



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicado	05001 33 33 019 2018 00218 00
Medio de Control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandantes	EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. – SURA
Coadyuvante por activa	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES”
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
Providencia	Sentencia de primera instancia
Tema	Devolución de cotizaciones erradas al Sistema General de Seguridad Social en Salud
Decisión	Conceden las pretensiones de la demanda

SENTENCIA N°039

Decide el Despacho, la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, instauró La EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. “EPS SURA” contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”; trámite al cual compareció en calidad de coadyuvante por activa la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, antes denominada FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA).

Para el efecto, se atenderá lo reglado en el artículo 187 del CPACA y los artículos 279 y 280 del CGP, esto es, exponiendo con brevedad y precisión los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, así como las citas de los textos legales que se apliquen al caso en estudio.

I. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA – EPS Sura:

1.1. Pretensiones de la demanda: La parte demandante solicita se acojan las siguientes pretensiones:

- Se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 227648 de 02 de agosto de 2016 de COLPENSIONES, en lo relativo a ordenar a la EPS SURA la devolución de aportes a salud realizados por COLPENSIONES, con cargo a las mesadas pensionales de sobreviviente del causante HERNANDO EFRAÍN PERNETT GARCIA y que corresponde a la menor de edad MARCELA PERNETT IZQUIERDO.

- Se declare la nulidad de las Resoluciones N° SUB 148 de 02 de enero de 2018 y No. DIR 919 de 16 de enero de 2018, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación propuestos contra la decisión anterior.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita:

- Se ordene a la entidad demandada que no le exija a la EPS SURA el pago de los aportes allí indicados, o en el evento que se haya realizado el pago, se restituya el valor cancelado debidamente indexado.
- Se condene a COLPENSIONES al pago de intereses de mora desde la fecha en que EPS SURA haya realizado la devolución y hasta el momento del cumplimiento de la sentencia.

1.2. Supuestos fácticos: Los hechos relevantes del proceso son narrados por la parte demandante así:

Manifiesta la parte demandante, que mediante Resolución No. GNR 153662 del 26 de junio de 2013, COLPENSIONES reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor HERNANDO EFRAÍN PERNNET GARCÍA a la señora YAMIT YAMILES IZQUIERDO DORIA y a los menores MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO.

También señala que COLPENSIONES determinó en el año 2016, que la pensión de sobrevivientes debería ser redistribuida, por lo que mediante Resolución GNR 227648 de 02 de agosto de 2016, ordenó la devolución de algunos valores reconocidos a título de pensión de sobrevivientes y a la EPS SURA el valor de los aportes realizados sobre mesadas pensionales.

Indica que COLPENSIONES presentó los recursos de reposición y apelación en contra del citado acto administrativo, los cuales fueron desestimados a través de las Resoluciones No. SUB 148 de 02 de enero de 2018 y DIR 919 de 16 de enero de 2018.

Según afirma, la segunda de las resoluciones le fue notificada mediante aviso calendado el día 07 de febrero de 2018, recibido en EPS SURA el día 09 de febrero de 2018.

1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Con el acto administrativo impugnado, la parte demandante considera que se han vulnerado preceptos de contenido constitucional y legal, así: Artículo 29 Constitucional. Legales: Ley 100 de 1993 artículo 57 / Ley 797 de 2003 artículo 19 / Decreto 4023 de 2011 / Decreto 674 de 2014 y Ley 1873 de 2017 artículo 119.

Como concepto de violación, expuso lo siguiente:

Afirma que la exigencia por parte de COLPENSIONES a la EPS SURA Y/O FOSYGA vulnera el principio de legalidad por los siguientes motivos:

- COLPENSIONES pretende cobrar a EPS SURA la devolución de unos dineros que están en poder del FOSYGA configurando una obligación solidaria.

Explica que, el señor HERNANDO EFRAIN PERNETT GARCÍA en su condición de pensionado fue afiliado a la EPS SURA en condición de cotizante. Los aportes realizados por COLPENSIONES fueron realizados sobre dineros de la mesada, los cuales fueron trasladado al FOSYGA.

Explica que, el proceso de giro y compensación de aportes está regulado en el Decreto 4023 de 2011, el cual consiste en que el empleador aporta a través del Operador de Información (Planilla Integrada de Aportes –PILA) lo descontado al trabajador y lo que el empleador está obligado a pagar. Ese dinero se traslada a la EPS en la que está afiliado el trabajador, y la EPS gira ese dinero a la subcuenta de compensación. El FOSYGA determina el valor (Unidad de pago por Capitación - UPC) a que tiene derecho la EPS por cada afiliado (independientemente del aporte realizado) y le gira ese dinero.

De acuerdo con ese procedimiento EPS SURA trasladó al FOSYGA las cotizaciones recibidas en su condición de pensionado. Posteriormente el FOSYGA canceló a EPS SURA el valor de la UPC, la cual es independiente al valor de los aportes, y el valor es el mismo tanto si los aportes de los pensionados fueran sobre el 100% de la mesada pensional por pensión de sobrevivientes del señor HERNANDO EFRAIN PERNETT GARCÍA, o de un porcentaje de la misma.

Por lo anterior, concluye que es el FOSYGA el destinatario de todos los aportes, pues en el evento que se haya realizado un aporte sin justificación legal la EPS traslada al FOSYGA la solicitud de reintegro y es el FOSYGA quien determina si procede o no la solicitud.

Despliega que, este procedimiento está establecido en el artículo 1º del Decreto 674 de 2014 que modificó el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

Afirma que COLPENSIONES en los actos administrativos objeto de control, desconoce el procedimiento antes indicado y señala que EPS SURA y/o FOSYGA están obligados a realizar la devolución. Pretende generar una obligación solidaria en la EPS y en el FOSYGA sin que la norma cree tal solidaridad. La EPS tiene la obligación de realizar el trámite, pero el encargo de autorizar y girar los recursos para el reembolso de los aportes es el FOSYGA.

- Argumenta que el término para solicitar el recobro, se encuentra vencido:

Señala que el último inciso del artículo 1º del Decreto 674 de 2014 es muy claro en establecer que el término para solicitar el reembolso de aportes realizados antes de la vigencia de ese Decreto era de un año.

