Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	80549
Elaborada por:	LUISA CAMILA ENRIQUEZ LUNA (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Numero de la solicitud de conciliación extrajudicial:	1500804
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Reparacion Directa
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA (REPARTO)
Valor económico inicial:	$30.076.370,00
Valor económico indexado:	$30.076.370,00
Última actuación:	PRESENTACION DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

Partes del proceso o caso:

Tipo de parte procesal	Tipo de documento	Identificación	Nombre/Razón social	Calidad
ENTIDAD	Número de identificación tributaria	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	CONVOCADO
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	8000894276	COOMEGOP	CONVOCANTE

Hechos:

- LA COOPERATIVA COOMEGOP PARA LAS VIGENCIAS DE ENERO DE 2017 Y DICIEMBRE DE 2018 REALIZÓ APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD CON DESTINO AL SENA Y A LAS EPS QUE SE ILUSTRAN:

EPS VALOR PERIODO VALOR PERIODO

SENA $ 2.726.200 2017 $ 2.415.100 2018

CAFESALUD $ 5.410.018 2017

EMSSANAR $ 1.413.885 2017 $ 2.282.359 2018

MEDIMÁS $ 3.897.054 2017 $ 8.290.328 2018

NUEVA EPS $ 798.384 2017

- EL 23 DE DICIEMBRE DE 2020 LA COOPERATIVA ENVIÓ LOS OFICIOS G 121 Y 122 AL SENA E ICBF RESPECTIVAMENTE SOLICITANDO LA DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS.

- MEDIANTE RESOLUCIÓN N°.1056 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021, EXPEDIDA POR EL ICBF SE ORDENÓ LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO POR UN VALOR TOTAL DE $7.707.300.00.

- POR SU PARTE EL SENA QUE, SURTIDO EL PROCESO DE FISCALIZACIÓN INTEGRAL, PROCEDERÍA A REALIZAR LA DEVOLUCIÓN, NO OBSTANTE, A LA FECHA LA COOPERATIVA NO HA RECIBIDO EL PAGO DE LOS APORTES REALIZADOS.

- EL CONSEJO DE ESTADO, DENTRO DEL PROCESO DE NULIDAD BAJO EL RADICADO N° 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692), DETERMINÓ QUE LAS COOPERATIVAS ESTÁN EXONERADAS DE APORTES A SALUD, SENA E ICBF RESPECTO DE LOS TRABAJADORES QUE DEVENGAN MENOS DE 10 S.M.L.MV.

- EL CONSEJO DE ESTADO, MEDIANTE FALLO DENTRO DEL PROCESO DE NULIDAD BAJO EL RADICADO N° 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692), DECLARÓ LA NULIDAD DE LAS EXPRESIONES “19-4” Y “Y 1.2.1.5.2.1.” DEL ARTÍCULO 1.2.1.5.4.9 DEL DECRETO 1625 DE 2016, SUSTITUIDO POR EL DECRETO 2150 DE 2017.

- EL CONSEJO DE ESTADO DETERMINÓ EN EL FALLO LO SIGUIENTE RESPECTO DE LAS COOPERATIVAS:

“(…) LAS COOPERATIVAS COMO ENTIDADES LEGALMENTE PERTENECIENTES AL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL, NO REQUIEREN LA CALIFICACIÓN PREVISTA EN EL PARÁGRAFO 2 DEL ARTÍCULO 114-1 DEL ET Y, EN ESA MEDIDA, ESCAPAN AL SUPUESTO DE OBLIGATORIEDAD QUE ALLÍ SE ESTABLECE PARA LA REALIZACIÓN DE APORTES PARAFISCALES Y COTIZACIONES; CONSECUENTEMENTE, TALES ENTIDADES ACCEDEN A LA EXENCIÓN LEGAL PREVISTA EN EL INCISO PRIMERO DE DICHA NORMA Y LOS APARTES ACUSADOS SON ILEGALES, EN CUANTO LES PRIVAN DE ESE DERECHO CON EVIDENTE EXCESO EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.”

