

Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	159316
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:	1537751
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA 221 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA DE MOCOA
Valor económico inicial:	\$30.076.370,00
Valor económico indexado:	\$30.076.370,00
Última actuación:	PRESENTACION DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

Partes del proceso o caso:

Tipo de parte procesal	Tipo de documento	Identificación	Nombre/Razón social	Calidad
ENTIDAD	Número de identificación tributaria	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	CONVOCADO
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	800089427	COOPERATIVA MULTIACTIVA DE EMPLEADOS DEL GOBIERNO EN EL PUTUMAYO	CONVOCANTE

Hechos:

1.1. LA COOPERATIVA COOMEGOP PARA LAS VIGENCIAS DE ENERO DE 2017 Y DICIEMBRE DE 2018 REALIZÓ APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

1.2. DICHOS PAGOS FUERON EFECTUADOS POR CONCEPTO DE APORTES A SALUD CON DESTINO A LAS RESPECTIVAS EPS ENTRE LOS PERIODOS DE ENERO DE 2017 Y DICIEMBRE DE 2018 COMO SE RELACIONA A CONTINUACIÓN:

A. EMSSANAR: \$1.413.885 EN EL AÑO 2017. INDEXADOS EQUIVALEN A \$1.599.657,53 Y \$2.282.359 EN EL AÑO 2018. INDEXADOS EQUIVALEN A \$2.480.987,75.

B. MEDIMÁS: \$3.897.054 EN EL AÑO 2017. INDEXADOS EQUIVALEN A \$4.409.093,93 Y \$8.290.328 EN EL AÑO 2018. INDEXADOS EQUIVALEN A \$9.011.817,24.

C. NUEVA EPS: \$798.384 EN EL AÑO 2017. INDEXADOS EQUIVALEN A \$903.284,9.

- 1.3. EL 23 DE DICIEMBRE DE 2020 SE ENVIÓ EL OFICIO G 122 AL ICBF SOLICITANDO EL PAGO DE LO NO DEBIDO.
- 1.4. EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2021 EL ICBF EXPIDIÓ LA RESOLUCIÓN N. 1056, MEDIANTE LA CUAL ORDENÓ LA DEVOLUCIÓN DE APORTES PARA EL AÑO 2017 POR VALOR DE \$4.086.900 Y PARA EL AÑO 2018 POR VALOR DE \$3.620.400.
- 1.5. EL 24 DE MARZO DE 2023 SE ENVIÓ A LAS CONVOCADAS LA SOLICITUD DE PAGO DE LO NO DEBIDO.
- 1.6. EL 12 DE MAYO DE 2023 ADRES DIO RESPUESTA INDICANDO QUE DIO TRASLADO POR COMPETENCIA A LAS EPS.
- 1.7. EL 09 DE AGOSTO DE 2023, POR MEDIO DE OFICIO VO-GRC-DRC 207990- 23 NUEVA EPS NEGÓ LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE PAGO DE LO NO DEBIDO.
- 1.8. EL 29 DE MAYO DE 2023 EMSSANAR DIO RESPUESTA NEGATIVA A NUESTRA SOLICITUD.
- 1.9. HASTA LA FECHA MEDIMAS EPS-S S.A.S., NO HA DADO RESPUESTA A NUESTRA SOLICITUD.
- 1.10. EL CONSEJO DE ESTADO, DENTRO DEL PROCESO DE NULIDAD BAJO EL RADICADO N° 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692), DETERMINÓ QUE LAS COOPERATIVAS ESTÁN EXONERADAS DE APORTES A SALUD, SENA E ICBF RESPECTO DE LOS TRABAJADORES QUE DEVENGAN MENOS DE 10 S.M.L.MV.
- 1.11. EL CONSEJO DE ESTADO, MEDIANTE FALLO DENTRO DEL PROCESO DE NULIDAD BAJO EL RADICADO N° 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692), DECLARÓ LA NULIDAD DE LAS EXPRESIONES “19-4” Y “Y 1.2.1.5.2.1.” DEL ARTÍCULO 1.2.1.5.4.9 DEL DECRETO 1625 DE 2016, SUSTITUIDO POR EL DECRETO 2150 DE 2017.
- 1.12. EL CONSEJO DE ESTADO DETERMINÓ EN EL FALLO LO SIGUIENTE RESPECTO DE LAS COOPERATIVAS:
- “(…) LAS COOPERATIVAS COMO ENTIDADES LEGALMENTE PERTENECIENTES AL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL, NO REQUIEREN LA CALIFICACIÓN PREVISTA EN EL PARÁGRAFO 2 DEL ARTÍCULO 114-1 DEL ET Y, EN ESA MEDIDA, ESCAPAN AL SUPUESTO DE OBLIGATORIEDAD QUE ALLÍ SE ESTABLECE PARA LA REALIZACIÓN DE APORTES PARAFISCALES Y COTIZACIONES; CONSECUENTEMENTE, TALES ENTIDADES ACCEDEN A LA EXENCIÓN LEGAL PREVISTA EN EL INCISO PRIMERO DE DICHA NORMA Y LOS APARTES ACUSADOS SON ILEGALES, EN CUANTO LES PRIVAN DE ESE DERECHO CON EVIDENTE EXCESO EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.”

