione o revoque.

En este caso, se observa que la Resolución No. GNR 217079 del 25 de julio de 2016 fue expedida por parte de la señora Andrea Marcela Rincón Caicedo, en calidad de Profesional Master con funciones asignadas de Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES.

Conforme a la estructura funcional y orgánica de aquella entidad para la época en la que fue tanto presentado como resuelto el recurso de apelación en cuestión, contenida en la Resolución 03 de enero 13 de 2012 y sus modificaciones vigentes a la fecha de presentación del recurso, el superior inmediato del Gerente Nacional de Reconocimiento era el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones; igualmente, de conformidad con la Resolución 524 de noviembre de 2015, mediante la que se modificó el Manual Específico de Funciones y de Competencias de los cargos de la Planta de Personal de Trabajadores Oficiales de COLPENSIONES, citada se observa que aquel Vicepresidente, entre otras, ostentaba expresamente la función de *"Suscribir en segunda instancia los recursos que se interpongan contra los actos administrativos que niegan o reconocen prestaciones económicas y de revocatoria directa, expedidos por la Gerencia de Reconocimiento(...)"*.

Sin embargo, ya con posterioridad a la expedición del Decreto 309 de 2017, *"Por el cual se modifica la estructura de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)"*, se suprimió la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones, y se creó, entre otras, la de Operaciones del Régimen de Prima Media. A esta última, mediante Resolución 131 de marzo 1 de 2017 que adoptó un nuevo Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los cargos de Trabajadores Oficiales de la Planta de personal de COLPENSIONES, fue asignada la Gerencia de Determinación de Derechos, a la que a su vez se encuentra adscrita la Dirección de Prestaciones Económicas. En dicho

Manual de funciones, no se determinó que a ninguna otra dependencia, le correspondiera resolver en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos en contra de actos administrativos proferidos por la antigua Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones.

Por el contrario, se estableció que al Director de Prestaciones Económicas le corresponde, entre otras, "*Resolver y suscribir los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos proferidos por los subdirectores a su cargo*", dentro de los que se encuentra el Subdirector de Determinación, a quien le corresponde proferir y suscribir los actos administrativos que necesarios para hacer efectivo el reconocimiento de Prestaciones Económicas.

De lo anterior, en principio se observa que, para el 26 de abril de 2-10, la fecha de expedición de la Resolución DIR 4226 de 2017, que resolvió la Resolución No. GNR 217079 del 25 de julio de 2016, la Directora de Prestaciones Económicas no ostentaba competencia expresa para resolver en segunda instancia sobre el recurso de apelación presentado en contra de la antigua Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones.

Sin embargo, debe advertirse que esa competencia tampoco fue asignada a ningún funcionario de la entidad. Por tal razón, comprende el despacho que, para determinar a qué autoridad le correspondía resolver el recurso interpuesto, se deben armonizar desde la perspectiva funcional las estructuras orgánicas o administrativas de COLPENSIONES antes y después de la expedición del Decreto 309 de 2017.

Así, se recuerda que, bajo la estructura anterior prevista en la Resolución 524 de 2015, le correspondía al Gerente Nacional de Reconocimiento proferir los actos administrativos relacionados con el reconocimiento de prestaciones sociales, y al Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones, resolver en segunda instancia los recursos que se interpongan contra los actos administrativos relativos a dichas prestaciones económicas expedidos por la Gerencia Nacional de Reconocimiento. Por su parte, bajo la nueva estructura, según la Resolución 131 de marzo 1 de 2017, la expedición de los actos de reconocimiento de prestaciones le corresponde al Subdirector de

Determinación, y al Director de Prestaciones Económicas desatar los recursos de apelación interpuestos contra los actos de reconocimiento del Subdirector en mención.

De ahí, encuentra el despacho que, (i) al haberse trasladado al Subdirector de Determinación la función de expedir los actos administrativos que antes eran expedidos por el Gerente Nacional de Reconocimiento; (ii) al haberse suprimido la función de desatar recursos en contra de esos actos, que antes radicaba en la de Beneficios y Prestaciones recursos dicha Gerencia; y (iii) al haberse establecido que al Director de Prestaciones Económicas le corresponde la función de resolver los recursos interpuestos en contra de los actos del Subdirector de Determinación; analógicamente es dable considerar que sí era procedente que la señora Directora de Prestaciones Económicas resolviera el recurso de reconsideración presentado, pues en todo caso aquella era el superior funcional inmediato del funcionario en a quien se le traslado la competencia de proferir los actos administrativos del tipo de aquel que fue recurrido y ahora demandado. Por tales razones, no se considera prosperó el cargo de nulidad analizado.

