Ficha de conciliación Extrajudicial

Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	84090
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:	1503676
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA 79 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA DE BOGOTA
Valor económico inicial:	$2.843.198,00
Valor económico indexado:	$2.843.198,00
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	900156264	NUEVA EPS	CONVOCANTE

Hechos:

- EL GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES DE COLPENSIONES EMITIÓ LAS SIGUIENTES RESOLUCIONES, EN LAS QUE ORDENA A LA NUEVA EPS DEVOLVER LA SUMA DE $2.843.198 EN FAVOR DEL FONDO DE PENSIONES PÚBLICO, ASÍ:

AFILIADO N° DE DOCUMENTO NÚMERO DEL PROCESO COLPENSIONES FECHA DE INTERPOSICION RECURSO REPOSICION Y SUBSIDIO DE APELACION RESOLUCION QUE RESUELVE EL RECURSO DE APELACION FECHA DE NOTIFICACIÓN RESOLUCIÓN QUE RESUELVE EL RECURSO DE APELACION VALOR DE LAS PRETENSIONES

BLANCA ESTELLA CASTAÑO RINCON 24576092 DML 2 24/02/2020 GDD DD 42 4/03/2022 $ 82.812

JUAN DE JESUS MARTINEZ BARRERA 3273366 DML 35 27/07/2020 GDD DD 137 4/03/2022 $ 2.760.386

- EL REPRESENTANTE DE LA NUEVA EPS INTERPUSO RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO DE APELACIÓN CONTRA DICHAS RESOLUCIONES, ARGUMENTANDO (I) FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, (II) VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LA FORMACIÓN DEL ACTO, (III) LA FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE NUEVA EPS CONSIDERANDO QUE LA ENTIDAD NO ADEUDA LOS VALORES RECLAMADOS, Y (IV) EXTEMPORANEIDAD DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 12 DEL

DECRETO 4023 DE 2011.

- DE CONFORMIDAD CON LO ANTERIOR, COLPENSIONES RESOLVIÓ EL RECURSO DE APELACIÓN CONFIRMANDO LO ESTABLECIDO EN LA RESOLUCIÓN INICIAL.

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	2.843.198,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

- El Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones emitió las siguientes resoluciones, en las que ordena a la Nueva EPS devolver la suma de $2.843.198 en favor del Fondo de Pensiones público, así:

AFILIADO N° DE DOCUMENTO NÚMERO DEL PROCESO COLPENSIONES FECHA DE INTERPOSICION RECURSO REPOSICION Y SUBSIDIO DE APELACION RESOLUCION QUE RESUELVE EL RECURSO DE APELACION FECHA DE NOTIFICACIÓN RESOLUCIÓN QUE RESUELVE EL RECURSO DE APELACION VALOR DE LAS PRETENSIONES
BLANCA ESTELLA CASTAÑO RINCON 24576092 DML 2 24/02/2020 GDD DD 42 4/03/2022 $ 82.812
JUAN DE JESUS MARTINEZ BARRERA 3273366 DML 35 27/07/2020 GDD DD 137 4/03/2022 $ 2.760.386

- El representante de la Nueva EPS interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación contra dichas resoluciones, argumentando (I) falta de competencia en la expedición del acto administrativo, (II) violación del debido proceso en la formación del acto, (III) la falta de legitimación por pasiva de Nueva EPS considerando que la entidad no adeuda los valores reclamados, y (IV) extemporaneidad de la solicitud de devolución de acuerdo al artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

- De conformidad con lo anterior, Colpensiones resolvió el recurso de apelación confirmando lo establecido en la resolución inicial.

Pruebas allegadas al caso por las partes:

Parte convocante:

- Certificado de existencia y representación legal de la Nueva EPS
- Copia de las resoluciones expedidas por Colpensiones
- Copia de los recursos de reposición y en subsidio de apelación radicados ante Colpensiones.
- Copia de las resoluciones mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación.
- Copia del radicado de la solicitud de conciliación ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- Copia del radicado de la solicitud de conciliación ante COLPENSIONES.
- Poder especial otorgado por el representante legal para actuar en la diligencia.

Fundamentos de derecho:

Tipo de norma	Número de norma	Fecha de expedición	Observación
Decreto	436	2011/12/29	
Ley	1437	2011/01/18	

Requisitos con que cumple la solicitud de conciliación:

Designación del funcionario al que se dirige
Individualización de las partes y sus representantes
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
Firma del apoderado del solicitante o solicitantes

Análisis del proceso o caso

Objeto de la solicitud de conciliación

El convocante pretende lo siguiente a través de la solicitud de conciliación:

- El reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados con la restitución impuesta. Con ocasión a ello, busca la nulidad de las resoluciones expedidas por Colpensiones, mediante las cuales se ordenó a la Nueva EPS la restitución de dineros por concepto incapacidades.

- A título de restablecimiento del derecho solicita que se determine que las incapacidades requeridas por Colpensiones no son de competencia de la Nueva EPS, salvo aquellos que el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011 autoriza para su devolución.

- La vinculación de la ADRES por ser la entidad que debe responder por los mencionados aportes.