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	INCUMPLIMIENTO EN EL RECONOCIMIENTO DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS INCLUIDOS O NO EN EL POS	

Valor económico del proceso o caso

Pretensiones:

Descripción	Unidad monetaria	Valor
	PESOS	30.076.370,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Pruebas allegadas al caso por las partes:

5.1. Parte convocante:
5.1.1. Comprobantes de egreso de pago de seguridad social y parafiscales por los años 2017 y 2018.
5.1.2. Planillas pagadas de seguridad social y parafiscales por los años 2017 y 2018.
5.1.3. Oficio 122 enviado al ICBF solicitando el pago de lo no debido.
5.1.4. Resolución N. 1056 de 24 de noviembre de 2021.
5.1.5. Oficio ADRES 20231500248061.
5.1.6. Oficios Nueva EPS.
5.1.7. Oficios EMSSANAR.
5.1.8. Sentencia de nulidad con radicado 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692) del 30 de julio de 2020, por medio de la cual se declaró la nulidad parcial del artículo 1.2.1.5.4.9 del DUR 1625 de 2016, sustituido por el artículo 2 del Decreto 2150 de 2017.
5.1.9. Escritura pública
5.1.10. Estatutos
5.2. Parte convocada:
5.2.1. Apoyo técnico validado por la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES

Requisitos con que cumple la solicitud de conciliación:

Designación del funcionario al que se dirige
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
Demostración del Agotamiento de la vía gubernativa
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
Copia de la petición de conciliación enviada previamente al convocado
Firma del apoderado del solicitante o solicitantes

Decisiones del comité de conciliación relacionadas con el proceso objeto de estudio

Decisiones tomadas por el comité en casos similares:

Nro. Ekogui	Número de identificación	Decisión del comité	Conclusiones del comité
-------------	--------------------------	---------------------	-------------------------

1426322		No concilia	El Comité por unanimidad resuelve no proponer fórmula de conciliación toda vez que los 787 recobros se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la caducidad. Frente a los demás no es viable su reconocimiento debido a la imposición de glosas con fundamento en la normativa vigente a la fecha de prestación del servicio.
1455138		No concilia	No presentar fórmula conciliatoria, teniendo en cuenta que la información contenida en el FURPEN, por una parte generó duda razonable en virtud a que no es consistente con otras reclamaciones que se encuentran en trámite; adicionalmente, y comoquiera que la indemnización peticionada tiene sustento en una reclamación administrativa que se encuentra debidamente reglamentada en el Decreto 780 de 2016 y la Resolución 1645 de 2016 que disponen el agotamiento de una auditoria integral de carácter médico, jurídico y financiero, si se evidencia una atención medica que sustente la atención de la víctima debe aportarse, situación que no acaeció en el particular, por lo que la administración se encuentra impedida de efectuar el reconocimiento requerido. Es vital tener en cuenta que la convocante únicamente allegó una certificación de la EPS SALUD TOTAL, en la que se indica “no hay registro con atenciones en el servicio de urgencia ni en consulta externa como medicina general, medicina especializada, odontológica, en la unidades atención (UUAP, UAB, UOD, UME) de Salud Total”, la cual no se relaciona con la atención del accidente de tránsito, pero, en todo caso, en los soportes se enuncia una atención medica que requiere validarse y como se indicó, no fue aportada.