Por ello, enuncia que dicha normativa fue expedido el día 2 de abril de 2014, de tal manera que el año indicado en esa norma venció el día 2 de abril de 2015. Hasta antes de la Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016, no había presentado COLPENSIONES solicitud de reintegro de esos aportes, de tal forma que para la fecha de expedición del acto administrativo ya había transcurrido más de un año, mucho más si se cuenta desde la fecha de notificación del mismo. Por lo que no era procedente para EPS SURA tramitar ante el FOSYGA la solicitud de reembolso.

- Cuestiona que los argumentos expuestos por COLPENSIONES en la Resolución a la que se ha hecho referencia, parecieran una excepción de ilegalidad de lo preceptuado en el inciso final del artículo 1 del Decreto 674 de 2014, más cuando los refuerza con las consideraciones relacionadas con la naturaleza pública de los recursos públicos.

Sostiene que a las autoridades administrativas no les es dable declarar la excepción de ilegalidad, por lo que toda inconformidad que presente COLPENSIONES deberá debatirla a través de demanda de nulidad.

- Adicionalmente, que COLPENSIONES está reclamando recursos públicos al tratarse de recursos parafiscales de la seguridad social y por tanto, las normas que regulan el tema de las devoluciones son restrictivas. De modo que aquella no está pretendiendo recuperar recursos públicos en cabeza de un particular, sino pretende recuperar recursos públicos en cabeza del administrador de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, el FOSYGA.

- Por otro lado, estima que COLPENSIONES ha aceptado que el término de 12 meses es preclusivo, tal como consta en el concepto de la Gerencia Nacional de Doctrina en el cual se acepta dicha postura y que tal es así, que la entidad revocó 5 actos administrativos en los cuales le ordenaba a la EPS SURA la devolución de aportes en salud realizados con cargo a mesadas pensionales de pensionados que no se habían retirado del servicio.

- También afirma que COLPENSIONES, desconoce la normatividad vigente cuando pretende que las consecuencias del cúmulo de errores por esa entidad, sean asumidos con cargo a los recursos de la EPS SURA, bajo el argumento de que los aportes realizados tienen la naturaleza de recursos públicos.

Sobre el particular, manifiesta que COLPENSIONES fue negligente al no solicitar a la EPS SURA dentro del término establecido en la ley, el recobro ante el FOSYGA

de los aportes recobrados en los actos administrativos objeto de la solicitud de control; sumado a que la entidad no ha recibido beneficio alguno por los aportes realizados con cargo a las mesadas pensionales: i) porque al ser menores de edad, los beneficiarios de la pensión, MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO, estaban obligados a estar afiliados a una EPS y por tanto Colpensiones debía retener el aporte a la salud. Asimismo, la EPS SURA tenía derecho a recibir del FOSYGA el valor de la UPC. Y ii) Los mayores valores de los aportes de COLPENSIONES no daban derecho a la cobertura en salud, ni a recibir la UPC, estos nuevos aportes simplemente se giran al FOSYGA y ayudan a financiar el sistema de salud.

- Por otro lado, argumenta que, la jurisprudencia ha reconocido que en casos de revocatoria de asignaciones periódicas, en el evento de existir buena fe de los pensionados, no se les recobrarán los valores recibidos. Por lo tanto, considera que los dineros recibidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los que fueron girados al FOSYGA, se recibieron de buena fe y en ese sentido, no le es dable a COLPENSIONES el recobro de esos aportes.

- Finalmente expone que, existe ilegalidad sobreviniente por la expedición de la Ley 1873 de 20 de diciembre de 2017, pues esta norma reconoce que los aportes realizados por COLPENSIONES están en poder del FOSYGA y que al estar compensados esos aportes, no es obligación de la EPS tramitar ante el FOSYGA solicitud de reintegro, ni estará obligada a asumir directamente la devolución de dichos aportes.

2. COADYUVANTE FOSYGA – Hoy ADRES:

La ADRES, presentó solicitud de coadyuvancia por activa (arc. 7 ExV), la cual fue admitida mediante proveído de 16 de julio de 2019. En la que apoyó las pretensiones de la EPS SURA, en los siguientes términos:

“PRETENSIONES:

PRIMERO: Se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016, emitida por COLPENSIONES en la que ordena a la EPS SURA la devolución de unos dineros por concepto de aportes en salud realizados por COLPENSIONES a nombre de la menor MARCELA PERNETT IZQUIERDO por los períodos de marzo de 2014 a mayo de 2016, en vigencia en los periodo abril de 2014 a junio de 2016; (...).

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de las Resolución No. SUB 148 de 02 de enero de 2018 y Resolución No. DIR 919 de 16 de enero de 2018.

CONSECUENCIAL:

PRIMERO: En consecuencia, que se declare; que NO PROCEDER DEVOLUCIÓN ALGUNA DE LOS DINEROS POR PARTE DE LA ADRES (antes FOSYGA), con ocasión al 1% transferido por concepto de salud a la subcuenta de solidaridad del régimen subsidiado del Sistema de Salud en Colombia por parte de la EPS...”

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La entidad demandada guardó silencio.

4. Trámite procesal:

La demanda fue presentada el 12 de junio de 2018 (arc. 00 ExV). Mediante proveído de 12 de julio de 2018, el Despacho admitió la demanda en contra de COLPENSIONES, la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) (arc. 3). Luego de notificar a la parte demandada, la ADRES solicitó ser tenida en cuenta como litisconsorte necesaria por activa. Colpensiones guardó silencio.

A través de auto de 16 de julio de 2019, se saneó el proceso, se desvinculó de la parte pasiva del litigio a la Nación – Ministerio de Salud y la Protección Social y al FOSYGA (hoy ADRES), admitiendo a ésta última como coadyuvante en el extremo

El 07 de febrero de 2020 (arc. 8), el Despacho declaró no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, y convocó a la audiencia inicial del artículo 180 del CPACA.