Principal problema jurídico

Establecer si la ADRES es competente para revocar las resoluciones enunciadas por la Nueva EPS por presuntamente haber sido expedidas con falta de competencia y de forma irregular.

De igual manera, analizar si se adelantaron las actuaciones administrativas y operativas correspondientes ante la ADRES en relación con la devolución de aportes por presunto pago indebido de incapacidades, dentro de los términos y las condiciones establecidas, lo que daría lugar a la devolución de los recursos que pretende.

Análisis de caducidad y/o prescripción

De acuerdo con la solicitud de conciliación presentada por el convocante, el medio de control ejercido es el de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, regulado por el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya caducidad se encuentra prevista en el artículo 164 literal d) del mismo código, así:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (…)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (…)

Para el caso específico, cabe precisar que las resoluciones emitidas por Colpensiones ordenando la devolución de incapacidades solo fueron notificadas a la Nueva EPS sin que lo mismo ocurriera con la ADRES, lo que hace ineficientes y/o inoponibles los actos administrativos, generando la no producción de efectos jurídicos. Asimismo, dado que no existe fecha de notificación, no se puede establecer un término de caducidad al respecto.

Análisis del caso

7.1 Cuestión previa

La solicitud de devolución de aportes en salud puede ejercerse cuando el aportante, el empleador y/o el trabajador independiente los haya efectuado de manera errónea. En caso de ser procedentes, las EPS y las EOC efectúan la devolución de las cotizaciones cuando estas se encuentren en la ADRES o fueran compensadas por las EPS, tal como lo establece la normativa aplicable.

Debe destacarse que los actos administrativos enunciados por EPS en ningún momento se notificaron a la ADRES, motivo por el cual esta entidad no se encuentra inmersa en una orden expresa, o no existe orden de notificar a la Administradora.

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

El 7 de julio de 2022 mediante correo electrónico, la Oficina Asesora Jurídica solicitó concepto técnico a la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES, el cual fue remitido el 08 de julio de 2022. Al respecto, el área encargada indicó:

“El artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 modificado por el Decreto Ley 2106 de 2019, establece:

“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 Unidad 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 y Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el Decreto 780 de 2016 – Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social- establece el procedimiento mediante el cual tiene lugar la solicitud de devolución ante la ADRES sea que esta haya sido compensada o no, determinando que le corresponde al aportante o cotizante independiente solicitarla ante la Entidad Promotora de Salud -EPS o Entidad Obligada a Compensar -EOC, en los siguientes términos:

“Artículo 2.6.4.3.1.1.6 Proceso de corrección de registros aprobados. Las correcciones de los registros aprobados en el proceso de compensación se presentarán por las EPS y EOC, el último día hábil de la segunda semana de cada mes y se corregirán los registros en las bases de datos del proceso de compensación.

La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación. Los montos a favor de la ADRES o de las EPS y EOC que resulten del proceso de corrección y reconocimiento de recursos a que hubiere lugar, se girarán de acuerdo con el mecanismo definido para el efecto.

Las EPS y 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 aportes a través de PILA o por orden judicial.

Parágrafo. Por efecto de la firmeza establecida en el artículo 16 de la Ley 1797 de 2016, no habrá declaración de corrección a registros aprobados en virtud del Decreto 2280 de 2004. Los ajustes que efectúe el aportante a periodos en vigencia del mencionado decreto serán registrados por la EPS y EOC en su sistema de información y las cotizaciones recaudadas se girarán a la ADRES, en el marco del proceso de compensación de que trata el presente Capítulo."

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

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

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

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

De la precitada normativa se colige, que el aportante o cotizante independiente que efectúe aportes de manera errónea al SGSSS en el Régimen Contributivo, debe solicitar la devolución directamente ante la Entidad Promotora de Salud -EPS o Entidad Obligada a Compensar -EOC que haya recibido el aporte, a quienes les corresponde en primer lugar, el análisis de la procedencia de la devolución de la cotización, teniendo en cuenta los términos dispuestos para el efecto y en especial, el término de 6 meses para solicitar ante la ADRES los aportes compensados y de 12 meses, si no compensaron.

Ahora bien, consultada la Base de Datos COM_4023 en las tablas COM_4023.dbo.HA_Devolucion_Aportes y COM_4023.dbo.ha_correccion_proceso no registra solicitud presentada por parte de la NUEVA EPS para los números de documentos relacionados, así mismo se indica que para el registro Franco Gomez Nicolas y otros se registró el NIT de la Nueva EPS"

A manera de resumen, es procedente indicar que una vez consultadas la base de dato COM_4023 de la ADRES se evidenció que Nueva EPS no presentó solicitud de devolución para los afiliados BLANCA ESTELLA CASTAÑO RINCON CC 24576092 y JUAN DE JESUS MARTINEZ BARRERA CC 3273366. 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 EPS no cumplió con su deber establecido en las normas que regulan el tema.

7.3 De 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. De las incapacidades por enfermedad general

El Código Sustantivo del Trabajo (CST) establece a favor de los trabajadores una serie de prestaciones de carácter económico en consideración del principio de la dignidad humana y de sus derechos a la salud y a un trabajo digno. Así pues, en lo que respecta a las incapacidades por enfermedad general, el artículo 206 y 207 del CST dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto."

