

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA
SUBSECCIÓN A**

Bogotá, D. C., cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente: **LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO**

Expediente n.º	110013337-039-2018-00076-01
Demandante	FAMISANAR EPS
Demandado	COLPENSIONES
Asunto	APORTES EN SALUD

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹, contra la sentencia del 19 de junio de 2019², proferida por el Juzgado 39 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, adscrito a la Sección Cuarta, mediante la cual declaró la nulidad de las Resoluciones GNR 407977 de 15 de diciembre de 2015.

LA DEMANDA

PRETENSIONES

La parte actora solicitó declarar la nulidad de la Resolución n.º GNR 407977 de 15 de diciembre de 2015 y Resolución DIR 7566 de 7 de junio de 2017, por medio de la cual se ordenó reintegrar la suma de \$399.900, que corresponde al periodo de noviembre de 2013, hechos por aportes al pagador al subsistema de pensión concedida al señor Jorge Eduardo Galvis Calixto.

¹ Folio 144 a 155 del cuaderno físico.

² Folio 120 a 135 del cuaderno físico.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente (Folio 3):

Se restablezca el derecho de EPS FAMISANAR S.A.S consistente en revocar la obligación de reintegrar la suma de dinero por concepto de descuentos en salud dentro de la afiliación del señor JORGE EDUARDO GALVIS CALIXTO, por valor de \$399.900.

Que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, cancelar cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por el valor que se inició reintegrar mediante los actos aquí demandados.

Que se orden dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante señaló que los actos administrativos cuya nulidad pretende violan los artículos 29 de la Constitución Política de Colombia, artículos 3, 66, 72 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

De la lectura de la demanda se puede extraer como concepto de violación lo siguiente³:

Falsa motivación de los actos administrativos, esto es la Resolución GNR 407977 de fecha 15 de diciembre de 2015 y la Resolución 7566 de 7 de junio de 2017

Sostiene que la falsa de motivación se configura porque los dineros que se pretenden cobrar no reposan en poder de FAMISANAR, circunstancia que se expuso en el recurso de reposición y que no fue no tenido en cuenta al resolverse el mismo, en tanto, Colpensiones solo se fundamentó en un concepto jurídico de la Gerencia Nacional de Doctrina y Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General sobre la *“devolución de aportes cotizados indebidamente al Sistema General en Salud”* el cual no tiene fuerza vinculante.

Adicionalmente, pone de presente que en las Resoluciones se hace una interpretación errada de lo establecido en el Decreto 4023 de 2011, pues resalta que dicha disposición indica que la devolución de aportes debe hacerse dentro de

³ Folios 9-19 del cuaderno físico.

los 12 meses siguientes a la fecha de pago, término que fue desconocido por Colpensiones, perdiendo competencia para gestionar de manera directa la devolución de aportes.

Principio de legalidad en la expedición de actos administrativos

Precisó la demandante que en el caso bajo estudio no se discuten los elementos de existencia ni de esencia del acto administrativo, sino de los requisitos de validez y eficiencia del mismo.

Frente al requisito de validez, indica que la Resolución primigenia carece de lo mismo por cuanto se exige la devolución de unas sumas de dinero que no están en su poder, sino en el ADRES, lo que genera una falta de legalidad sustancial.

Frente a la Resolución DIR 7566 de 2017, sostuvo que incumple con el requisito de eficacia pues el acto administrativo fue proferido sin que se hubiese notificado la Resolución SUB 54571 de 2017, en la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución GNR 407977, hecho que por demás comporta una vulneración al debido proceso.

Expedición del acto administrativo por funcionario incompetente

Expone que con relación al funcionario público que resolvió el recurso de apelación, se configura la falta de competencia en tanto, un director de departamento no es superior jerárquico de un gerente nacional.

Cobro de lo no debido

Sostiene que teniendo en cuenta que una vez la EPS recibe el aporte correspondiente a la cotización, este surte el proceso de compensación establecido en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, siendo claro que la EPS no se apropia del valor total de cotización, motivo por el cual el pretender que EPS FAMISANAR realice la devolución por COLPENSIONES constituye un fallo de lo no debido.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Comenta que al no existir ningún incumplimiento de las obligaciones propios de la EPS y que teniendo en cuenta que los actos no se encuentran fundamentados en ninguna norma, alega una falta de legitimación para pagar lo cobrado.