No obstante, en vigencia del Decreto 806 de 2020 y las nuevas reglas procedimentales fijadas por aquel, el Despacho prescindió de la audiencia inicial e impartió el trámite de sentencia anticipada, tal como consta en el auto de 11 de agosto de 2021. Para el efecto, declaró agotada la etapa de excepciones previas, incorporó las pruebas traídas al proceso, se decretó prueba documental de oficio (arc. 12 ExV). Agotado el periodo probatorio, se corrió traslado para que las partes presenten alegaciones finales (arc.18 ExV).

5. Alegatos de conclusión:

5.1. La parte demandante y coadyuvante por activa allegaron dentro de la oportunidad legal, sus escritos de alegaciones finales en los cuales se ratificaron en las posiciones jurídicas planteadas en la demanda y escrito de coadyuvancia.

5.2. Así mismo, COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones finales, en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

El asunto versa en el cobro de unos aportes y contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social Integral, para lo cual debe recordarse la decantada jurisprudencia constitucional al considerar que los aportes por salud y pensiones tienen una naturaleza de orden parafiscal. (...) Así, las contribuciones parafiscales en tanto gravámenes se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de Ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo. (...)"

Acatando las disposiciones normativas señaladas, esta Administradora emitió los actos administrativos a través de los cuales se ordenó la devolución

de aportes a salud a EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A, pues se reconoció la pensión de vejez de manera errónea, ordenándosele al pensionado, la devolución de las mesadas pensionales y a EPS SURA, la devolución de los aportes realizados en salud, pues esta última recibió los aportes obligatorios, derivados de cada pensión reconocida por esta entidad, configurándose un pago de lo no debido, tal y como de describe en el artículo 2013 de Código Civil”.

De igual forma, señala:

“Finalmente, se considera que no solo se debe tener en cuenta el artículo 1 Decreto 674 de 2014, por el cual se modificó el artículo 12 del Decreto número 4023 de 2011, sino también la totalidad de la normatividad que rige la materia que nos ocupa, ello conforme a lo preceptuado en el artículo 119 de la Ley 1873 del 20 de diciembre de 2017, en relación con la devolución de aportes pertenecientes al Sistema General de Pensiones que “Las Entidades Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán solicitaren 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.

Finalmente expone, que en razón a lo anterior, COLPENSIONES esta facultada para realizar el cobro de los aportes realizados a cargo del Sistema General de Salud y en cualquier tiempo, lo cual deja sin piso a los argumentos de la EPS SURA, en relación con el tiempo en el cual se debe realizar la devolución solicitada. En ese sentido, concluye que los actos administrativos acusados no son violatorios del ordenamiento jurídico.

6. Ministerio Público: Se abstuvo de conceptuar en esta oportunidad.

No existiendo causal de nulidad que invalide total o parcialmente la actuación procesal surtida, se entra a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

Revisada la actuación cumplida, no se observa impedimento alguno para dictar sentencia por cuanto la demanda reúne los requisitos legales y su trámite se ha cumplido con sujeción a lo dispuesto en el artículo 179 y ss del CPACA, este Juzgado tiene competencia para conocer de la presente acción, en virtud de lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2° y 156 numeral 2° *ibídem*. Además, está demostrada la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, tanto por activa como por pasiva respetando las normas que regulan la materia. Así mismo, el asunto se tramitó conforme a lo estipulado por la ley y no existe causal alguna de

nulidad que pueda invalidar lo actuado, de conformidad con el artículo 133 del C.G.P. norma aplicable por expresa remisión del artículo 208 del CPACA.

2. Problema jurídico: El problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe a determinar, lo siguiente:

“¿Hay lugar o no, a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016 y la nulidad total de las Resoluciones No. SUB 148 de 02 de enero de 2018 y No. DIR 919 de 16 de enero de 2018, por medio de las cuales COLPENSIONES, le ordenó a la EPS SURA la devolución de la suma de \$173.472 correspondiente a los aportes a salud (por los meses de abril de 2014 a junio de 2016) con cargo a las mesadas pensionales de sobrevivientes del causante HERNANDO EFRAIN PERNETT GARCÍA, y que se efectuaron a favor de la menor de edad MARCELA PERNETT IZQUIERDO, los cuales a juicio de la Administradora de Pensiones, se pagaron de forma errada?

Verificada la procedencia de la nulidad, se establecerá si procede el restablecimiento del derecho consistente en ordenarle a la demandada COLPENSIONES, cese el cobro de los aportes pagados a la EPS SURA y que, en el evento de haberse efectuado la devolución de esos dineros, se restituyan debidamente indexados y se disponga el reconocimiento de intereses moratorios.

3. Tesis del despacho:

Esta Agencia Judicial considera que, hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados comoquiera que los cargos de ilegalidad propuestos en contra de los actos administrativos demandados están llamados a prosperar, por cuanto en el plenario se logró acreditar que el procedimiento adelantado en sede administrativa por parte de COLPENSIONES, no se hizo dentro de los términos previstos en el artículo 1° del Decreto 674 de 2014 y según el trámite establecido en la Ley, para efectos de devolución de aportes al SGSSS.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL:

4.1. De la función de las EPS en el Sistema General de Seguridad Social En Salud.

Sea lo primero en mencionar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, regula lo atinente al servicio público de salud, buscando el acceso de toda la población al servicio. El mismo es operado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), a la vez que la prestación del servicio está a cargo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).

Dicho sistema fue creado con la Ley 100 de 1993, reformado por la Ley 1122 de 2017, la Ley 1438 de 2011 y modificado en varias resoluciones y decretos, entre ellos el Decreto único Reglamentario del Sector y de Protección Social 780 de 2016.

Por mandato constitucional estableció que la prestación del servicio de salud es responsabilidad del Estado (art. 49), aplicando los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. De esta forma, la Carta Política sentó los precedentes de lo que sería el sistema de salud, pero no estableció cual sería la forma que tomaría dicho sistema y fue ahí donde se hizo necesaria la expedición de la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 8° define el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios definidos en la norma.

En cuanto a las funciones, es importante precisar que el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 incorpora su definición y las funciones de las EPS, entre las cuales se encuentra la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, por delegación del FOSYGA, así:

“ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.” (Subrayado fuera del texto original).

Igualmente, el artículo 178 establece como función de las EPS, ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al SGSSS, lo que significa que les compete realizar los giros de la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor correspondiente a la unidad de pago por capitalización -UPC.