- LA COOPERATIVA COOMEGOP RADICÓ OFICIOS CONTENTIVOS A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, MEDIANTE LOS CUALES SOLICITA LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES LOS DINEROS PAGADOS DE MANERA INDEBIDA POR CONCEPTO DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES PARAFISCALES CON DESTINO A LAS RESPECTIVAS EPS PARA LOS AÑOS GRAVABLES 2017 A 2018, COMO SE RELACIONA A CONTINUACIÓN:

EPS FECHA DEL OFICIO NÚMERO OFICIO

CAFESALUD LUNES, 18 DE ENERO DE 2021 G002

EMSSANAR JUEVES, 14 DE ENERO DE 2021 G003

MEDIMÁS MARTES, 19 DE ENERO DE 2021 G004

NUEVA EPS JUEVES, 21 DE ENERO DE 2021 G005

- EN ATENCIÓN A ESTOS OFICIOS, LAS CINCO (5) ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD NEGARON LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES A SALUD PAGADOS, POR HABER OMITIDO EL TÉRMINO Y EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DISPUESTO EN LA NORMATIVA.

- EL DÍA 21 DE OCTUBRE DE 2021 COOMEGOP MEDIANTE LOS OFICIOS NUMERADOS G84, 85, 86 Y 89 SOLICITÓ A LA ADRES LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES RELACIONADOS CON LAS EPS.

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	NO RECONOCIMIENTO DE DEVOLUCION DE APORTES ENTRE ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL	

Valor económico del proceso o caso

Pretensiones:

Descripción	Unidad monetaria	Valor
	PESOS	30.076.370,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

- La COOPERATIVA COOMEGOP para las vigencias de enero de 2017 y diciembre de 2018 realizó aportes al sistema de seguridad social en salud con destino al SENA y a las EPS como se ilustra a continuación:

EPS VALOR PERIODO VALOR PERIODO
SENA $ 2.726.200 2017 $ 2.415.100 2018
CAFESALUD $ 5.410.018 2017
EMSSANAR $ 1.413.885 2017 $ 2.282.359 2018

MEDIMÁS $ 3.897.054 2017 $ 8.290.328 2018
NUEVA EPS $ 798.384 2017

- El 23 de diciembre de 2020 la Cooperativa envió los oficios G 121 y 122 al SENA e ICBF respectivamente solicitando la devolución de los pagos.

- Mediante Resolución N.° 1056 de 24 de noviembre de 2021, expedida por el ICBF, se ordenó la devolución del pago de lo no debido por un valor total de $7.707.300.00.

- Por su parte, el SENA informó que, surtido el proceso de fiscalización integral, procedería a realizar la devolución; no obstante, a la fecha la Cooperativa no ha recibido el pago de los aportes realizados.

- La Cooperativa COOMEGOP radicó oficios contentivos a las Entidades Promotoras de Salud, mediante los cuales solicita la devolución de los aportes los dineros pagados de manera indebida por concepto de contribuciones especiales parafiscales con destino a las respectivas EPS para los años gravables 2017 a 2018, como se relaciona a continuación:

EPS FECHA DEL OFICIO NÚMERO OFICIO
CAFESALUD lunes, 18 de enero de 2021 G002
EMSSANAR jueves, 14 de enero de 2021 G003
MEDIMÁS martes, 19 de enero de 2021 G004
NUEVA EPS jueves, 21 de enero de 2021 G005

- En atención a estos oficios, las cinco (5) entidades promotoras de salud negaron la devolución de los aportes a salud pagados, por haber omitido el término y el procedimiento especial dispuesto en la normativa.

- El día 21 de octubre de 2021 COOMEGOP mediante los oficios numerados G84, 85, 86 y 89 solicitó a la ADRES la devolución de los aportes relacionados con las EPS.

Pruebas allegadas al caso por las partes:

Parte convocante:

- Comprobantes de egreso de pago de seguridad social y parafiscales por los años 2017 y 2018.
- Oficios G 02, 03, 04 y 05 enviados a las EPS solicitando el pago de lo no debido.
- Oficios G 121 y122 enviados al ICB y al SENA solicitando el pago de lo no debido.
- Resolución N. 1056 de 24 de noviembre de 2021.
- Oficio REC –336 –21 del 13/10/2021 allegado por EMSSANAR
- Oficio G 088 enviado a EMSSANAR
- Oficio REC-346-21
- Oficios G 084, 085, 086 y 089 enviado a la ADRES solicitando la devolución de los aportes.
- Escritura pública
- Estatutos

Parte convocada:

Apoyo técnico validado por la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES

Requisitos con que cumple la solicitud de conciliación:

Designación del funcionario al que se dirige
Aspectos que se quieren conciliar y los hechos en los que se fundamentan
Pretensiones que formula el convocante
Relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso
Estimación razonada de la cuantía

Manifestación bajo la gravedad de juramento de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos
Indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, el número o números telefónicos, número de fax y correo electrónico de las partes