Análisis del proceso o caso

Objeto de la solicitud de conciliación

2.1. llegar a un acuerdo conciliatorio relacionado con el pago de lo no debido que efectuó COOMEGOP a las convocadas por el pago de los aportes para fiscales entre 2017 y 2018, de la siguiente manera

- Emssanar: \$1.413.885 en el año 2017. Indexados equivalen a \$1.599.657,53 \$2.282.359 en el año 2018. Indexados

equivalen a \$2.480.987,75.

- Medimás: \$3.897.054 en el año 2017. Indexados equivalen a \$4.409.093,93 \$8.290.328 en el año 2018. Indexados equivalen a \$9.011.817,24.

- Nueva: \$798.384 en el año 2017. Indexados equivalen a \$903.284,9.

2.2. Conforme a lo señalado, la convocante solicitó la devolución de los pagos realizados entre enero de 2017 y diciembre de 2018 por concepto de aportes parafiscales, debidamente indexados y con intereses de mora según lo establecido en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.

Principal problema jurídico

Determinar si la ADRES debe devolver los aportes pagados por la COOPERATIVA MULTIATIVA DE EMPLEADOS DEL GOBIERNO EN EL PUTUMAYO (COOMEGOP) por configurarse un pago de lo no debido respecto de los aportes a la seguridad social en salud efectuados durante el periodo comprendido entre enero de 2017 a diciembre de 2018, por tratarse de recursos que con ocasión del fallo cambiaron su condición y además ostentarían una situación jurídica no consolidada al 30 de julio de 2020.

Análisis de caducidad y/o prescripción

Para el presente caso, de acuerdo con la solicitud de conciliación, el medio de control presentado es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, se tiene que el término de caducidad para la presentación de este medio de control se encuentra consagrado en el literal d) del numeral segundo del artículo 164 ibidem, el cual establece:

“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;

Ahora bien, tal y como se indicó previamente, la convocante no señaló el acto administrativo que consideró quebrantado, sin embargo, se tomará en cuenta la comunicación de No. 20231500248061 de 18 de abril de 2023, mediante la cual se contestó la solicitud de devolución de aportes que la cooperativa radicó erróneamente ante ADRES con oficio No. 20231420778842 de fecha 27 de marzo de 2023.

Así las cosas, la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría el 13 de septiembre de 2023 y la comunicación de No. 20231500248061 de 18 de abril de 2023, fue remitida el viernes, 12 de mayo de 2023 quedando en firme el 15 de mayo de 2023. Por lo tanto, en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la caducidad, puesto que no se agotaron los cuatro meses que dispone la norma para la presentación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Análisis del caso

7.1. Cuestión previa.

Respecto a las pretensiones que formula la convocante en el escrito de conciliación, resulta oportuno precisar que no especifica la fórmula de arreglo conciliatorio. Con lo cual se advierte el incumplimiento del numeral 5 artículo 101 de la Ley 220 de 2022, que establece:

“ARTÍCULO. 101. Petición de convocatoria de conciliación extrajudicial.

5. Pretensiones que el convocante formularía en una eventual demanda y la fórmula de conciliación extrajudicial que propone, expresado con precisión y claridad.”

Así entonces, atendiendo al medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho al que invoca la convocante, debió señalar como mínimo, el acto administrativo que considera quebrantado por la administración, so pena de que la conciliación sea inadmitida.

7.2. De las situaciones jurídicas consolidadas y no consolidadas.

Comoquiera que la convocante en su calidad de cooperativa aludió a la radicación de un derecho de petición que fue presentado a la ADRES, por medio del cual solicitó la devolución de los recursos pagados entre 2017 a 2018, es necesario

distinguir a efectos del análisis que se realizará en la presente ficha, si esos recursos solicitados corresponden o no a situaciones jurídicas consolidadas, frente a los cuales deba mantenerse la decisión de NO DEVOLUCIÓN.