Por su parte, el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, estableció lo siguiente:

"PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral."

En consonancia con lo dicho, debe tenerse en cuenta que mediante sentencia T – 401 de 2017 la Corte Constitucional indicó de manera clara quiénes deben asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades por enfermedad general de origen común, a través de una tabla de contenido que a continuación se reproduce:

PERÍODO ENTIDAD OBLIGADA FUENTE NORMATIVA
DÍA 1 A 2 EMPLEADOR ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 2943 DE 2013
DÍA 3 A 180 EPS ARTÍCULO 41 DE LA LEY 100 DE 1993
DÍA 181 HASTA 540 FONDO DE PENSIONES ARTÍCULO 41 DE LA LEY 100 DE 1993
DÍA 541 EN ADELANTE EPS ARTÍCULO 67 DE LA LEY 1753 DE 2015

Lo anterior quiere decir que:

(i)Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable."

(iii) A partir del día 541 estará a cargo de las EPS.

Ahora bien, el artículo 142 del Decreto 019 de 20122, modificatorio del artículo 41 de la Ley 100 de 19933, frente a la calificación de pérdida de capacidad laboral, establece que es obligación de las EPS a efectuar revisiones periódicas sobre la evolución del paciente en curso de la incapacidad continua; a calificar en forma definitiva la pérdida de la capacidad laboral; y a detectar las situaciones de abuso del derecho, que acarrearán la suspensión del pago de las incapacidades.

Así las cosas, la gestión del reconocimiento y pago de la prestación económica de las incapacidades por enfermedad general de origen común en el SGSSS (desde el día 3 al 180 y superiores a 540 días) es un riesgo que debe ser asumido por las EPS-EOC en el marco de su función de aseguramiento en salud. Por lo cual, la ADRES, en ejercicio de su facultad de administración de los recursos del aseguramiento en salud, no es la entidad encargada de realizar el reconocimiento y pago de la prestación económica a favor de los afiliados.

Por lo expuesto, se debe tener en consideración que esta Entidad reconoció a las EPS y EOC partir del mes de agosto de 2017 (desde la entrada en operación de la ADRES), en el marco del proceso de compensación, la provisión para garantizar

el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general de origen común. Incluido el pago de las incapacidades superiores a los quinientos cuarenta (540) días continuos a los afiliados cotizantes con derecho. Para lo cual, se reconoció y liquidó a las EPS 3 puntos adicionales al 0.35% que se venía reconociendo por concepto de provisión de incapacidades por enfermedad general. Incremento que se realiza en función del riesgo que el legislador atribuyó a las EPS en el segundo literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

En ese sentido, las incapacidades y que fueron causadas con posterioridad al 1 de agosto de 2017 ya fueron reconocidas por la ADRES a la EPS de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución 6411 de 2016. Y, por lo tanto, le corresponde a la EPS reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541) si se trata de uno de los casos descritos en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016.

En cuanto a las incapacidades que se causaron con anterioridad al 1 de agosto de 2017, no existe un mecanismo por medio del cual se pueda proceder con su reconocimiento. Como si ocurre con las incapacidades posteriores, respecto de las cuales, el Ministerio de Salud y Protección Social ha incluido de forma expresa en el cálculo de la provisión de Incapacidades por Enfermedad Común. Sin embargo, es procedente el reconocimiento de estas siempre y cuando Nueva EPS hubiere efectuado el pago, situación que en el caso concreto no ocurrió puesto que la EPS no accedió a reconocer las incapacidades con el argumento que el afiliado tenía una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y, por tanto, no gozaba del estatus de incapacitado permanente.

7.5. 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 la misma 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.

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.

7.6. Extralimitación de funciones de Colpensiones

Al respecto, se pone de presente que Colpensiones no tiene la competencia para expedir los actos administrativos que ordenaron la restitución de los recursos pagados erróneamente. Visto el Decreto Ley 4121 de 2011, por medio del cual se cambia la naturaleza jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y el Decreto 2727 de 2013, a través del cual se modifica la Estructura Interna de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), no se encuentra que tal atribución se encuentre en cabeza de la mencionada entidad. Por el contrario, como se explicó previamente, el proceso de devolución de aportes se encuentra consagrado en el Decreto 780 de 2016, el cual representa el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. En tal norma, se reitera, se establece un procedimiento para obtener la devolución de estos recursos, en el que en ningún momento se indica que Colpensio

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 considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria, teniendo en cuenta que no se realizó el procedimiento de devolución de aportes conforme lo determina la normativa aplicable para el caso concreto. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que tal trámite debe realizarse en un término perentorio según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el artículo 93 del Decreto Ley 2106 de 2019; así como los artículos 2.6.4.3.1.6. y 2.6.4.3.1.8. del Decreto 780 de 2016.

Adicionalmente, no es posible emitir una fórmula conciliatoria, dado que los actos administrativos objeto de cuestionamiento no fueron emitidos por la ADRES, sino por COLPENSIONES. En consecuencia, es esta la entidad competente para revocar los actos administrativos.