A su vez, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones que las EPS deben recaudar, el legislador estipuló en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que a partir del primero (1°) de enero del año 2007, los montos de las cotizaciones debían ascender al 12,5% del ingreso o salario base de cotización y el 12% del valor de las pensiones, precisando que esta no puede ser inferior al salario mínimo. De dichas cotizaciones, el 1.5% debe ser trasladado a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga – hoy ADRES para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

Adicionalmente dispuso que para el caso de los regímenes especiales y de excepción las cotizaciones debían incrementarse en un 0.5% a cargo del empleador, a fin de lograr el 1.5% que debe ser destinado a la subcuenta de solidaridad.

Ahora, a voces del párrafo del artículo 182 *ejusdem*, dichos recursos originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema deben ser manejados por las EPS, “...en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad...”; pues de dichos recursos, las EPS están obligadas en descontar el valor de las Unidades de Pago por Capitalización -UPC fijadas para el Plan de Salud Obligatorio, tal como lo señala el artículo 205 de la ley en cita.

Lo anterior por cuanto, las UPC constituyen el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. De tal modo que, en los recursos obtenidos por cotizaciones se encuentran incorporados en un todo indivisible los costos que demanda la organización y los que garantiza la prestación del servicio de salud, los cuales tienen el carácter de parafiscales, en tanto deben garantizar los objetivos de la prestación del servicio público.

Dicho en otras palabras, las EPS están obligadas no solo a recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados por delegación del FOSYGA, sino también a descontar el valor de las UPC y trasladarlas a éste a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecido para el pago de las cotizaciones, cuyo manejo debe realizarse en cuentas independientes a las que manejan los recursos propios.

Ello por cuanto las UPC son recursos con destinación específica y no son recursos que pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, “porque, en primer lugar, las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. En segundo lugar, la UPC constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado”¹

Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que, en desarrollo del manejo de la cuenta exclusiva de las cotizaciones y la prestación del servicio de salud, pueden existir eventos donde la suma de las UPC resulte mayor que los ingresos por cotización recaudados en cuyo caso el FOSYGA, está obligado a cancelar dicha diferencia a las EPS, el mismo día que estas lo reporten.

En ese sentido, se concluye que las EPS deben girar al FOSYGA – subcuenta de compensación- “(...) la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización”, lo que es lo mismo que una vez se define el número de UPC a las que tiene derecho una EPS del régimen contributivo –de acuerdo con su número de afiliados–, ésta (la EPS) se

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2003.

queda con las cotizaciones que ha recaudado y gira el excedente, si existe, al FOSYGA hoy ADRES.

Y de no existir dicho excedente, la EPS puede solicitar al FOSYGA hoy ADRES el pago de los recursos que hagan falta de acuerdo con las UPC a que tenga derecho².

Luego entonces, este tipo de manejo resulta de importancia, comoquiera que con ello se garantiza el equilibrio financiero dentro del diseño del sistema de la seguridad social en salud, garantiza su viabilidad y permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: la prestación del servicio de salud con cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida.

4.2. La naturaleza de los dineros que por concepto de aportes en salud recaudan las E.P.S y el destino de esos recursos dentro del sistema general de seguridad social en salud.

La jurisprudencia Constitucional, ha sido reiterada en manifestar que los recursos de la Seguridad Social en Salud, en particular las cotizaciones que se recaudan entre los afiliados al régimen contributivo, son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica.

Así, en la sentencia SU-480 de 1997, se advirtió que los recursos que las EPS reciben –recaudan– por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a las de los recursos propios de las EPS. Igual criterio se reiteró en las sentencias C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, en las cuales, la Corte Constitucional insistió en la naturaleza parafiscal con destinación específica, de estos recursos.

En la providencia C-1040 de 2003³, la Alta Corporación mencionó que tratándose del servicio público de la seguridad social en salud, éste requiere contar con un flujo constante de recursos que permita su financiación y por ende la atención adecuada y oportuna de las prestaciones correspondientes, los cuales provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, las cuales son establecidas por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva. Dichas cotizaciones constituyen contribuciones parafiscales, pues se cobran de manera obligatoria a un determinado número de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados.

Adicionalmente, indicó: *“Sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y su destinación específica la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa. Ha dicho la Corte:*

² Decreto 1485 de 1994 aclarado por el Decreto 1609 de 1995.

³ Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

"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"⁴.

Así mismo ha expresado enfáticamente:

"Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud, todos elementos constitutivos de la renta parafiscal".⁵

3. Dado su carácter parafiscal, los recursos de la seguridad social en salud tienen destinación específica, esto es, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social. Así lo establece expresamente el artículo 48 de la Carta Política al disponer que "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella"...

Así entonces, resulta claro que, las cotizaciones efectuadas por los cotizantes – afiliados- se convierte en un tributo con destinación específica, cuyos ingresos no entran a engrosar el Presupuesto Nacional, porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud.

4.3. Proceso de giro y compensación de aportes al sistema – devolución de cotizaciones y término para solicitar recobros:

⁴ *Ibidem*. Cita original: Sentencia C-577 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Doctrina reiterada en las Sentencias SU-480 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, entre otras

⁵ *Ibidem*. Cita original: Sentencia C-821 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño

De conformidad con el Decreto 4023 de 2011⁶ se reglamentó el proceso de compensación y funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del régimen contributivo del FOSYGA hoy ADRES, señalándose en su artículo 2° que se aplicará esa normativa a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), Entidades Obligadas a Compensar (EOC), al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y a su Administrador Fiduciario.