Análisis del proceso o caso

Objeto de la solicitud de conciliación

- La convocante solicitó la devolución de los pagos parafiscales efectuados por concepto de aportes a salud con destino a las convocadas entre los periodos de enero de 2017 y diciembre de 2018 como se relaciona a continuación:

a. SENA: $2.726.200 en el año 2017 (Indexados equivalen a $2.987.320.91) y $2.415.100 en el año 2018 (Indexados equivalen a $2.563.364.98)
b. Cafesalud: $5.410.018 en el año 2017 (Indexados equivalen a $6.120.848,61)
c. Emssanar: $1.413.885 en el año 2017 (Indexados equivalen a $1.599.657,53) y $2.282.359 en el año 2018 (Indexados equivalen a $2.480.987,75)
d. Medimás: $3.897.054 en el año 2017 (Indexados equivalen a $4.409.093,93) y $8.290.328 en el año 2018 (Indexados equivalen a $9.011.817,24)
e. Nueva EPS: $798.384 en el año 2017 (Indexados equivalen a $903.284,9)

Principal problema jurídico

Determinar si se adelantaron las actuaciones administrativas y operativas correspondientes ante la ADRES en relación con la devolución de aportes por presunto pago indebido de aportes, dentro de los términos y las condiciones establecidas por el Decreto 780 de 2016 y el Decreto Ley 2106 de 2019. En igual sentido determinar si hay lugar a la devolución de los recursos que se pretende con ocasión al pronunciamiento del Consejo de Estado mediante fallo de No. 11001-03-27-000-2018-00014-00, en el cual se estableció la improcedencia de la cotización de aportes por parte de las cooperativas que cumplieran ciertas condiciones y respecto a las cuales la convocante considera que hace parte de estas.

Análisis de caducidad y/o prescripción

Para el presente caso, de acuerdo con el escrito de conciliación, el medio de control presentado es el de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, se tiene que el término de caducidad para la presentación de este medio de control se encuentra consagrado en el literal i) del numeral segundo del artículo 164 ibidem, el cual establece:

“i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.”

Ahora bien, tal y como se indicó previamente, en el caso concreto se encuentra que en cuanto a la ocurrencia de la acción, la Cooperativa COOMEGOP realizó el aporte errado desde el año 2017 hasta el año 2018, la solicitud de conciliación fue radicada en la Procuraduría el 28 de abril de 2022 , de acuerdo al recuento expuesto se evidencia que la convocante estaría por fuera de la oportunidad para presentar el medio de control de reparación directa toda vez que sobrevino el fenómeno jurídico de la caducidad.

Análisis del caso

7.1. Exoneración de las Cooperativas al pago de aportes

Se debe precisar que el artículo 142 de la Ley 1819 de 2016 , que adicionó el artículo 19-4 del Estatuto Tributario, dispuso que las cooperativas pertenecen al régimen tributario especial y tributan sobre la renta una tarifa única especial del 20%. Lo anterior de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 142. Adiciónese el artículo 19-4 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 19-4. Tributación sobre la renta de las cooperativas. Las cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, las asociaciones mutualistas, instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones cooperativas, previstas en la legislación cooperativa, vigilados por alguna

superintendencia u organismo de control; pertenecen al Régimen Tributario Especial y tributan sobre sus beneficios netos o excedentes a la tarifa única especial del veinte por ciento (20%). El impuesto será tomado en su totalidad del Fondo de Educación y Solidaridad de que trata el artículo 54 de la Ley 79 de 1988."

En consonancia con lo anterior, el inciso primero del artículo 114-1 del Estatuto Tributario señaló que la exoneración del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al régimen contributivo de salud le es aplicable a las personas jurídicas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta "correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes."

En cuanto al régimen especial, el artículo 19 del citado estatuto preceptúa que para hacer parte de este régimen se debe surtir un proceso de calificación, para lo cual se tendrán que acreditar los requisitos que detalla la referida norma. No obstante; el parágrafo 1° del precipitado artículo dicta que esta calificación no aplica a las entidades que comprende el artículo 19-4:

"ARTÍCULO 19. CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL: Todas las asociaciones, fundaciones y corporaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, conforme a las normas aplicables a las sociedades nacionales.

Excepcionalmente, podrán solicitar ante la administración tributaria, de acuerdo con el artículo 356-2, su calificación como contribuyentes del Régimen Tributario Especial, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se enumeran a continuación:

1. Que estén legalmente constituidas.
2. Que su objeto social sea de interés general en una o varias de las actividades meritorias establecidas en el artículo 359 del presente Estatuto, a las cuales debe tener acceso la comunidad.
3. Que ni sus aportes sean reembolsados ni sus excedentes distribuidos, bajo ninguna modalidad, cualquiera que sea la denominación que se utilice, ni directa, ni indirectamente, ni durante su existencia, ni en el momento de su disolución y liquidación, de acuerdo con el artículo 356-1.