A. De la sentencia de nulidad proferida por el Consejo de Estado

ANTECEDENTES:

7.2.1. La señora ALBA LUCÍA OROZCO demandó la nulidad parcial del artículo 2 del Decreto 2150 de 2017, aduciendo que, al sustituir el artículo 1.2.1.5.4.9. del Decreto 1625 de 2016, excedió la potestad reglamentaria y el principio de legalidad de los tributos.

7.2.2. Estimó como normas violadas los artículos 83, 84, 189 [11] y 338 de la Constitución Política; 114-1 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 65 de la Ley 1819 de 2016.

7.2.3. Sobre el concepto de violación expuso, en síntesis, lo siguiente:

- Señaló que las expresiones acusadas violan las normas tributarias porque excluyen de la exoneración de aportes al SENA, ICBF y cotizaciones al régimen contributivo de salud, a las cooperativas respecto de trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV, no obstante que estas reúnen las condiciones exigidas por el artículo 114-1 del ET para gozar del beneficio, por tratarse de contribuyentes declarantes de renta no calificables en el régimen tributario especial, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 19 del ET, en concordancia con el artículo 19-4 ib.

- Indicó que la expedición de la norma demandada un año después de entrar a regir el artículo 65 de la Ley 1819 de 2016, viola los principios de buena fe y confianza legítima de los contribuyentes del artículo 19-4 del ET, que desde el 1 de enero de 2017 venían aplicando la exoneración otorgada por dicha ley.

- Adujo que, en lugar de dictar medidas para ejecutar la exoneración prevista en la Ley 1819 de 2016 respecto de las cooperativas, lo que hizo el reglamento fue eliminarles dicho beneficio e incluir un sujeto pasivo de aportes no establecido en la ley.

- Manifestó que los considerandos de la norma demandada no presentan antecedente legislativo válido para excluir a las cooperativas de la exoneración de aportes al SENA, al ICBF y al régimen contributivo de salud, pues la ponencia de primer debate a la que aluden se orienta a definir el tratamiento de la exoneración de aportes para los contribuyentes de que tratan los artículos 1, 2 y 3 del artículo 240 del ET y el artículo 240-1 ib., no para las cooperativas del artículo 19-4 ejusdem, respecto de quienes las consideraciones del Decreto 2150 de 2017 presentó una conclusión ilógica para arrebatarles el derecho a la exención.

- Explicó que mientras las entidades sin ánimo de lucro calificadas en el régimen tributario especial no tributan por impuesto de renta y reinvierten sus excedentes en las actividades propias de su objeto social, las cooperativas del artículo 19-4 del ET debían tributar sobre sus rentas o excedentes a la tarifa del 15% (en el 2018) y del 20% (en el 2019 y ss).

- En escrito aparte, la demandante solicitó la suspensión provisional de los apartes demandados [7], medida negada por Auto del 23 de julio de 2018, que invocó la falta de elementos de certeza sobre la vulneración normativa alegada, puesto que los cargos de nulidad planteaban aspectos que excedían la confrontación normativa con las disposiciones presuntamente violadas

7.2.4. El 30 de julio de 2020 el Consejo de Estado resolvió anular las expresiones “19-4” y “y 1.2.1.5.2.1” del artículo 1.2.1.5.4.9 del Decreto 1625 de 2016, sustituido por el artículo 2 del Decreto 2150 de 2017, porque acorde con su naturaleza jurídica, las cooperativas como entidades legalmente pertenecientes al régimen tributario especial, no requieren la calificación prevista en el parágrafo 2 del artículo 114-1 del ET y, en esa medida, escapan al supuesto de obligatoriedad que allí se establece para la realización de aportes parafiscales y cotizaciones; consecuentemente, tales entidades acceden a la exención legal prevista en el inciso primero de dicha norma y los apartes acusados son ilegales, en cuanto les privan de ese derecho con evidente exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Ahora bien, no podría pensarse que esta exención que ya estaba consagrada según lo alude el fallo desde la Ley 1819 de 2016, sea un aspecto novedoso. Lo anterior tiene fundamento en el fallo del Consejo de Estado que al respecto indica:

En efecto, la Ley 1943 de 2018 [art. 18] modificó el parágrafo transcrito en el sentido de disponer que “Las entidades que deben realizar el proceso de calificación de que trata el inciso segundo del artículo 19 del Estatuto Tributario, para ser admitidas como contribuyentes del régimen tributario especial, estarán obligadas a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y las pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el

artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.”