En cuanto a los recursos que financian la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, el artículo 3° de la norma en cita, son los que se siguen:

- “1. Los recursos provenientes del recaudo de cotizaciones que se destinan a la Subcuenta de Compensación, con y sin situación de fondos.*
- 2. Las transferencias de la Subcuenta de Solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud y los rendimientos financieros de las otras subcuentas del Fosyga que se destinan a financiar las Unidades de Pago por Capitalización (UPC) del régimen especial de las madres comunitarias.*
- 3. Los rendimientos financieros de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del SGSSS.*
- 4. Los rendimientos financieros generados por las cuentas autorizadas a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, para el recaudo de las cotizaciones.*
- 5. Los intereses de mora por pago de cotizaciones en forma extemporánea y sus respectivos rendimientos financieros.*
- 6. Los recursos provenientes del pago que realizan los cotizantes dependientes de que tratan los Decretos 1703 de 2002, modificado por los Decretos 2400 de 2002 y 3615 de 2005 y las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*
- 7. Los recursos provenientes de los aportes de los afiliados a los regímenes de excepción de que trata el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002 y las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*
- 8. Los excedentes financieros de la Subcuenta de Compensación que se generen en cada vigencia.*
- 9. Los demás recursos que de acuerdo con las disposiciones vigentes correspondan al régimen contributivo”.*

Según lo dispone el artículo 4 *ejusdem*, los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, se utilizan en el pago de las UPC, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. También se destinan para la constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo, hasta un equivalente del 5% del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, siendo el Ministerio de la Protección Social el encargado de definir el porcentaje aplicable.

Asimismo, indica la norma que los otros conceptos de gasto de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, tales como apoyo técnico, auditoría, remuneración fiduciaria y el pago de recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud se podrán efectuar sin afectar esta reserva.

Ahora, el recaudo de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud se hace a través de dos cuentas maestras que registran las EPS y las

⁶ “Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

Entidades Obligadas a Compensar (EOC) ante el FOSYGA (hoy ADRES), destinadas exclusivamente a dicho propósito -pues como ya se mencionó en líneas atrás, son independientes de las que manejan los recursos de las entidades-, quienes a su vez, serán las encargadas de la apertura y selección de dichas cuentas a nombre del FOSYGA (art. 5 *ejusdem*).

A su vez, el artículo 11 del Decreto 4023 de 2011 establece, que por compensación, habrá de entenderse al proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas de manera plena por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), para cada período al que pertenece el pago de la cotización; los recursos destinados a financiar la subcuenta de Promoción de la Salud del FOSYGA, los de solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud que financian la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA y los recursos que el Sistema reconoce a las EPS y a las EOC por concepto de Unidades de Pago por Capitalización (UPC).

Respecto del trámite para la devolución de las cotizaciones en salud que erróneamente efectúen los aportantes, se pronuncia el artículo 12 de la misma norma, así:

“ARTÍCULO 12. Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, éstas 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.

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 sólo 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 sólo 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.”

No obstante, mediante la expedición del **Decreto 674 de 2014**, se modificó la norma en cita, en el sentido de establecer en el artículo 1° que “...*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...*” con lo cual, se entiende modificado el término para presentar la solicitud de reintegro.

Más adelante, con la expedición del **Decreto 780 de 2016**, por medio del cual se compiló y simplificó todas las normas reglamentarias preexistentes en el sector de la salud, se recogieron estas normas en el artículo 2.6.1.1.2.2. Sin embargo, este decreto fue modificado por el Decreto 2265 de 2017, el cual adicionó el artículo 1.2.1.10 y el Título 4 a la Parte 6 del Libro 2, en relación con las condiciones generales de operación de la ADRES.

Sobre la devolución de cotizaciones no compensadas, el artículo 2.6.4.3.1.1.8. de ésta última normativa, dispone:

“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 (...).

Así entonces, este tipo de normativas, tienen como propósito ejercer control sobre el manejo de los recursos del sistema general de salud, pues establecen la forma y los términos en los que eventualmente podrán realizarse reintegros cuando las EPS efectúen pagos erróneos sobre cotizaciones que no han sido compensadas por el FOSYGA, a fin de garantizar el equilibrio financiero del sistema.

Adicionalmente, con ese mismo propósito, el artículo 23 del Decreto 4023 del 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto 674 de 2014, también contempla un control de pagos a cargo del FOSYGA, pues le impone realizar los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo a aquella, estableciendo en todo caso, una verificación de la inexistencia de pagos dobles.

Según esta normativa, “...En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que corresponda, el FOSYGA adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º del Decreto-ley 1281 de 2002. En caso de no efectuarse el reintegro de dichos recursos, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, se dará traslado de los hechos y soportes documentales a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos.

En el evento en que no se efectúe el reintegro ordenado, la Superintendencia Nacional de Salud informará de tal situación al Fosyga, quien podrá descontar los valores involucrados de futuros reconocimientos de UPC o prestaciones económicas según corresponda.”

En ese sentido, resulta claro que las normas a las que ha hecho referencia, estatuyen la forma y los términos en la que habrá de efectuarse las reclamaciones por parte de las EPS o del FOSYGA en aquellos eventos, donde las transferencias de los recursos por UPC no corresponden a la prestación real del servicio de salud, bien a favor de las EPS ora de la cuenta de solidaridad -hoy ADRES.

5. Solución al problema jurídico:

Las anteriores reflexiones, permiten construir el sustento de la tesis planteada por el Despacho, misma que resuelve de forma positiva al problema jurídico, conforme se cita a continuación:

5.1. Hechos probados: El material probatorio allegado al proceso, permite tener como ciertos los siguientes hechos relevantes para la decisión.

- Está demostrado que efectivamente COLPENSIONES expidió los actos administrativos acusados, en los cuales consta la siguiente información:
 - ✓ De la Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016 “Por la cual se ordena el reintegro de unas sumas de dinero” (arc. 02 pág. 23-33- ExV); se tiene demostrado que con ocasión del fallecimiento del señor HERNANDO EFRAÍN PERNETT GARCÍA, se concedió –mediante Resolución GNR 153662 de 26/06/2013 pensión de sobrevivientes a la señora YAMIT YAMILES IZQUIERDO DORIA, y a los hijos menores de edad, MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO, en cuantía equivalente del 50% y 25% respectivamente. No obstante, para el 12 de mayo de 2016, Colpensiones reconoció pensión de sobreviviente adicional a menor YORLIS YONADIS PERNETT AVENDAÑO, representada por la señora SANDRA PATRICIA AVENDAÑO DÍAZ, quedando a favor de los menores de edad, un porcentaje del 16.66% de pensión.
 - ✓ También está demostrado que, dicha prestación fue ingresada en la nómina del periodo junio de 2016, pagadera en el mes de julio de 2016.
 - ✓ Que efectuados los cálculos por parte de COLPENSIONES, se evidenció que se efectuaron aportes de más, por valor de \$173.500 correspondiente a los aportes en salud consignados a la EPS SURA, a favor de los menores MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO, por el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2011 hasta el 30 de mayo de 2016, toda vez que fue ingresada otro beneficiario de la mesada pensional de sobrevivientes.