Parágrafo 1º. La calificación de la que trata el presente artículo no aplica para las entidades enunciadas y determinadas como no contribuyentes, en el artículo 22 y 23 del presente Estatuto, ni a las señaladas en el artículo 19-4 de este Estatuto."

Lo anterior cobra relevancia, teniendo en cuenta que el inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 114-1 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 204 de la Ley 1955 de 2019, consagra que las entidades a que hace alusión el artículo 19-4 de dicho estatuto conservan el derecho a la exoneración de los aportes parafiscales y contribuciones. Adicionalmente, el parágrafo en mención fue modificado por el artículo 135 de la Ley 2010 de 2019 , cuya redacción vigente es así:

"Parágrafo 2º. Las entidades que deben realizar el proceso de calificación de que trata el inciso segundo del artículo 19 del Estatuto Tributario, para ser admitidas como contribuyentes del régimen tributario especial, estarán obligadas a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y las pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7º de la Ley 21 de 1982, los artículos 2º y 3º de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1º de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.

Las entidades de que trata el artículo 19-4 del Estatuto Tributario conservan el derecho a la exoneración de que trata este artículo."

Se observa entonces que las entidades que deben realizar el proceso de calificación para ser admitidas como contribuyentes de dicho régimen especial se encuentran obligadas a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones, con excepción de las asociaciones declarantes del impuesto sobre la renta que menciona el artículo 19-4 del ET.

De modo contrario, el artículo 1.2.1.5.4.9 del Decreto 1625 de 2016 , modificado por el artículo 2° del Decreto 2150 de 2017 , dispuso que la exención de aportes parafiscales y las cotizaciones del régimen contributivo no resultaban aplicables a los contribuyentes que trata el artículo 19-4. Este artículo expresó:

"ARTÍCULO 1.2.1.5.4.9. Aportes parafiscales. La exoneración de aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF y las cotizaciones del régimen contributivo de salud, establecidas en el artículo 114-1 del Estatuto Tributario no resultan aplicables a los contribuyentes de que tratan los artículos 19, 19-4 y 19-5 del Estatuto Tributario y 1.2.1.5.1.2 y 1.2.1.5.2.1 y 1.2.1.5.3.1 de este Decreto."

(23692) , el Consejo de Estado decidió anular las expresiones “19-4” y “y 1.2.1.5.2.1” del artículo precedente por exceder la potestad reglamentaria respecto del artículo 114-1 del ET, con sustento en los siguientes argumentos:

“Sin embargo, la normativa traiga a colación permite concluir que, acorde con su naturaleza jurídica, las cooperativas como entidades legalmente pertenecientes al régimen tributario especial, no requieren la calificación prevista en el parágrafo 2 del artículo 114-1 del ET y, en esa medida, escapan al supuesto de obligatoriedad que allí se establece para la realización de aportes parafiscales y cotizaciones; consecuentemente, tales entidades acceden a la exención legal prevista en el inciso primero de dicha norma y los apartes acusados son ilegales, en cuanto les privan de ese derecho con evidente exceso en ejercicio de la potestad reglamentaria.”

“A la luz de los artículos 25 y 28 del CC, el inciso segundo del parágrafo 2 del artículo 114-1 del ET es una norma dotada de absoluta claridad en cuanto a la exoneración de aportes parafiscales para las entidades cooperativas y dado que la expresión “conservan” es una conjugación indicativa de continuidad para algo que ya se tiene, puede concebirse que tales entidades detentaban dicho beneficio desde el texto original del mencionado artículo 114-1 del ET, máxime cuando ese texto no contenía una referencia específica al artículo 19-4 ib”

El Máximo Tribunal Contencioso consideró que las cooperativas no necesitan la calificación como requisito para acceder al régimen tributario especial, por ese motivo no tienen la obligación de pagar los aportes parafiscales y cotizaciones. De ahí concluye que estas entidades se encuentran exoneradas de realizar tales contribuciones.

Por demás, precisó que el artículo 204 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo adicionó el inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 114-1 del Estatuto Tributario, para aludir que las cooperativas conservan la exoneración prevista en el reiterado artículo 19-4.

En síntesis, las cooperativas pertenecientes al régimen tributario especial no requieren la calificación prevista en el parágrafo 2° del artículo 114-1. Por consiguiente, no están obligadas al pago de aportes parafiscales y cotizaciones. Así mismo, el inciso segundo de ese parágrafo especifica que las entidades definidas en el artículo 19-4, están exentas del pago de parafiscales y contribuciones al régimen contributivo.

