

REINTEGRO DE DINEROS POR LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SALUD DE COTIZACIONES POR DOBLE PAGO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – No procede por el carácter de recurso parafiscal con destinación específica. Principio de solidaridad. Prohibición constitucional

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. Así las cosas, mal haría la E.P.S. demandada en disponer de un recurso con destinación específica, como son las cotizaciones que hoy reclama el demandante, cuando su obligación legal la lleva a que gire al Fosyga parte de esas cotizaciones, de conformidad como se explicó en precedencia. Por ello, a juicio de esta Sala la destinación específica del recurso parafiscal en cita, aunado a la prohibición consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, impide que la entidad demanda destine los recursos orientados a la organización y administración del sistema de seguridad social como a la prestación del servicio de salud, a pagar acreencias como las que se reclaman por esta vía.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 177 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 183 PARAGRAFO / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01047-01(0983-10)

Actor: CARLOS JOSE RUIZ ORJUELA

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de noviembre de 2009, proferida por la Sección Segunda – subsección “D”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por Carlos José Ruíz Orjuela contra la Caja Nacional de Previsión Social, en adelante Cajanal.

HECHOS

El señor Carlos José Ruiz Orjuela, a través de apoderado, solicitó la nulidad de la Resolución 005109 del 25 de julio de 2002, por medio de la cual la entidad demandada negó el traslado del valor de las u.p.c tanto suyas en su calidad de cotizante como la de su grupo familiar, que fueron descontadas por el Consorcio Fopep de los meses correspondientes a noviembre 2001, febrero y marzo de 2002.

Así mismo pidió la nulidad de la Resolución 006599, la cual resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y la 007494 del 29 de octubre de 2002, que en sede de apelación decidió confirmar las Resoluciones citadas.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a CAJANAL a devolver la suma de \$7.267.000.00, que de manera ilegal fue descontada de las mesadas pensionales de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2002, por concepto de excesos de descuentos para E.P.S CAJANAL en el primer mes citado, equivalente a \$73.000.00, \$5.000 más de lo que realmente correspondía al mes de febrero de 2002 por aportes E.P.S. CAJANAL, más \$3.147.794.00 de E.P.S retroactivo de diciembre de 2001; \$3'126.223.00 por concepto igualmente de retroactivo diciembre de 2001, decontados en el mes de marzo de 2002; y \$914.983.00 por igual concepto en el mes de abril de 2002.

Como hechos en los que fundamenta sus pretensiones expone, en síntesis, que laboró al servicio de la Rama Judicial durante 34 años ininterrumpidos hasta el 13 de febrero de 2001 cuando cesó en sus funciones como servidor público.

Explica que inmediatamente al retiro del servicio procedió a radicar los documentos necesarios para el trámite tendiente a obtener el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, y que ante la premura del tiempo y para no perder los servicios de salud, solicitó el 6 de abril de 2001 la continuidad en la atención del servicio mentado con cargo a los futuros descuentos que hiciera la

resolución que reconociera el derecho pensional, lo cual no se pudo producir por la prohibición legal de cobro de aportes retroactivos.

Ante ello, tuvo que afiliarse el 19 de julio de 2001 como trabajador independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dando origen a los dobles pagos por el mismo servicio, los cuales al reclamarse dieron origen a los actos administrativos acusados.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada procedió a contestar la demanda manifestando que fue correcto el descuento que hizo al momento de deducir sobre el valor de la pensión el equivalente al 12% ya que así lo estipula claramente la Ley 100 de 1993, al establecer en el artículo 156 literal d) que "(...) el recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud."

Con base en ese argumento fue que se negó la pretensión de reembolso de la suma de \$7'396.235, por cuanto este valor corresponde a la cotización del periodo comprendido entre marzo y agosto de 2001, fechas en que cambió su condición de empleado a prepensionado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Mediante sentencia del 19 de noviembre de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "D", denegó las pretensiones de la demanda por considerar que las funciones de las entidades de prestadoras de salud, respecto del recaudo de las cotizaciones quedaron expresamente señaladas en la Ley, y que estas sólo se deben limitar a ello sin que puedan disponer de dichos dineros, pues los mismos se convierten en recursos parafiscales una vez ingresan al Sistema de Seguridad Social a través de los aportes en salud.

Dijo que, independientemente del interés jurídico que le podría asistir a la parte demandante de controvertir el monto de las sumas descontadas por dobles aportes a la seguridad social en salud, lo cierto es que la entidad demandada al momento de expedir los actos, no hizo cosa distinta que expresar las razones por las cuales no podía disponer del dinero recaudado, que no es otra que la imposibilidad de darle un fin distinto a unos recursos cuya naturaleza es de carácter parafiscal.