- ✓ Que, con base a lo anterior, la demandada ordenó el reintegro de dichas sumas de dinero, así:

ARTÍCULO CUARTO: Ordénese a la EPS SURA devolver el valor de CIENTO SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$173.500) que corresponde al período desde 2014-03 hasta 2016-05, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

(...)

ARTÍCULO SEXTO: Informar a la (...) y EPS SURA, que de acuerdo a lo expresado en la parte motiva del presente acto administrativo los cobros por aportes a salud corresponden a la VIGENCIA del período de 2014-04 hasta 2016-06.

Con base a los documentos visibles en las páginas 21-22 arc. 2 del ExV. Está demostrado que COLPENSIONES notificó en debida forma a la EPS SURA el contenido de la decisión.

- Igualmente está acreditado que, la EPS SURA presentó recurso de reposición y en subsidio apelación (arc. 02 pág. 35-39 del ExV) frente a la decisión administrativa.

- También está acreditado que, se expidió la Resolución No. SUB 148 de 02 de enero de 2018 (arc. 02 pág. 14-20 ExV), a través de la cual se modificó la decisión inicial, al constatar que se incurrió en un error aritmético a la hora de citar el valor de los dineros a reintegrar por la EPS SURA, así.

*“(...) **ARTÍCULO PRIMERO:** Modificar la Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016, conforme el recurso presentado por la Entidad Promotora de Salud SURA EPS, en el sentido de ordenar el reintegro de sumas de dinero por valor de CIENTO SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (**\$173.472**), correspondientes al descuento en salud de la menor **PERNETT IZQUIERDO MARCELA**, (...) en los períodos de abril de 2014 hasta junio de 2016, a favor de la de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución...”*

i) De igual forma, con la Resolución No. DIR 919 de 16 de enero de 2018 (arc. 02 pág. 5-11), está demostrado que COLPENSIONES confirmó la decisión anterior, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. SUB No. 148 de 02 de enero de 2018, que modificó la Resolución GNR No. 227648 de 02 de agosto de 2016, conforme el recurso de apelación presentado de forma subsidiaria por la representante legal de la EPS SURA, en el sentido de ordenar el reintegro de las sumas de dinero por valor de \$173.472, correspondientes al descuento en salud de la menor **PERNETT IZQUIERDO MARCELA**, (...) en los períodos de abril de 2014 hasta junio de 2016, a favor de la de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución. ...”*

- También está demostrado que estas decisiones, fueron notificadas en debida forma a la EPS SURA, según consta en las pág. 12-13 y 21-22 arc. 02 del ExV.

6. Caso concreto:

Esta judicatura, de cara al marco jurídico referenciado y de las pruebas obrantes en el proceso, arriba a la conclusión de conceder las pretensiones de la demanda, en tanto se evidencia que el acto administrativo acusado esté revestido de ilegalidad que amerita declarar la nulidad parcial solicitada.

Téngase en cuenta que la EPS SURA y la ADRES reclaman la nulidad de los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES, mediante los cuales les fue ordenado el reintegro de unos aportes en salud que le fueron girados en exceso en nombre y a favor de la menor de edad MARCELA PERNETT IZQUIERDO, deducidos de la pensión de sobreviviente de la que es beneficiaria.

Como se desprende de los actos administrativos acusados, es claro que la devolución de la suma de \$173.472 solicitada por COLPENSIONES, corresponde a los aportes de la salud que efectuó ante la EPS SURA por los meses de abril de 2014 a junio de 2016, en nombre y a favor de la niña MARCELA PERNETT IZQUIERDO. Pago que según se refiere, se efectuó en exceso en tanto, aquellos aportes se liquidaron a partir del 25% de la pensión de sobrevivientes, cuando en realidad correspondía al 16.66%, dada la existencia de otra beneficiaria de la pensión, quien fue reconocida mediante Resolución GNR 139655 de 12 de mayo de 2016. De ahí que, efectuado los cálculos que por ley corresponde a cada uno de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del causante HERNANDO EFRAIN PERNETT GARCÍA, se constató que esta debía ser distribuida así:

- 50% a favor de la señora YAMIT YAMILES IZQUIERDO DORIA (reconocida desde el 18 de agosto de 2011)
- 16.66% a favor de la niña MARCELA PERNETT IZQUIERDO (reconocida desde el 18 de agosto de 2011)
- 16.66% a favor del niño TOMAS PERNETT IZQUIERDO (reconocida desde el 18 de agosto de 2011)
- 16.66% a favor de YORLIS YONADIS PERNETT AVENDAÑO (reconocida desde el 12 de mayo de 2016)

Sobre el particular, es importante mencionar que la pensión de sobrevivientes puede tener varios posibles beneficiarios, y alguno de ellos puede reclamar su derecho cuando previamente esta ya se ha reconocido y otorgado a otra persona, lo que significa que es imprescriptible; pues sin importar que ya ha sido reconocida en favor de quien reclamó primero el derecho, otra persona que considere tener igual o mejor derecho puede solicitar su declaración.

En el presente caso, no es objeto de discusión la existencia del derecho pensional a favor de la niña YORLIS YONADIS PERNETT AVENDAÑO en cuantía equivalente del 16.66%, a quien le fue reconocida la pensión a partir del mes de mayo de 2016, pese a que inicialmente la pensión de sobrevivientes se concedió a favor de los menores de edad MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO.