LA OPOSICIÓN

COLPENSIONES indicó que se opone a las pretensiones de la sociedad demandante, así como a la condena en costas⁴, como fundamento de defensa interpuso excepciones de fondo denominadas: *“inexistencia del derecho reclamado”* *“buena fe”* y *“genérica o innominada”*.

En síntesis, explicó que las Resoluciones expedidas por la entidad demandada se ajustan al ordenamiento jurídico, por cuanto el artículo 128 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, determinan que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, de manera que no le asiste derecho a la entidad promotora FAMISANAR de recibir doble pago por concepto de aportes en salud de sus afiliados, dado que éste pago constituye un detrimento del patrimonio del Estado.

Arguyó que ordenó a FAMISANAR, la devolución de aportes, porque se presentó una doble asignación por parte del tesoro público, consistente en la retribución salarial como servidora pública y/o trabajadora oficial afiliada y la mesada pensional, circunstancia que generó un doble pago por concepto de salud por parte a la EPS, en la medida en que se le consignaron aportes por cada empleador y los obligatorios derivados de la pensión de vejez reconocida por la entidad demandada.

INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)

ADRES como entidad vinculada al proceso como extremo activo en auto de fecha 11 de mayo de 2018 -f. 58- aseveró en síntesis que los descuentos retroactivos por

⁴ Folios 73-79 del cuaderno físico.

concepto de salud son legales, y son retenciones que se encuentran ligadas con los principios de universalidad, solidaridad y que atienden a garantizar la prestación de los servicios de salud del sistema general de la seguridad social, pero que tienen un trámite especial para su reintegro.

Precisa que en el caso, se está solicitando la nulidad de unos actos administrativos que no fueron notificados al ADRES y por tanto, no tuvo la oportunidad de presentar recursos. Así pues, indica que no tiene obligación de asumir responsabilidades de entidades diferentes a ella.

Sostiene que no hay lugar a realizar devolución alguna a favor de COLPENSIONES, por cuanto lo descontado es un pago obligatorio que de haber sido errado tiene un trámite prevalente y especial según el cual la EPS después de realizar el análisis respectivo de procedencia o improcedencia de la devolución, resulta ser esta la competente para solicitar en el término de 12 meses la misma, de lo contrario, normativamente se da una destinación a los recursos que ingresaron sin que sean susceptibles de devolución alguna.

Así pues, afirma que ni el ADRES ni la EPS deben a COLPENSIONES lo reclamado.

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado 39 Administrativo de Bogotá en sentencia de 19 de junio de 2019, decidió declarar la nulidad de las Resoluciones GNR 407977 de 5 de diciembre de 2015 y DIR 7566 de 7 de junio de 2017, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a COLPENSIONES abstenerse de iniciar o continuar cualquier tipo de acción ejecutiva contra EPS FAMISANAR, para el cobro de las obligaciones contenidas en los actos declarados nulos⁵. El *a quo* no condenó en costas.

En sustento, el juez sostuvo que al confrontar los hechos probados (meses objeto de devolución y notificación de los actos demandados) con el plazo de los doce meses para solicitar a la EPS la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente, según lo previsto en el artículo 12 del Decreto 4023, estableció que COLPENSIONES omitió iniciar dentro del término legal, el procedimiento

⁵ Folios 120 a 135 del cuaderno físico.

establecido para reclamar el reintegro de las citadas cotizaciones, respecto de Jorge Eduardo Galvis Calixto, máxime cuando se evidenció que erró en realizar el pago del citado aporte.

Advirtió que la demandada mediante los actos demandados buscó recuperar un pago indebido que realizó, sin embargo, su actuación fue extemporánea sin acudir a los procedimientos aplicables a todos los responsables de hacer aportes al sistema de salud, sean trabajadores, empleadores, fondos privados de pensiones o administradores de pensiones en los casos en que efectúen pagos errados.

Resaltó que el artículo 3° del Decreto 1281 de 2002 permite solicitar el reintegro de los aportes indebidamente realizados; sin embargo, dicho procedimiento es inaplicable al caso, en tanto, la norma propende por la adecuada y oportuna aplicación de los recursos del sistema de salud, con énfasis en la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del sector salud, se presten en forma adecuada y oportuna, pero no, a la devolución de dobles aportes al sistema de salud.