A su turno, el artículo 204 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 expedido por la Ley 1955 de 2019, dispuso adicionar el mismo párrafo para referirse expresamente a las entidades del artículo 19-4 del ET, con el siguiente inciso “Las entidades de que trata el artículo 19-4 del Estatuto Tributario conservan el derecho a la exoneración de que trata este artículo.”

Finalmente, la reforma de la Ley 2010 de 2019[34] [art. 135], dispuso una nueva modificación sobre el artículo 114-1 del ET, para adicionar el párrafo 2 de dicha norma en los términos dispuestos por el artículo 204 del Plan Nacional de desarrollo anteriormente referido.

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

7.2.5. Por lo expuesto, la sala anuló las expresiones “19-4” y “y 1.2.1.5.2.1” del artículo 1.2.1.5.4.9 del Decreto 1625 de 2016, sustituido por el artículo 2 del Decreto 2150 de 2017, por exceder la potestad reglamentaria respecto del artículo 114-1 del ET. Estatuto tributario que existe desde 1989.

7.3. Exoneración de las Cooperativas al pago de aportes

De las disposiciones normativas señaladas en precedencia y el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, se observa que las cooperativas desde siempre se han encontrado exoneradas del pago de aportes parafiscales y cotizaciones al régimen contributivo de salud, por ser contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y por no estar obligadas a realizar el proceso de calificación para pertenecer al régimen tributario especial.

Sin embargo, aunque las Cooperativas se encuentran exoneradas de dicho pago, para efectos de la devolución de aportes en salud ante la ADRES, se deben someter al régimen general, por lo que no es procedente realizar la devolución si no se realizó por intermedio de la EPS y si no lo solicitó conforme a los términos dispuestos por la normativa, pues la Sentencia NO CREÓ, MODIFICÓ O EXTINGUIÓ ALGUN DERECHO. La sentencia confirmó una exención que se estableció mediante el Estatuto Tributario y por tanto, la Cooperativa no debió realizar ningún aporte, so pena de que proceda la compensación y con ella, la imposibilidad de recuperar los aportes efectuados si superaron el tiempo y no se acató el procedimiento contemplado en el Decreto 780 de 2016.

7.4. Del pago de lo no debido y criterio de especialidad de normas.

El código civil en su artículo 2313 establece que:

“ < PAGO DE LO NO DEBIDO>. Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor.”

Al respecto es oportuno precisar, que la aplicación de esta figura se recurre por analogía o de manera general cuando no existe un procedimiento especial, lo cual no ocurre en el caso concreto. El sistema de seguridad social en Salud prevé una normativa especial aplicable a la devolución de aportes. Así las cosas, la norma especial prima sobre la norma general. De tal manera, que la devolución de aportes tiene su fundamento legal en el Decreto 780 de 2016 artículos 2.6.4.3.1.1.6 y 2.6.4.3.1.1.8.

Ahora bien, es importante aclarar el criterio de especialidad de las normas en pronunciamientos de la Corte Constitucional en Sentencia C-439 de 2016.

“Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a

una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.”

En consecuencia, COOMEGOP debe ceñirse al procedimiento establecido en el Decreto 780 de 2016 para la solicitud de devolución de aportes teniendo en cuenta que, existe una normatividad especial que regula su trámite. En ese sentido, y en virtud del principio (*lex specialis derogat generali*), la convocante debe acudir ante la EPS a efectos de solicitar la devolución de aportes dentro de los términos establecidos para ello.