Tampoco es objeto de duda que los pagos a realizar a los nuevos beneficiarios, en este caso, a la menor PERNETT AVENDAÑO, no podía verse afectado por los pagos que se hubiesen realizado a las personas que inicialmente reclamaron la prestación, pues lo cierto es, que el derecho “debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento», es decir, desde el día del deceso del causante HERNANDO EFRAIN PERNETT GARCÍA, que según consta en los actos acusados acaeció el 18 de agosto de 2011. Luego, el Fondo de Pensiones estaba obligado a reliquidar y distribuir la pensión de sobrevivientes a favor de cuatro (4) beneficiarios desde esa fecha, tal como lo hizo.

No obstante, corresponde precisar que si bien, el Fondo de Pensiones, al momento de reconocer el derecho a la nueva beneficiaria, debía pagar la mesada pensional en cuantía equivalente a 16.66% desde el mes de agosto de 2011; lo cierto es, que ello, no es óbice para realizar un doble pago, pues como ya se advirtió, el 100% de la pensión fue distribuido en porcentajes del 50%, 25% y 25% entre tres (3) de los beneficiarios cuando en realidad correspondía a cuatro (4) en porcentajes del 50%, y 16.66% respectivamente.

Ahora, es claro que en los actos administrativos acusados, COLPENSIONES ordenó la devolución de las mesadas pensionales pagadas a favor de los 2 beneficiarios iniciales (MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO); lo cual tiene razón de ser, a fin de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y en procura de evitar la configuración de un doble pago sin causa alguna.

De igual forma, ordenó la devolución de los aportes de salud pagados en exceso a cada una de las EPS a las cuales estaban afiliados los beneficiarios iniciales MARCELA y TOMAS PERNETT IZQUIERDO, en tanto fueron liquidados sobre la mesada calculada en el 25%, cuando en realidad correspondía al 16,66%. Es decir, al efectuar el reconocimiento de la mesada pensional a favor de una cuarta beneficiaria-hija, el monto de la pensión de los otros dos (2) hijos, disminuyó, y con ello, el valor de los aportes en salud que cada uno de los beneficiarios estaban obligados a efectuar.

Sin embargo, de los actos administrativos demandados, se constata que la menor MARCELA PERNETT IZQUIERDO, por el periodo comprendido entre abril de 2014 a mayo de 2016, se encontraba afiliada a esa EPS SURA, por lo que COLPENSIONES realizó aportes en salud liquidados en exceso en un 8.34%, pues

la base de liquidación usada para el efecto, fue el 25% de la pensión de sobrevivientes, y no del 16.66%.

En ese sentido, es indiscutible que los dineros recibidos por la EPS SURA, reflejan el cumplimiento del deber que le asiste a aquella de fungir como recaudadora de las cotizaciones y aportes a la salud en virtud de la delegación del FOSYGA -hoy ADRES- tal como lo ordena el artículo 177 de la Ley 100 de 1993. Recursos frente a los cuales, estaba obligada a descontar el valor de la UPC por su afiliada al sistema y girar los dineros restantes o el excedente de lo que se hubiese aportado al ADRES.

No obstante, es importante advertir que independientemente del valor de los aportes en salud efectuados a la EPS a nombre de la menor MARCELA PERNETT IZQUIERDO; este giro, constituye un solo concepto -cotización al sistema de salud, por lo que de esa totalidad la EPS estaba obligada a descontar el valor de la UPC de la afiliada y transferir el saldo a la cuenta de solidaridad del FOSYGA (ADRES). Pago y transferencia que no desconoce el mandato del artículo 19 de la Ley 4ta de 1992, pues lo cierto es que la EPS solo percibe un único valor que por UPC le corresponde por su afiliada indistintamente del valor cotizado mensualmente.

Bajo ese entendido, es indiscutible que los aportes en exceso realizados a la EPS SURA por el la administradora de pensiones en nombre y a favor de la menor de edad, no constituyen conceptos distintos, por lo que la EPS estaba obligada a descontar del total del aporte, el valor de las UPC y trasladar 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, conforme lo ordena el artículo 205 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior significa que, las EPS una vez recaudan el pago y/o cotización de sus afiliados tiene derecho a descontarse el valor correspondiente de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada persona afiliada y NO por cada cotización realizada en su favor, para luego trasladar la diferencia del aporte al FOSYGA (ADRES), ello - se insiste- independientemente de cuál sea el valor de la cotización y/o aporte que se haga al Sistema de Salud.

De ahí entonces, resulta indudable que, es en la ADRES donde descansan los dineros que resultan de la compensación y de los que fueron pagados en exceso por los afiliados, siendo función de la EPS SURA actuar únicamente como delegataria del FOSYGA (ADRES) en cuanto a recaudar los aportes que por concepto de cotizaciones se trata. Luego, de exigir el reintegro de aquellas cotizaciones pagadas en exceso, le correspondería al FOSYGA (ADRES) y no a la EPS SURA proceder a su devolución. Empero, vale mencionar que en el presente caso, los actos administrativos acusados no le impusieron obligación alguna a

aquella (ADRES), que la vincule formalmente con el cobro coactivo de los dineros solicitados (\$173.472).

Ahora, en el evento hipotético de considerar que COLPENSIONES está facultada para perseguir el cobro de los aportes que excedían lo debido; es indudable que es a ésta, a quien le correspondía adelantar el trámite administrativo correspondiente, conforme lo regula el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 674 de 2 de abril de 2014 y Decreto 780 de 06 de mayo de 2016 -norma última que resulta aplicable al caso, en tanto es la vigente para el momento de la expedición de los actos acusados (Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016)-.

Lo anterior, pues se itera que esta normativa faculta a los aportantes a solicitar a las EPS y a las EOC la devolución de las cotizaciones pagadas en exceso dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago a partir de la entrada en operación de las cuentas maestras.

Así, una vez presentada la solicitud de devolución dentro de la oportunidad legal, las EPS y EOC tienen el deber de determinar la pertinencia del reintegro y, de encontrarlo procedente, enviar ante el FOSYGA la solicitud detallada de la devolución de cotizaciones el último día hábil de la primera semana de cada mes. En ese caso, el Fosyga (ADRES) está obligado a procesar y generar los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información y una vez Las EPS y las EOC reciban los resultados de aquel procesamiento, están obligadas a girar de forma inmediata los recursos, al respectivo aportante -en este caso a COLPENSIONES.