En suma, sostuvo el *a quo* que con la expedición de los actos demandados se vulneró el debido proceso establecido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1° del Decreto 674 de 2014.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación solicitando revocar la sentencia proferida por el Juzgado 39 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá⁶. En síntesis, sustentó así el recurso de apelación:

Manifestó que emitió los actos administrativos demandados, dado que se presentó una doble asignación por parte del tesoro público, consistente en la retribución salarial como servidores públicos y la mesada pensional, en virtud de las pensión de vejez reconocida por parte de la entidad, lo que generó un doble pago por concepto de aportes en salud a favor de FAMISANAR EPS, por lo tanto dicha

⁶ Folios 144-159 del cuaderno físico.

entidad recibió los aportes provenientes de cada empleador, así como los aportes obligatorios derivados de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.

Adujo que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, no señaló la forma que debe tomar la solicitud de devolución de aportes, y si bien es cierto cada EPS ha desarrollado trámites administrativos y formularios pertinentes para que los usuarios puedan presentar de forma ágil la petición, la norma no indica, por un lado que se daba cumplir con un procedimiento administrativo previo a la solicitud, como se acusa a COLPENSIONES de haberlo omitido, por cuanto a partir de la petición la EPS tiene la facultad de determinar la viabilidad del reintegro, quedando subsumido el proceso a etapa posterior al requerimiento, y porque no indica que el aportante deba expresar la petición en determinados márgenes lingüísticos, sino que indica que en el evento que el aportante solicite la devolución la EPS seguirá los pasos allí descritos.

Señaló que no es cierto que la norma en cita permita un trámite administrativo entre los aportantes y el FOSYGA, sino que expresamente determina que para casos de devolución de aportes el aportante se debe dirigir directamente a la EPS, quien a través de un procedimiento reglado determinará la viabilidad de las devoluciones y actuará como intermediario entre el solicitante y el FOSYGA; además el término de 12 meses para la procedencia de la solicitud fue derogado por la Ley 1873 de 2017, norma que a pesar de no expresar una derogatoria expresa al ser posterior prevalece sobre el Decreto 4023 de 2011, como así lo ordena el artículo 2º de la Ley 153 de 1887, sino que además ratifica la competencia de COLPENSIONES de exigir la devolución de los aportes que se hubieran efectuado a las EPS, siempre que se determine administrativa o judicialmente la improcedencia de los mismos, condición que no fue desvirtuada por la demandante, entidad que no desconoce la inconstitucionalidad de los aportes efectuados.

Finalmente, con el recurso de apelación solicitó la vinculación del ADRES, en tanto adujo que tal entidad desempeña las funciones del FOSYGA y porque eventualmente, podía ser responsable de la devolución de aportes, precisando que en el fallo de primera instancia se hizo alusión a tal ente de manera reiterada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión, la entidad demandante⁷ insistió en los argumentos expuestos en la demanda. Solicita se confirme la sentencia de primera instancia pues existen elementos de juicio que permiten confirmar la expedición irregular de los actos demandados y su falsa motivación, además, afirma que Colpensiones no puede beneficiarse de su propio error, el cual ni siquiera fue subsanado dentro de los términos y condiciones previstos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por su parte, la entidad demandada, reiteró los argumentos expuestos en contestación de demanda y en el recurso de apelación⁸.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público a través de correo electrónico solicitó que se nieguen las pretensiones del apelante y en su lugar, se confirme la sentencia apelada, en tanto, COLPENSIOES no agotó los procedimientos señalados en el artículo 12 y 19 del Decreto 4023 de 2011 o del artículo 111 del Decreto 00019 de 2012, para obtener el reintegro de las sumas pagadas demás por concepto de aportes en salud por la pensión del señor Galvis Calixto, circunstancias que comportan una vulneración al debido proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente, en segunda instancia, para conocer de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

⁷ Presentados en medio electrónico.

⁸ Presentados en medio electrónico.

CUESTIÓN PREVIA

Con el recurso de apelación la parte demandada solicitó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social (ADRES), toda vez que esta entidad se encuentra desempeñando las funciones que anteriormente correspondían al Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), por lo que podría evaluarse la responsabilidad que corresponda ante la devolución de las cotizaciones que se encuentran en discusión y los posibles recursos que fueron solicitados mediante los actos administrativos proferidos por la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Al respecto, es pertinente indicar que el artículo 224 del CPACA establece que en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa se podrá solicitar la intervención de coadyuvante, litisconsorte facultativo e interviniente *ad excludendum*, determinando para ello la oportunidad para solicitar la intervención de estos, desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial.