Nótese, que la demandante incurre en un error en la interpretación de normas aplicables al caso concreto. Por consiguiente, se reitera que de conformidad con lo establecido en el inciso 3 del artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 modificado por el artículo 93 del Decreto Ley 2106 de 2019, la devolución de aportes tiene un término máximo de (1) año contado a partir del aporte a cargo de la ADRES. En suma, la convocante debe tener en cuenta que no es factible efectuar devolución alguna sin antes surtir el procedimiento especial que se ha regulado. Pues mal haría la Entidad en omitir las normas y ritualidades que rigen la materia.

En virtud de lo anterior se precisa, que en ninguna manera la Entidad está desconociendo el precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Por el contrario, la ADRES actuando en apego a la normatividad aplicable y los postulados constitucionales no puede obviar el procedimiento dispuesto para ello y acceder a la devolución de aportes sin cumplirse lo establecido en la normatividad especial Decreto 780 de 2016, y demás normas de rango superior que rigen la materia.

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

En razón a la solicitud de conciliación radicada, el día 13 de septiembre de 2023 mediante correo electrónico la OAJ solicitó concepto técnico a la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES, la cual fue allegada el día 15 de septiembre de 2023. Así entonces, el área encargada respecto al caso en particular indicó:

“Para el efecto, se adjuntan en archivo Excel los resultados de la consulta en la base de datos con información de los pagos de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes -PILA a que tiene acceso la Dirección de Liquidaciones y Garantías, efectuados a las EPS por el aportante COOPERATIVA MULTIACTIVA DE EMPLEADOS DEL GOBIERNO EN EL PUTUMAYO (COOMEGOP) identificada con NIT. 800089427-6, indicando dentro del mismo el estado del aporte, (compensado o no compensado); de igual forma no se observan solicitudes de devolución de aportes por parte de las EPS.

Se advierte que dicho histórico de aportes, corresponden a la consulta de la base de datos COM_4023, que son el reflejo de los datos entregados por los operadores de información a través de la Planilla integrada de liquidación de aportes – PILA a la ADRES, bajo el anexo técnico 4 de la Resolución 2388 de 2016.

III. FRENTE AL ASUNTO

Se informa que la Dirección de liquidaciones y Garantías con Radicado No. 20231500248061 de 18 de abril de 2023, dio respuesta a la petición Radicada 20231420778842 de fecha 27 de marzo de 2023 de COOMEGOP, informándole que no es competente para pronunciarse directamente respecto a los aportes que fueron efectuados a las Empresas Promotoras de Salud, razón por la cual solo informó el procedimiento normativo que debía seguirse para solicitar la devolución ante las respectivas EPS y advirtiendo del término previsto para su procedencia.

Asimismo, trasladó la petición a cada una de las EPS competentes, lo cual se dio a conocer en la respuesta dada a COOMEGOP, en este entendido y en tratándose de un ACTO DE TRÁMITE que solo brindó una información, no proceden recursos.

En este orden de ideas no puede predicarse violación al debido proceso, ni falsa motivación respecto de actos de trámite y menos aún, pretender que se apliquen los requisitos que contempla el artículo 137 la Ley 1437 de 2011, para la declaratoria de nulidad.

-Por lo anterior, se precisa que con el radicado inicial 20231500248061 de 18 de abril de 2023, del cual se pretende la nulidad se le dio respuesta a la solicitud de devolución de aportes que la cooperativa radicó erróneamente ante esta Entidad 20231420778842 de fecha 27 de marzo de 2023, por concepto de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, por trabajadores que individualmente considerados devengaban menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme consta en el mismo, la ADRES suministró una información clara y precisa referente al procedimiento administrativo que debe surtir para la devolución de aportes solicitada cuando los recursos son girados directamente a las Empresas Promotoras de Salud - EPS, como es el caso concreto, según se trate de recursos compensados o no compensados y las normas (artículos 2.6.4.3.1.1.6 y 2.6.4.3.1.1.8 del Decreto 780 de 2016 y lo dispuesto

en el inciso 3 del artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 modificado por el artículo 93 del Decreto Ley 2106 de 2019) que aplican, advirtiendo el término para su procedencia; por lo que, en tratándose de un ACTO DE TRÁMITE.