De las disposiciones normativas señaladas en precedencia y el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, se observa que las cooperativas se encuentran exoneradas del pago de aportes parafiscales y cotizaciones al régimen contributivo de salud, por ser contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y por no estar obligadas a realizar el proceso de calificación para pertenecer al régimen tributario especial. Sin embargo, aunque las Cooperativas están exoneradas de dicho pago, para efectos de la devolución de aportes en salud ante la ADRES, se deben someter al régimen general. Por lo que no es procedente realizar la devolución si no lo realizó por intermedio de la EPS y si no lo solicitó conforme a los términos dispuestos por la normativa.

7.2. Del insumo técnico suministrado por la Dirección de Liquidaciones y Garantías

En razón a la solicitud de conciliación radicada con ORFEO 20221420866272, el día 03 de mayo de 2022 mediante correo electrónico la OAJ solicitó concepto técnico a la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES, la cual fue allegada el día 04 de mayo de 2022. Así entonces, el área encargada respecto al caso en particular indicó:

“La ADRES consultó la base de datos COM_4023, y producto de ello, identificó que, para los periodos 2017 al 2018, las cotizaciones se encuentran compensadas para varias EPS.

Sin embargo, se advierte que a la fecha los periodos correspondientes del 2017 a 2018 no son procedentes para devolución de aportes compensados por la EPS, toda vez que superó el término de 6 meses indicados en la norma, descrita de manera previa.”

A manera de resumen, es procedente indicar que una vez consultadas la base de datos COM_4023 de la ADRES, se evidenció que la Cooperativa no presentó solicitud de devolución ante la entidad por los presuntos pagos. Motivo por el cual, no son de recibo las afirmaciones realizadas por la parte actora, en donde indicó infundadamente que la entidad llamada a responder por los aportes era la ADRES, en su calidad de administrador de los recursos de seguridad social en salud. Máxime si se tiene en cuenta que la Cooperativa COOMEGOP no cumplió con su deber establecido en las normas que regulan el tema.

7.3. Del proceso de compensación y la devolución de aportes al sistema general de seguridad social en salud

El Sistema de Salud en Colombia incorpora la figura de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), quienes son las responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones. Así mismo, tienen como función

organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación de los servicios de salud que requiera su población afiliada (artículo 177 de la Ley 100 de 1993).

En cuanto a la función del recaudo de cotizaciones, el artículo 2.6.4.2.1.2 del Decreto 2265 de 2017 señala que es responsabilidad de las EPS y de las EOC ejercer dicho recaudo mediante la cuenta maestra registrada por estas entidades ante la ADRES, cuenta que deberá ser utilizada únicamente para el recaudo de cotizaciones del régimen contributivo del SGSSS.

Para lo anterior, las EPS hacen la apertura de unas cuentas bancarias que son denominadas cuentas maestras de recaudo (artículo 2.6.4.2.1.2. del Decreto 2265 de 2017). En donde son transferidos los recursos de las cotizaciones. Efectuado lo anterior, la ADRES procede a determinar el valor que le corresponde girar a la EPS mediante el proceso de compensación. A través de este proceso, se determina y reconoce la UPC, los recursos para el pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y los recursos para financiar las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad (artículo 7 del Decreto 1437 de 2021 que modifica el artículo 2.6.4.3.1.1.1. del Decreto 780 de 2016). Es decir, el resultado de la compensación corresponde al monto liquidado y reconocido a cada EPS por los conceptos ya enunciados.

Ahora bien, en caso de que se presenten errores en el reporte de los registros de las cotizaciones, se debe distinguir si se trata de registros compensados o no compensados. Respecto del primero, el artículo 2.6.4.3.1.1.6 del Decreto 780 de 2016 establece que las EPS tienen un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la compensación de cada registro para solicitar su corrección. Estos se presentan el último día hábil de la segunda semana de cada mes para que la ADRES efectúe la validación y entrega de los resultados en los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación. En caso de que los registros compensados generen un saldo a favor de la ADRES, esta procede a descontarlo del resultado del siguiente proceso de compensación. Para los casos en los que se genere un saldo a favor de la EPS, la ADRES procede con el reconocimiento y giro.