3.4. 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, y que cancele cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por el valor que se ordenó reintegrar mediante los actos administrativos anulados.

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 su sostenibilidad financiera, porque la deja desprovista de herramientas jurídicas para recuperar el dinero, sino que además fue derogado por la Ley 1873 de 2017.

Para resolver, debe recordarse que a través de los actos demandados se ordenó el reintegro de contribuciones parafiscales correspondientes a los periodos de agosto de 2013 (R. 2018-054) y marzo y abril de 2014 (R. 2018-042); a su vez, que la Ley 1873 de 2017 entró en vigencia a partir del 20 de diciembre de 2017, operando el principio de irretroactividad de la ley en materia tributaria, consagrado constitucionalmente en el artículo 363 de la Carta. De este modo, es palmario que no resulta aplicable la norma alegada por COLPENSIONES pues para la época de los hechos no se encontraba vigente.

Corresponde también traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, Subsección "A", en el que señaló que, aunque en el artículo 119 de la Ley 1873 de 2017 se facultó a las Administradoras del Régimen de Prima Media para solicitar en cualquier tiempo la devolución de cotizaciones correspondientes a personas fallecidas, o que administrativa o judicialmente sean declaradas improcedentes, tal disposición normativa no puede aplicarse para los casos en los que se discute el reintegro de aportes realizados antes de su entrada en vigencia¹⁷.

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

Considera el Despacho que es necesario revisar la postura que sobre el tema de las costas había adoptado en procesos anteriores, a la luz de los razonamientos expuestos sobre el tema por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁸, así como en las sentencias del Consejo de Estado que recientemente se refieren a este punto.

Sea lo primero establecer que a la luz del artículo 188 del CPACA,

¹⁷ 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.

¹⁸ Como en la sentencia del 15 de abril de 2021 de la Sección Cuarta-Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, emitida en el proceso 110013337042201800059-01, con ponencia de la magistrada Gloria Isabel Cáceres Martínez.

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 liquidación¹⁹.

Partiendo de lo anterior, es dable considerar que el régimen procesal vigente prevé un enfoque objetivo de la condena en costas²⁰, 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 las costas. Luego, se condenará 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 actuación²¹.

Sobre el particular, atendiendo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013²², 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 ley²³.

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 Prescripción, por lo considerado en la parte motiva.

¹⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

²⁰ Artículo 365 del Código General del Proceso.

²¹ 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, Radicado: 73001233300020130000501 (20801), C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia

²² Corte Constitucional, sentencia C-157/2013. M.P.: Mauricio González Cuervo.

²³ 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. GNR 217079 del 25 de julio de 2016, DIR 4226 del 26 de abril de 2017 (Proceso 11001333704220180004200), y SUB 65210 del 15 de mayo de 2017, y DIR 12322 del 03 de agosto de 2017 (Proceso 11001333704220180005400), expedidas por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a COLPENSIONES abstenerse ejecutar a la demandante por las ordenes de reintegro contenidas en los actos administrativos demandados, y que cancele cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por el valor que se ordenó reintegrar mediante los actos administrativos anulados en el numeral precedente, 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. TRÁMITES VIRTUALES: Todo memorial, solicitud, prueba, recurso, y en general toda comunicación dirigida a este proceso, debe ser enviada por los canales virtuales. Para este efecto se ha dispuesto el buzón de correo electrónico correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

En cumplimiento del deber procesal impuesto en los artículos 83 numeral 14 del Código General del Proceso y 1 y 3 del Decreto 806 de 2020 las partes deben enviar todo memorial, solicitud, prueba, recurso, y en general toda comunicación dirigida a este proceso no sólo al Despacho, también a las demás partes mediante los correos electrónicos que se informan:

notificaciones@famisanar.com.co

lmorenoo@famisanar.com.co

RADICADO: 11001333704220180004200 y 11001333704220180005400
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PARTES: FAMISANAR VS COLPENSIONES
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

lquinchanegua@famisanar.com.co

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

pguevara.conciliatus@gmail.com

cjaramillo.conciliatus@gmail.com

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.

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

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: **6b27fc57f2808f7234d19a3d454fa8cf19e65ee412f2f7723ef5e000a277cea9**

Documento generado en 15/12/2021 04:33:14 PM

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