(...) Por lo anterior, se concluye:

1. Conforme Excel adjunto, este contiene toda la información del reporte de aportes efectuados por la Cooperativa a las EPS, con su correspondiente estado.
2. Las respuestas dadas a la Cooperativa, son simples ACTOS DE TRÁMITE y los demás fueron trasladados a las EPS competentes de lo cual se le informó a la cooperativa.

3. Se reitera que existe un procedimiento administrativo de orden legal para reclamar la devolución de aportes ante las EPS, para que estas a su vez reclamen ante la ADRES, razón por la cual no somos competentes para pronunciarnos directamente respecto a una solicitud de devolución de aportes, así mismo existe un término perentorio para la respectiva reclamación, el cual no puede ser obviado, como en efecto se informó al peticionario en los “ACTOS DE TRÁMITE”, por lo que en efecto, no se respondió de fondo y se realizaron los traslados, habida cuenta que no se pueden obviar el procedimiento establecido para el efecto previsto en la norma cuando los recursos se giran a las EPS, como tampoco se puede obviar el término perentorio dispuesto en las mismas, razón por la cual no existe vulneración a las normas de rango constitucional y legal y, en consecuencia, en caso de demanda, no se cumplen las cuales de nulidad del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 que aplica para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos solicitados en la conciliación.

4. A la luz de las normas vigentes, si en gracia de discusión bajo otra interpretación consideraran que le corresponde a la ADRES pronunciarse directamente frente a la devolución de los aportes efectuados ante las EPS, el termino para reclamar se encuentra prescrito, esto es, si se cuenta el año de manera retrospectiva desde la reclamación a la fecha de pago de los aportes superó el año previsto en las normas para que proceda la devolución y si se cuenta desde la ejecutoria de la sentencia del consejo de Estado, también está prescrito el término.

5. Finalmente, los recursos girados a las EPS fueron compensados con las consecuencias implícitas que conlleva el giro de la UPC conforme lo señalado en anteriores párrafos.

6. Así las cosas, guiándonos por las normas especiales y prevalentes que aplican en el Sistema General e Seguridad Social en Salud para la devolución de aportes, la reclamación que realizó la cooperativa demandante ante la ADRES, en primera medida, así administre los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no es competente directamente para resolver de fondo la solicitud de devolución de los aportes que fueron girados a las EPS, por lo tantas veces indicado en este escrito y, en segundo lugar, la reclamación la hizo fuera de términos, ya que la única excepción para que proceda devolución una vez prescrito el término de un año, es la existencia de un fallo judicial que así lo ordene; sin que la sentencia del Consejo de Estado fundamento de la reclamación que anuló algunos preceptos normativos, hubiese ordenado la devolución de aporte alguno o indicado la aplicación de efectos retroactivos, siendo la única excepción que permitiría que posterior al término de un año previsto en la norma, se pudieran devolver recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; de no ser así, estaríamos ante una inseguridad jurídica que desfinanciaría el Sistema de Salud, en contraposición a los derechos del goce efectivo de la Salud de todo el pueblo colombiano consagrado en la Ley estatutaria 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la Salud.”

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

Así las cosas, se procederá a explicar el procedimiento de devolución de aportes, entre otros, para dar más claridad sobre el tema.

7.4 De la falta de legitimación en la causa en cabeza de la Adres

Conforme a los argumentos facticos y jurídicos manifestados por la convocante, se realizó un análisis acucioso de la procedencia de solicitud de nulidad invocada por la Cooperativa, en el cual se logra observar que, no es la Adres la llamada a responder por las causales de nulidad manifestadas, ya que el acto demandado no es el que vulnera el derecho de la convocante, por el contrario, este se ajusta a la normativa superior como lo es la Constitución que rige la materia de recursos destinados al sostenimiento del sistema de salud Pública y demás normas especiales.

En este sentido, vale la pena señalar que el acto administrativo que desconoció el derecho de la convocante corresponde al Decreto 2150 de 2017 expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pues en su contenido se extralimitó

la facultad reglamentaria y asignó una carga adicional a las Cooperativas al desconocer la exención que contemplaba el Estatuto Tributario. En este orden de ideas, esta resolución sería la actuación de la administración viciada de nulidad, pues desconoció, no solo una norma de rango superior, sino que también impuso cargas adicionales a los particulares.