En relación con los registros no compensados, el artículo 2.6.4.3.1.1.8. Del Decreto 2265 de 2017 indica que los aportantes solo podrán solicitar la devolución de las cotizaciones pagadas erróneamente dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago. Ante lo cual, la EPS es la encargada en un primer momento de determinar su procedencia. En caso de que se considere procedente, la EPS presenta solicitud de devolución ante la ADRES el último día hábil de la primera semana del mes para que se realice la validación y entrega de resultados y recursos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación. Una vez recibidos los resultados y los recursos, las EPS deben hacer el giro al aportante en el transcurso del día hábil siguiente.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la Resolución 5510 de 2013 estableció el procedimiento para la devolución de aportes, así:

“Artículo 7. Devolución de aportes. Los aportantes podrán solicitar al administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago, la devolución de los aportes realizados erróneamente y corresponderá a dicho administrador determinar la procedencia de la devolución de tales aportes.

El administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA contará con un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la solicitud para dar respuesta a la misma y en caso de ser procedente efectuará la devolución de las cotizaciones.

Parágrafo 1. Para la solicitud de devolución de cotizaciones realizadas erróneamente, los aportantes deberán cumplir con las estructuras y procedimientos establecidos en el Anexo No. 2 que hace parte integral de la presente resolución.

Parágrafo 2. Cuando existan fallos judiciales que ordenen la devolución de aportes no será exigible el término de doce (12) meses”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Respecto al término dispuesto para efectuar la solicitud de devolución de aportes, el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el artículo 93 del Decreto Ley 2106 de 2019, establece que en el caso de devolución de aportes deberá requerirse ante la ADRES en un término de 1 año, contado a partir del pago del aporte o de la licencia al aportante, para efectuar el respectivo cobro :

“Artículo 13. Término para efectuar cobros diferentes de recobros y reclamaciones con cargo a recursos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES. Cualquier tipo de cobro que deba atenderse con cargo a los recursos de la ADRES, distinto a los que tengan origen en recobros por servicios y tecnologías no financiadas con la Unid\ad de Pago por Capitación -UPC o reclamaciones, se deberá presentar ante la ADRES en el término máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de la generación de la obligación de pago, lo anterior sin perjuicio del término establecido para la firmeza de los reconocimientos y giros de recursos del aseguramiento

en salud.

La devolución de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el reconocimiento de licencias de maternidad y paternidad pagadas a los aportantes por parte de las Entidades Promotoras de Salud, deberá requerirse ante la ADRES en un término máximo de un (1) año, contado a partir del pago del aporte o de la licencia al aportante.

La devolución o reconocimiento de recursos por efecto de la corrección de registros compensados, deberá requerirse ante la ADRES en un término máximo de seis (6) meses, contado a partir de la compensación del registro.

Efectuada la devolución a la EPS, corresponderá a esta última, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, comunicar al aportante de tal situación y realizar la transferencia de los recursos a la cuenta bancaria registrada para el efecto. En caso tal que el aportante no haya registrado una cuenta bancaria, este dispondrá de tres (3) meses para reclamar los recursos devueltos, contados a partir de la fecha de la notificación con la cual la EPS le informa de la devolución efectuada por la ADRES; de no hacerlo en el término señalado, no habrá lugar al pago y los recursos deberán ser devueltos a la ADRES.

Agotados los términos de que trata el presente artículo sin que se haya presentado el cobro de la licencia o la solicitud de devolución, se extinguirá el derecho a reclamar el pago y, por lo tanto, no subsistirá obligación para la ADRES. (Negrilla fuera de texto).

7.4. Aspectos a tener en cuenta en materia de aportes en salud

Los descuentos en salud son obligatorios y obedecen al principio constitucional de solidaridad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en virtud del equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con el siguiente desarrollo normativo:

El artículo 48 de la Constitución Nacional dispone:

“ARTICULO 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.
El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

(…) La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. (Negrilla fuera de texto)

En virtud de lo previsto en el artículo antes transcrito, el servicio público de seguridad social se rige, entre otros, por el principio de la solidaridad, el cual, al ser de rango constitucional, es predicable de todos los habitantes del territorio.

Así las cosas, todas las personas con ingresos o capacidad de pago deben observar el principio de solidaridad, en consideración a sus capacidades financieras. Esto con el propósito de que al Sistema General de Seguridad Social en Salud ingresen los recursos necesarios para garantizar que la población con menor capacidad económica pueda tener asegurado el servicio público de la seguridad social, tal y como lo señala la Constitución Nacional.