En el presente caso, se evidencia que aun cuando COLPENSIONES no solicitó la vinculación del ADRES ante el juez de primera instancia, FAMISANAR si presentó escrito en ese sentido, lo que conllevó a que por auto de 11 de mayo de 2018, se adicionara el auto admisorio de la demanda para vincular a la citada Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social al presente trámite, de suerte que en esta etapa procesal no corresponde hacer análisis de fondo siendo lo propio rechazar la petición de COLPENSIONES por inoportuna.

PROBLEMA JURÍDICO

El debate jurídico se centra en determinar, conforme los argumentos de apelación formulados por la parte demandada, la legalidad de las Resoluciones GNR 407977 de 15 de diciembre de 2015 y DIR 7566 de 7 de junio de 2017, a través de los cuales se ordenó el recobro de unas sumas de dinero por aportes a salud y se resuelve el recurso de apelación, respectivamente. Adicionalmente, la Sala precisa que si bien la Resolución SUB 54571 de 8 de mayo de 2017, no fue objeto de demanda, en virtud del artículo 163 del CPACA se entenderá que dicho acto también fue demandando y por tanto, se analizará su legalidad.

En concreto, se deberá establecer: (i) si para el recobro de aportes a la seguridad social en salud se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1873 de 2017; (ii) si el procedimiento adelantado por Colpensiones para obtener el reintegro de unos mayores aportes en salud, atendió los presupuestos legales dispuestos en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, conforme lo analizó el *a quo*.

Son **hechos probados** en el expediente conforme el cuaderno de antecedentes administrativos contenidos en disco compacto, los siguientes:

1.- El 07 de octubre de 2013, mediante Resolución GNR 249874 COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez a Jorge Eduardo Galvis Calixto a partir del 1 de diciembre de 2013 y mediante Resolución 94619 de 27 de marzo de 2015, se reliquidó la pensión previamente reconocida.

2.- El 15 de diciembre de 2015, el gerente Nacional de Reconocimiento (E) de COLPENSIONES, profirió la Resolución GNR 407977 por la cual ordenó a la EPS FAMISANAR y/o FOSYGA la devolución de la suma de \$399.900 correspondientes a la cotización en salud de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2013, hechas por la entidad en calidad de pagador de la pensión de vejez concedida al señor Jorge Eduardo. El acto se notificó el 7 de diciembre de 2017.

3.- El 25 de abril de 2017, bajo el radicado n.º 2017-4133225 la EPS FAMISANAR presentó recurso de reposición y en subsidio apelación.

4.- A través de Resolución DIR 7566 de 7 de junio de 2016, notificada el 5 de octubre de 2017, el director de Prestaciones Económicas de COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación confirmando los artículos referentes a la EPS.

El *a quo* dejó constancia que aunque a través de Resolución SUB 54571 de 8 de mayo de 2017, se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la totalidad de la Resolución GNR 407977 de 2017, tal acto no fue notificado a la EPS demandante, afirmación que esta Subsección precisa, no fue controvertida por COLPENSIONES ni constituye cargo de nulidad propuesto por la Promotora de Salud.

Determinados los hechos probados, la Sala procede a desatar el problema jurídico planteado, conforme los argumentos de apelación expuestos por la parte demandada y que fueron determinados así:

(i) Si para el recobro de aportes a la seguridad social en salud se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1873 de 2017

Con ocasión del recurso de apelación, la entidad demandada considera que en el presente caso se debe tener en cuenta el artículo 119 de la Ley 1873 de 2017, al tratarse de un recobro de aportes a la seguridad social en salud.

Al respecto el artículo 119 de la Ley 1873 de 2017, por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2018, estableció:

“Artículo 119. Devolución de aportes pertenecientes al sistema general de pensiones. Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida **podrán solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que hubiesen transferido a las Empresas Promotoras de Salud y/o al Ministerio de Salud y Protección Social, por concepto de aportes de personas fallecidas o que se determine administrativamente o judicialmente que no era procedente el giro de estos aportes.**

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

La norma en cita permite que el fondo de pensión en calidad de aportante que haya establecido, en sede administrativa o judicial, la improcedencia de algún pago de la cotización efectuado a una EPS, pueda solicitar la devolución del aporte en cualquier tiempo, disposición que resulta clara y cuya vigencia representó una derogatoria tácita del término de 12 meses para solicitar la devolución del aporte indebidamente realizado que se establecía en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011; pues al tratarse de una norma posterior expedida en el año 2017, prevalece sobre la anterior, que en este caso, es la del año 2011.