En el caso de marras, las cotizaciones de las que se pretende la devolución, corresponden a los meses de abril de 2014 a junio de 2016; por lo que la solicitud de reintegro debió presentarse dentro de los 12 meses siguientes a su pago, esto es, hasta abril de 2015 y a junio del año 2017 respectivamente. No obstante, no obra en el plenario, prueba alguna que demuestre que COLPENSIONES presentó ante la EPS SURA ni FOSYGA la solicitud de devolución de aquellas cotizaciones dentro de la oportunidad legal. Por el contrario, solo constan los actos acusados a través de los cuales, COLPENSIONES le impone a la EPS SURA la orden de devolución de aportes por valor de \$173.472, los cuales fueron expedidos con posterioridad a los 12 meses de que trata la norma, esto es, por fuera de la oportunidad legal.

En ese sentido, se concluye que los actos administrativos demandados fueron expedidos con falsa motivación⁷ comoquiera que COLPENSIONES yerra al imponer

⁷ Según lo afirmó la Sección Segunda del Consejo de Estado, la falsa motivación es una causal de nulidad de los actos administrativos que es entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad, A su

a la EPS SURA el pago de unos dineros que por ministerio de la ley, no se encuentran en su poder, además de desconocer las normas que regulan la materia al dejar de promover dentro de la oportunidad legal “la solicitud de reintegro de aportes pagados en exceso” previsto en el artículo 1° del Decreto 674 de 2014, modificado por el Decreto 780 de 2016.

Lo anterior, por cuanto se insiste que en el evento hipotético de haberse presentado en tiempo la solicitud de devolución de dichos dineros (12 meses), la EPS SURA únicamente estaba obligada a determinar su procedencia y solicitar ante el FOSYGA su devolución; siendo esta última la encargada de reintegrar los dineros pagados en exceso; toda vez que los valores transferidos a la EPS por concepto UPC (representa por un lado el pago por los servicios administrativos que presta y el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería) respecto de cada afiliado, mientras que el dinero fruto de la diferencia entre el valor de la UPC y el valor la cotización debe ser girado a la ADRES como sucesora del FOSYGA, a fin de sostener el Sistema.

En ese sentido, tales argumentos se desestiman y con ello, las excepciones de mérito planteadas.

Conclusión: Con todo lo anterior, se da respuesta positiva al problema jurídico planteado y en ese sentido, se accede a las pretensiones de la demanda presentadas, por la EPS SURA al haberse probado que los actos acusados están revestidos de ilegalidad por falsa motivación, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, se ordenará declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 227648 de 02 de agosto de 2016, y la nulidad total de las Resoluciones Resolución No. SUB 148 de 02 de enero de 2018 y No. DIR 919 de 16 de enero de 2018 proferidas por COLPENSIONES por las razones aquí expuestas. A título de restablecimiento del Derecho se declarará que no le asisten en este caso a la EPS SURA realizar la devolución y/o pago de los aportes indicados en tales actos demandados, en atención a las consideraciones expuestas en líneas anteriores.

Reconocimiento de Intereses por mora:

En cuanto a la solicitud de reconocimiento de intereses por mora e indexación planteada por la EPS SURA, frente a los dineros que eventualmente haya realizado la devolución y hasta el momento del cumplimiento de la sentencia; el Despacho la deniega en tanto los dineros objeto de litigio constituyen aportes al sistema de seguridad social por cotización en salud de una afiliada, cuyo monto es un valor fijo que hacen parte de los bienes parafiscales ajenos a cualquier tipo de gravamen,

juicio, esta se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo respectivo, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición. Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia, 23001233300020140009101 (496116), 18/02/2021.

pues de serlo se estarían contrariando el artículo 48 de la Carta Política dándole un objeto o característica distinta a los fines previstos por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, se deniega esta pretensión.

7. Costas:

El artículo 188 del CPACA adicionado por el artículo 47 de Ley 2080 de 2021, prescribe que *“se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*. Esta norma exige que el juez debe realizar ese análisis; entiende esta judicatura que igual exigencia es plausible aplicarla a la contestación de la demanda para efectos de condena en costas. Hecha la revisión en el presente caso se encuentra que la demandada fundamentó jurídicamente su defensa, por tanto, no hay lugar a imponerle costas procesales.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución N° GNR 227648 de 02 de agosto de 2016, por medio de la cual, COLPENSIONES, le ordenó a la EPS SURA devolver el valor de \$173.472 correspondiente a aportes en salud por las vigencias de abril de 2014 a junio de 2016, derivadas de la pensión de sobrevivientes correspondiente a la menor de edad MARCELA PERNETT IZQUIERDO. Así mismo, se declara la nulidad de las Resoluciones No. SUB 148 de 02 de enero de 2018 y Resolución No. DIR 919 de 16 de enero de 2018, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente. Lo anterior, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR a título de restablecimiento del derecho que no le asiste en este caso a EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA - EPS SURA la obligación de realizar la devolución y/o pago de los aportes indicados en los actos administrativos antes referidos, en atención a las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

En los términos del artículo 71 del CGP, los efectos de la presente sentencia no se extienden a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, quien actuó en el presente litigio, en calidad de coadyuvante por activa.

TERCERO: DENEGAR las demás prestaciones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: SIN LUGAR a imponer condena en costas.

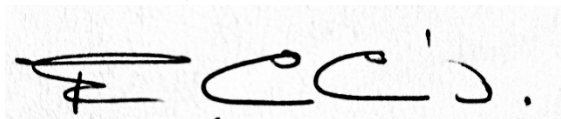
QUINTO: La presente decisión se notificará conforme lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011. Contra la misma, procede el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, ante el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, recurso que podrá interponerse y sustentarse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Para efectos de notificaciones téngase los siguientes canales digitales:

- Parte demandante: jlopez@lba.legal
- Coadyuvante por activa: notificaciones.judiciales@adres.gov.co
- Parte demandada: rendonycardonaabogados@gmail.com y abacomedellin@gmail.com y leidypatriciaalm@gmail.com
- Ministerio Público: srivadeneira@procuraduria.gov.co

SEXTO: Archivar el expediente una vez en firme la presente decisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



PATRICIA CÓRDOBA VALLEJO
JUEZ