Vale la pena destacar que el principio de solidaridad en el Sistema General de Seguridad Social opera en materia de salud, en la medida que, independientemente del valor del aporte del afiliado a la Empresa Promotora de Salud, se le cancela por cada individuo afiliado una Unidad por Capitación, cuyo monto se establece con base en criterios objetivos que varían de acuerdo con la edad y el sexo de los afiliados. Esto significa que cuando la cotización de una persona es inferior al valor de la UPC que le correspondería por sus condiciones particulares, el sistema le completa el valor que debe cancelársele a la EPS, por su atención, en tanto que cuando el aporte del afiliado es superior al de su UPC, se le cancela a la EPS, únicamente el valor de esta y el excedente se direcciona a la Subcuenta de Compensación.

Ahora bien, resulta pertinente hacer referencia al carácter de contribución parafiscal que tiene los aportes que en materia de salud realizan todas las personas que tienen algún tipo de ingreso: salario, pensión, honorarios, etc. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado ampliamente que las cotizaciones en salud son recursos parafiscales, pues se trata de contribuciones destinadas específicamente a un sector, en este caso, salud, y por las cuales se obtiene una contraprestación, un beneficio directo en ese sector. Señaló la Alta Corte lo siguiente:

“En efecto, los aportes, o más propiamente cotizaciones, para la seguridad social en salud son recursos parafiscales y como tales son "gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable" (art. 29 Estatuto Orgánico del Presupuesto).

Como características de los mencionados aportes esta Corporación señaló las siguientes:

“(...) dichas contribuciones se caracterizan por su obligatoriedad, puesto que se exigen en desarrollo del poder coercitivo del Estado; singularidad porque gravan únicamente un grupo, gremio o sector; destinación, por cuanto se invierten exclusivamente en beneficio del mismo grupo, gremio o sector que los tributa. Además, de ser recursos públicos ya que pertenecen al Estado, aunque solamente vayan a favorecer al grupo, sector o gremio que las tributa. El manejo, la administración y ejecución de esas contribuciones debe hacerse en la forma que lo establezca la ley que las crea” . (Negrilla fuera de texto)

Sobre la naturaleza parafiscal de los aportes para seguridad social, tanto en materia de salud como de pensiones, ha dicho la Corte:

"Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud."

De acuerdo con lo anterior, las contribuciones parafiscales son gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. Así, el grupo social destinatario de la seguridad social en salud está en la obligación, como sujeto pasivo y beneficiario de dicha contribución, de realizar las cotizaciones en los montos establecidos por mandato legal. De igual manera, ellos deben estar destinados exclusivamente al beneficio del mismo grupo, gremio o sector que los tributa.

Si el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 estableció que “la cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos”, las entidades facultadas por la Ley para recaudar dichos aportes deben dar fiel cumplimiento a este mandato y proceder a efectuar los descuentos en las condiciones señaladas, esto es, asegurando que los pensionados realicen la cotización para salud en su totalidad. El hecho de que estas entidades se equivoquen en la liquidación del monto de la cotización, en modo alguno genera derechos adquiridos o situaciones particulares y concretas a favor del sujeto pasivo de la obligación, pues, la contribución es obligatoria y debe realizarse en la forma establecida.” (Negrilla fuera de texto).

En anterior oportunidad y con referencia al carácter parafiscal de los aportes al sistema de seguridad social, la mencionada Corporación señaló:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece

de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud".

Bajo el contexto jurisprudencial expuesto se concluye que los aportes en salud son contribuciones parafiscales obligatorias, creadas por la ley, que afectan determinadas personas, y que se destinan para financiar un servicio del cual se beneficia directamente el grupo afectado con dicha contribución.

Debe aclararse que la cotización tiene como fin: (I) reconocer la Unidad de Pago por Capitación-UPC, (II) los recursos para el pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y (II) los recursos para financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad, de los afiliados al régimen contributivo conforme con lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 2.6.4.3.1.1.1 del Decreto 780 de 2016. En estas condiciones, dicha contribución permite financiar el sostenimiento de quienes no tienen recursos, objetivo propio del Estado Social de Derecho que conlleva a garantizar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así entonces, es la propia Carta Política la que ordena que el Estado junto con los particulares, garantice a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. (Art. 48 de la C. P.) y, por ende, se cumplen los principios de universalidad y solidaridad allí consagrados.

7.5. De los efectos de la sentencia del Consejo de Estado Radicado: 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692)

El convocante fundamenta su solicitud en lo resuelto por el Consejo de Estado en sentencia con radicado N.º 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692). En dicha providencia se dispuso la anulación de las expresiones "19-4" y "y 1.2.1.5.2.1" del artículo 1.2.1.5.4.9 del Decreto 1625 de 2016, sustituido por el artículo 2 del Decreto 2150 de 2017, por exceder la potestad reglamentaria respecto del artículo 114-1 del ET. Lo que implícitamente trae consigo, en consideración de la convocante, que por su condición de cooperativa de trabajo goce de un beneficio tributario. El cual se traduce en que sea exonerada del pago de aportes parafiscales a favor de las EPS.