De lo anterior se advierte que desde el 1º de enero de 2018, fecha a partir de la cual entró en vigencia la Ley 1873 de 2017⁹, las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida pueden solicitar la devolución de los pagos efectuados de manera errónea al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin

⁹ ARTÍCULO 144. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2018.

atención a un plazo perentorio especial; no obstante, no se puede desconocer que la nueva disposición entró en vigencia de manera posterior a la expedición de los actos demandados¹⁰, y no puede perderse de vista que los aportes objeto de reintegro de este asunto fueron en períodos correspondientes a la vigencia 2013.

En ese orden, para la Sala la norma procesal aplicable en el caso concreto, contrario a lo manifestado por la entidad apelante, corresponde al contenido del Decreto 4023 de 2011, toda vez que la Ley 1873 de 2017, para el momento en que se generó el pago objeto de orden de reintegro, no había sido expedida.

Al respecto, es pertinente recordar las reglas establecidas sobre la aplicación de la norma en el tiempo, determinadas en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887¹¹, en la que textualmente se indicó:

“Art. 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación” (Negritas fuera de texto).

Asimismo, se destaca que las leyes que fijan nuevas disposiciones procesales tienen aplicación inmediata, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua¹², lo cual armoniza con el derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Por lo anterior, la Sala no comparte lo pretendido por Colpensiones, en el sentido que en el presente caso es aplicable una norma que entró en vigencia con posterioridad a los hechos que originaron los actos demandados, habida cuenta que se desconocería el principio de irretroactividad de la ley y el del debido proceso de la demandante. **Por lo que el argumento de apelación no prospera.**

(ii) Si el procedimiento adelantado por Colpensiones para obtener el reintegro de unos mayores aportes en salud, atendió los presupuestos legales dispuestos en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, conforme lo analizó el a quo

¹⁰ Actos acusados expedidos entre los años 2015 y 2016

¹¹ Modificado por el art. 624 de la L. 1564 de 2012.

¹² Sentencia Corte Constitucional C-619/2001 del 14 de junio de 2001. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Previo a descender en el análisis del argumento de apelación, la Sala considera pertinente precisar que a través de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de las personas para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten; por lo tanto, el SSSI, inicialmente estaba conformado por los regímenes generales para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios¹³.

En relación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el legislador dispuso que todo colombiano debía participar en el servicio esencial de salud en su condición de afiliado, bien sea a través del régimen contributivo o subsidiado; dentro del primer grupo se encuentran como cotizantes, las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados, entre otros¹⁴.

Además respecto los cotizantes (afiliados), la Ley 100 de 1993 también determinó que el subsistema de salud estaría integrado por la Entidades Promotoras de Salud –EPS, el FOSYGA¹⁵, los aportantes y las Entidades Obligadas a Compensar –EOC; para lo cual se definió a cada una de éstas diferentes competencias y procedimientos obligatorios que deben ser atendidos para asegurar los principios de solidaridad, integralidad, eficiencia y universalidad; lo cual se expresó de forma textual en las siguientes normas:

“Artículo 178. Funciones de las entidades promotoras de salud. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

¹³ ARTÍCULO 8. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.

¹⁴ ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

¹⁵ Se advierte con la expedición del 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” se creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- que entró a desempeñar y desarrollar todas las funciones que le correspondían al FOSYGA, Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)

4. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios (...)"

“Artículo 182. De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. (...)

Parágrafo 1o. Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad”.

“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 B 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”. (Subrayado fuera de texto).

De la normativa referida, es posible interpretar que, en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud, es función de las Entidades Promotoras de Salud – EPS recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados por encargo del FOSYGA, así como la de girar a dicho fondo las cotizaciones y la diferencia entre los ingresos por aportes de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación (UPC).