7.5 De la indebida integración de Litisconsorte Necesario

Expuesto lo anterior, se hace necesario vincular a la DIAN, para que sea esta entidad la llamada a responder por los cargos de violación manifestados por la convocante, en virtud de la extralimitación reglamentaria que se observó con la expedición del Decreto 2150 de 2017.

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

El Sistema de Salud en Colombia incorpora la figura de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), quienes son las responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones. Así mismo, tienen como función organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación de los servicios de salud que requiera su población afiliada (artículo 177 de la Ley 100 de 1993).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.7. Los efectos de la sentencia del Consejo de Estado Radicado: 11001-03-27-000-2018-00014-00 (23692) no inciden en el particular por haber existido una exención permanente y por ende, tratase de aportes errados que por demás tenían fundamento legal en otras normas

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

No obstante, debe tenerse en cuenta que:

1. La sentencia fue clara en indicar que la exención tiene fundamento en el Estatuto Tributario existente desde 1984.
2. Se expidió una norma que era contraria pero no fue con fundamento en esta que se hicieron los aportes, pues aún después de haberse generado los efectos del fallo judicial, la cooperativa convocante siguió aportando, tanto así que se están solicitando aportes efectuados en 2021.

En virtud de lo expuesto y respondiendo el interrogante planteado en el problema jurídico, no se trata de recursos que en virtud del fallo cambiaron su condición, pues como se ha indicado, desde siempre han estado exentos de aportar. En consecuencia, al haberse ratificado una norma ya vigente que por un error legislativo pretendió cambiar la exención de la que siempre han gozado las cooperativas, y evidenciarse entonces que hubo pagos ERRADOS al sistema, la manera correcta de solicitarlos es la contemplada en la normativa especial, esto es el Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, valga la pena indicar que los aportes efectuados entre noviembre y diciembre de 2021 aún reportan una situación jurídica consolidada y por ende, deberían agotar el procedimiento reglamentariamente establecido; sin embargo, ante la renuencia de la convocante, cobrarán firmeza y en tal sentido no será factible que la administración o la judicatura dispongan su devolución.

7.8. Cuestión Accesorio – precedente jurisprudencial

Teniendo en cuenta que la Cooperativa efectuó cotizaciones de forma errónea al SGSSS y por ende solicitó el reconocimiento directo de dichos aportes, a fin de analizar la postura que han tomado los Despachos Judiciales en relación con el procedimiento especial establecido en el Decreto 780 de 2016 modificado por el Decreto 2265 de 2017, se procedió a revisar el precedente jurisprudencial tanto de fallos favorables como desfavorables en donde la ADRES figuraba como demandada.

De acuerdo con lo anterior, se encontró como precedente el proceso 11001333500920140029200 incoado por Aura Myriam Páez Páez contra la UGPP, Ministerio de Trabajo y la ADRES, en donde el Juzgado 09 Administrativo de Bog

Análisis del precedente judicial

N/A

Aplica directriz institucional o nacional:

NO

Recomendaciones del abogado

Recomendación al comité

No conciliar

Conclusiones

La Oficina Asesora Jurídica de la ADRES, en virtud de los argumentos expuestos y el insumo técnico proferido por la Dirección de Liquidación y Garantías, en el presente caso considera que NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria. Toda vez que la solicitud de devolución de aportes se solicitó por fuera de los términos establecidos en el Decreto 2265 de 2017. Si bien es cierto que las cooperativas se encuentran exentas de realizar el pago de aportes parafiscales y cotizaciones, para efectos de la devolución de aportes en salud ante la ADRES, se deben someter al régimen general. Por lo que no es procedente realizar la devolución si no lo realizó por intermedio de la EPS y lo solicitó conforme a los términos dispuestos por la normativa.

Finalmente se precisa que la convocante omitió en su escrito identificar el presunto acto administrativo que consideró quebrantado, así como también omitió desarrollar las causales de nulidad que consideró aplicables.