No obstante, debe tenerse en cuenta los efectos de la sentencia del Consejo de Estado, la cual fue expedida el día 30 de julio de 2020. Al respecto, el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 establece que la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes; mientras que los que nieguen la nulidad producirá cosa juzgada erga omnes, pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Como se observa, la disposición en comento no se refiere a los efectos que produce la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter general. Por lo tanto, es necesario acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado, corporación que en sentencia 01087 de 27 de abril de 2017 realizó una reconstrucción sobre las posturas que se han adoptado para dirimir los efectos de las sentencias de nulidad.

Así las cosas, refiere el Consejo de Estado en la sentencia en mención que "eventualmente un acto administrativo ha producido consecuencias en el tráfico jurídico, (…) por lo que surge entonces la controversia sobre cuál debe ser el alcance temporal de la decisión anulatoria, particularmente en cuanto a si los efectos del acto administrativo acaecidos mientras estuvo vigente se mantienen y conservan su validez o si también siguen la suerte del acto administrativo anulado". De ahí que surja la pregunta si la declaratoria de nulidad produce efectos hacia el futuro (ex nunc) o hacia el pasado (ex tunc). Cuestión que no tiene respuesta en la legislación colombiana, por lo que se debe acudir a lo estipulado jurisprudencialmente.

En ese sentido, se encuentra que, en un primer momento, la posición del Consejo tenía como referente el régimen de los actos jurídicos civiles. Según el cual, la nulidad era considerada como una sanción que afectaba el acto administrativo por haber trasgredido el ordenamiento jurídico. Situación que derivaba en el restablecimiento de las relaciones jurídicas al estado que tenían antes de la expedición del acto. En otras palabras, la sentencia de nulidad tenía efectos hacia el pasado (ex tunc) y todas las relaciones jurídicas establecidas en su vigencia se consideraban invalidas.

No obstante, la postura referida no ha sido univoca. Por el contrario. A partir de 1969 se vislumbra un cambio de posición por parte del Consejo de Estado, tendiente a asignar efectos hacia el futuro a las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos . Este giro encuentra respaldo en los valores y principios universales de separación de poderes, cosa juzgada, seguridad jurídica, buena fe, confianza legitima, presunción de legalidad. Adicionalmente, el Consejo señala que hay otras consideraciones que se deben tener en consideración para acoger esta postura como se trae a colación:

"Así mismo, al amparo de la hipótesis «ex nunc», es decir, la que estima hacia futuro el alcance de las sentencias de nulidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido en cuenta como sustento para decantarse por dicha postura, consideraciones relacionadas con i) las consecuencias que la decisión judicial pueda tener en los diferentes ámbitos de la vida nacional o local, como por ejemplo, la estabilidad institucional y económica; ii) la naturaleza y contenido del acto administrativo anulado; iii) la razón, vicio o causal por el cual fue

Análisis del precedente judicial

N/A

Aplica directriz institucional o nacional:	NO

Recomendaciones del abogado

Recomendación al comité	No conciliar

Conclusiones

La Oficina Asesora Jurídica de la ADRES, en virtud de los argumentos expuestos y el insumo técnico proferido por la Dirección de Liquidación y Garantías, en el presente caso considera que NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria. Toda vez que la solicitud de devolución de aportes fue realizada después del término de 6 meses indicada en la normativa relacionada en líneas anteriores. Si bien es cierto que las cooperativas se encuentran exentas de realizar el pago de aportes parafiscales y cotizaciones, para efectos de la devolución de aportes en salud ante la ADRES, se deben someter al régimen general. Por lo que no es procedente realizar la devolución si no lo realizó por intermedio de la EPS y lo solicitó conforme a los términos dispuestos por la normativa.

Finalmente se precisa que la convocante efectuó los aportes para el año 2017 y 2018 previo al pronunciamiento del Consejo de Estado en Sentencia del 30 de julio de 2020. Por lo tanto, se trata de situaciones jurídicas ya consolidadas que no pueden verse afectadas por un pronunciamiento posterior, so pena de generar inestabilidad económica en el Sistema de Salud. Por lo cual no está llamado a prosperar el medio de control de reparación directa, máxime cuando también ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad para este medio de control.