Por su parte el Decreto 4023 de 2011, reglamentó el funcionamiento, control y seguimiento del recaudo de los aportes del Régimen Contributivo del Sistema

General de Seguridad Social en las cuentas maestras de compensación interna del FOSYGA, normatividad que en su artículo 12 determinó el trámite para la devolución de las cotizaciones en salud que erróneamente sean efectuadas por los aportantes, en los siguientes términos:

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

De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al FOSYGA por la EPS o la EOC en la fecha establecida para el proceso de corrección de que trata el artículo 19 del presente decreto.¹⁶

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

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

Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes 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”. (subrayado fuera de texto).

La norma en cita fue modificada a través del artículo 1º del Decreto 674 de 2014¹⁷y, posteriormente compilada en el artículo 2.6.1.1.2.2 del Decreto 780 de 2016, estableciendo:

“Artículo 1º. Modifícase el artículo 12 del Decreto número 4023 de 2011, el cual quedará, así:

¹⁶ Artículo 19. *Proceso de corrección.* Las correcciones del proceso de compensación definido en el presente decreto, se presentarán por las EPS o por las EOC, el último día hábil de la tercera semana del mes y procederán únicamente sobre los registros aprobados que se requieran corregir. Una vez aceptado el proceso de corrección, la información se sustituirá y en consecuencia, se podrá ajustar el resultado de la compensación.

Los montos a favor del FOSYGA o de las EPS y las EOC que resulten del proceso de corrección y el reconocimiento de recursos a que hubiere lugar, se determinarán de acuerdo con los procedimientos establecidos en este decreto.

Las EPS y las EOC, tendrán un plazo máximo de seis (6) meses para solicitar corrección de registros compensados, salvo en los casos en que la corrección se cause por efecto de ajustes en los pagos de aporte a través de PILA o por orden judicial.

¹⁷ Que entró a regir a partir de su publicación, efectuada en Diario Oficial. Año CXLIX. N. 49111. 2, ABRIL, 2014. PÁG. 17.

“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”.

Conforme la norma en cita, para la Sala¹⁸ es claro que existe un procedimiento para la devolución de las cotizaciones que por error hayan sido consignadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, trámite en el cual se pueden destacar las siguientes etapas: (i) realizar una solicitud ante la EPS o EOC a la cual el aportante hubiese realizado el pago que se busca obtener en devolución, dentro de los 12 meses siguientes al pago errado que se reclama; (ii) recibida la solicitud la EPS determina la posibilidad de devolución; (iii) de ser procedente la solicitud, la EPS realizará la solicitud formal ante el FOSYGA con el detalle de las cotizaciones, transferencias y demás información requerida para individualizar los dineros y su origen, ello, en las fechas establecidas para ese efecto (último día hábil de la tercera semana del mes); (iv) 24 horas después de la solicitud, el FOSYGA genera los resultados del análisis de la petición; y (vi) en caso de ser afirmativa la decisión de devolución, la EPS procede al giro inmediato de los recursos al aportante.

¹⁸ Es tesis reiterada de esta Sala de Decisión como puede verse entre otras en la sentencia de 23 de septiembre de 2021, proferida dentro del proceso n.º **11001-33-37-041-2018-00136-01 MP Gloria Isabel Cáceres Martínez**.

Como se observa, el procedimiento inicia con la solicitud efectuada por el aportante a la EPS dentro del término fijado, luego la entidad prestadora de salud determina la pertinencia del reintegro y directamente el reembolso ante el FOSYGA, pues es el fondo a quien las empresas giran las cotizaciones, sin quedarse con los dineros en su poder, en razón a que su retribución del Sistema de Seguridad Social en Salud ocurre mediante la compensación con las cuentas maestras que el FOSYGA administra, esto con una periodicidad mensual.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar quiénes deben entenderse incluidos en la categoría de “*aportante*”, lo cual fue previsto en el artículo 1º del Decreto 1406 de 1999, actualmente compilado en el Decreto 780 de 2016, así:

“Disposiciones generales de la afiliación y autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social integral

Artículo 3.2.1.1 Definiciones. Para efectos de lo dispuesto en el presente Título, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

1. Aportante: es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el Sistema y para uno o más afiliados al mismo.

Cuando en este Título se utilice la expresión «aportantes», se entenderá que se hace referencia a las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, a las entidades promotoras de salud, administradoras de pensiones o riesgos laborales obligadas a realizar aportes correspondientes al Sistema, a los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS, y a los trabajadores independientes que se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral” (...). (subrayado fuera de texto).

Igualmente se destaca que los fondos administradores de pensiones están obligados a efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, ya que son las encargadas de descontar la cotización para salud y transferirla a la EPS a la cual esté afiliado el pensionado en salud, lo cual fue establecido en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, norma que textualmente indica:

“Artículo 42. Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar.

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud, y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo”. (subrayado fuera de texto)

Del anterior marco normativo se concluye que el afiliado al régimen contributivo en salud es quien cotiza en virtud de un contrato de trabajo, vínculo laboral o del reconocimiento de la pensión, por lo tanto, la cotización debe ser pagada por el aportante a la EPS elegida por el afiliado, esto es, por parte del empleador al originarse la obligación o por el fondo de pensiones en razón al reconocimiento de la pensión.

En el evento en que el aportante hubiese pagado erróneamente la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, para su reintegro o devolución se debe seguir el procedimiento señalado en el Decreto 4023 de 2011, modificado por el Decreto 674 de 2014.

En ese orden en el caso *sub judice*, Colpensiones mediante los actos acusados ordenó a FAMISANAR EPS la devolución de aportes a salud por el señor Jorge Eduardo Galvis Calixto, pues se incurrió en error al efectuarlas.

Ahora bien, en el fallo de primera instancia se determinó que Colpensiones incurrió en falsa motivación, pues aplicó erróneamente el procedimiento por medio del cual ordenó el reintegro de los referidos aportes respecto de los que efectuó doble pago, pues no se realizó la solicitud de devolución conforme a lo establecido en el Decreto 4023 de 2011, modificado por el Decreto 674 de 2014, lo que conllevó a la vulneración del debido proceso de la demandante.

Con ocasión del recurso de apelación Colpensiones manifestó que la anterior normatividad no estableció un procedimiento reglado para la solicitud de devolución de aportes, afirmando que los actos demandados subrogan dicha solicitud, al cumplir la finalidad prevista en la norma, que es informar a la EPS que se efectuó un pago irregular a título de cotizaciones para salud, durante un periodo determinado, por un afiliado específico.

En primera medida la Sala destaca que los actos acusados no pueden entenderse como la solicitud de devolución de aportes a la que refiere el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, debido a que el contenido normativo de tal disposición, es claro al indicar, que *“de ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS¹⁹ o la EOC²⁰ en la fecha establecida para el proceso de corrección de que trata el artículo 19 del presente decreto”*, situación que en efecto no se llevó a cabo por parte de Colpensiones, por lo que el contenido de los actos administrativos acusados, no puede asimilarse a la solicitud que la aludida norma pretende.

Además, porque del citado artículo, se observa que una vez se hubiera presentado la solicitud, ésta conlleva un procedimiento administrativo el cual debe surtirse ante el Fosyga, para que éste dentro de las 24 horas procese y genere los resultados de la información de esa solicitud de reintegro, y, una vez obtenida esa información, las EPS y las Entidades Obligadas a Cotizar procederán a girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.

Así, no es cierto como indica Colpensiones que no existe una formalidad para cumplir la solicitud de devolución de aportes, en el sentido de expresar que la solicitud a la que alude la norma, puede entenderse realizada con la expedición de los actos demandados, ya que la orden de pago pretendida no contiene un plazo, ni intereses y, además, en sí mismo no es el mandamiento de pago para perseguir esos valores.

En ese orden, la Sala observa que los actos acusados desconocieron el procedimiento establecido en el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, pues se ordenó de forma directa la devolución de los aportes pagados erróneamente,

¹⁹ Entidad Promotora de Salud

²⁰ Entidad Obligada a Cotizar

cerrando así la posibilidad de que el Fosyga procesara y generará los resultados de la información contenida en la solicitud de reintegro.

Asimismo, debe resaltarse frente al requisito del término de doce (12) meses para solicitar dicha devolución de aportes que *“constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley establece para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por aquél, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia”* ²¹.

En ese sentido, el establecimiento de un plazo razonable para pedir el reintegro no constituye *per se* una trasgresión a la regla de destinación de los recursos del Sistema de Seguridad Social o a una desfinanciación del Sistema Pensional, pues es potestad del fondo administrador, en un actuar diligente, pretender la devolución de la cotización pagada, pero con el respeto de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico para la materia.

Así las cosas, la Sala comparte el análisis efectuado por el Juez de Primera Instancia, en cuanto a que en el caso concreto, Colpensiones omitió iniciar dentro del término legal el procedimiento establecido para reclamar el reintegro de los aportes realizados erróneamente respecto del señor Galvis Calixto, pues al cruzar los meses objeto de devolución y la notificación de los actos demandados, con el plazo de los 12 meses para solicitar a la EPS la devolución de cotizaciones pagadas de forma errónea se observa que se superó dicho término. **Por lo que el argumento de apelación no tiene vocación de prosperidad.**

En esos términos lo correspondiente sería confirmar el fallo apelado, sin embargo, la Sala resalta que el fallo de primera instancia declaró la nulidad de los actos acusados, estos son, las Resoluciones GNR 407977 de 15 de diciembre de 2015 y DIR 7566 de 7 de junio de 2017, a través de las cuales se ordenó el reintegro de aportes a salud y se resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión, no obstante, se observa la Resolución GNR 407977 de 15 de diciembre de 2015, contiene determinaciones adicionales a ordenar a FAMISANAR EPS el reintegro de aportes en salud, las cuales no fueron objeto de la demanda de la referencia, y, por ende, respecto a la misma lo procedente era la declaratoria de nulidad parcial.

²¹ Sentencia Corte Constitucional C-012/02 del 23 de enero de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Adicionalmente, como fuere expuesto en el problema jurídico, si bien la resolución SUB 54571 de 8 de mayo de 2017, no fue objeto de demanda, en virtud del artículo 163 del CPACA se entenderá que dicho acto también fue demandando.

Así se modificará el numeral primero del fallo apelado, el cual quedará así:

(-) Declarar nulidad parcial de la Resolución 407977 de 15 de diciembre de 2015, solo en lo que respecta a la orden de reintegro de aportes en salud en contra de FAMISANAR EPS y declarar la nulidad total de las Resoluciones SUB 54571 de 8 de mayo de 2017 y DIR 7566 de 7 de junio de 2017.

(-) Confirmar en lo demás la sentencia proferida el 19 de junio de 2019, por el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá.

- Condena en costas

De conformidad con lo previsto en los artículos 5 y 8 del artículo 365 del CGP, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA y teniendo en cuenta el criterio del Consejo de Estado, según el cual solo procede condena en costas cuando aparezcan causadas y comprobadas,²² la Sala considera que en el presente caso no hay lugar a condena en costas, toda vez que no se encuentran probadas

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de la demandada relativa a que se vincule al ADRES a este proceso, formulada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la cuestión previa de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, proferida el 19 de junio de 2019, por el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá, la cual quedará así:

²² Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 407977 de 15 de diciembre de 2015, solo en lo que respecta a la orden de reintegro de aportes en salud en contra de FAMISANAR EPS y declarar la nulidad total de las Resoluciones SUB 54571 de 8 de mayo de 2017 y DIR 7566 de 7 de junio de 2017, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: No se condena en costas, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: RECONOCER personería jurídica a la abogada Paola Julieth Guevara Olarte como apoderada de COLPENSIONES en los términos de la sustitución de poder allegada con los alegatos de conclusión, lo dispone el artículo 75 del C.G.P.

SEXTO: Conforme a los Acuerdos PCSJA2020-11567 de 5 de junio de 2020 y CSJBTA20-60 de 16 de junio de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, respectivamente, **NOTIFICAR ELECTRÓNICAMENTE** la presente providencia a la apoderada de la parte demandante **Sandra Patricia Pérez Velásquez** al correo electrónico: sperez@famisanar.com.co; a la apoderada de la parte demandada **Paola Julieth Guevara Olarte** al correo electrónico pguevara.conciliatus@gmail.com y notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y al agente del Ministerio Público al correo namartinez@procuraduria.gov.co. A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado al correo electrónico procesosnacionales@defensajuridica.gov.co en los términos del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO: En firme el presente proveído, y hechas las anotaciones correspondientes, remítase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutida y aprobada en la sesión realizada en la fecha.

(Firmado electrónicamente)
LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO

(Firmado electrónicamente)
GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ

(Firmado electrónicamente)
AMPARO NAVARRO LÓPEZ

CONSTANCIA: Esta providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Subsección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.