EL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante apela el fallo proferido dentro del proceso de la referencia, argumentando que lo que se discute es la ilegalidad de los descuentos efectuados al momento del reconocimiento y pago de su pensión de jubilación a lo que en aportes de salud al sistema de seguridad social se refiere.

Dice que fue por la obligación que le surgió de no quedar desamparado y perder los derechos que le brinda el sistema para cubrir el riesgo de salud, que procedió a afiliarse como independiente por el lapso que duró cesante en el servicio público y mientras se le incluía en la nómina de pensionados; por lo que mal se haría en descontar del valor de la pensión el 12% de aportes en salud mientras duró cotizando como independiente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reiteró los argumentos expuesto en la demanda, agregando que si las E.P.S como recaudadoras de los pagos que por aportes en salud haga el afiliado al Sistema de Seguridad Social destinan un 1% al FOSYGA y quedan ellos con el 11% restante, bien podría entonces destinar de ese porcentaje restante las sumas de dinero necesarias para cubrir las reclamaciones efectuadas por el actor a través de esta vía judicial.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Luego de hacer un recuento de los hechos, de explicar la responsabilidad de las empresas promotoras de salud en la estructura que fijó la Ley de Seguridad Social y de aclarar la naturaleza de los recursos que por concepto de aportes en salud hace el afiliado, consideró que en el presente asunto sí se efectuó una duplicidad de pagos al Sistema de Seguridad Social a través de los aportes que en salud hiciera el demandante, lo cual corroboró del análisis que hizo del acápite “Los hechos y los actos censurados” por lo que en justicia debía devolverse ese dinero.

Con base en lo anterior, propone acoger la solicitud subsidiaria que hiciera la parte demandante en los alegatos de conclusión, referente a que la devolución solicitada se haga afectando el 11% con que quedan las E.P.S una vez destinen el 1% de la U.P.C al Fosyga.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso los actos demandados se encuentran falsamente motivados como lo asegura la parte actora, lo cual sucedería si de acuerdo con la normativa que regula el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entidad demandada tendría que reintegrar las sumas canceladas de más por concepto del doble pago de cotización que dice haber hecho el señor Orjuela Díaz.

Para ello la Sala considera pertinente explicar la función de las Empresas Prestadoras de Salud en el Régimen de Seguridad Social en Salud, la naturaleza de los dineros que recaudan dichas Empresas en lo que a los aportes en materia

de salud se refiere, para verificar si existe una falsa motivación en los actos acusados, lo que llevaría, en dado caso, a la nulidad de dichos actos y consecuentemente la devolución, por parte de CAJANAL, de los aportes que por concepto de salud hizo el demandante durante el periodo en que se afilió como independiente mientras obtenía el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

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

Para ir desarrollando lo anterior es del caso precisar que el artículo 177 de la ley 100 de 1993 establece que las EPS tienen, entre otras funciones, la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, por delegación del Fosyga.

Dice el precitado artículo:

“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 Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.”
(Negrilla fuera del texto original)

De esta norma fácilmente se evidencia que las E.P.S tienen como una de sus obligaciones legales, recaudar las cotizaciones que por salud hayan efectuado los afiliados, función que fue asignada por el Fosyga a quien, en virtud de la misma disposición, debe girarle la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor correspondiente a la UPC.

Ahora bien, el párrafo del artículo 182 ibídem, dispone que los 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”.

A su turno, esta misma disposición señala que con cargo a las cotizaciones recaudadas, el Sistema General en Seguridad Social en Salud reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada uno de sus afiliados, cuyo monto debe ser calculado “(...) en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería”.

El reconocimiento de la UPC, según el artículo 177, se efectúa así, en lo relacionado con el régimen contributivo: 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 Capitación”, 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 queda con las cotizaciones que ha recaudado y gira el excedente, si existe, al Fosyga.

En el caso de no existir dicho excedente, la EPS puede solicitar al Fosyga el pago de los recursos que hagan falta de acuerdo con las UPC a que tenga derecho¹.

Esta UPC tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior se evidencia, de conformidad con la función principal que tienen las EPS arriba trascrita, que no es otra que la de “(...) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”

ii. 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.

Ha sido reiterada la jurisprudencia constitucional en manifestar que los recursos de la seguridad social en salud, en particular las cotizaciones que se

¹ Decreto 1485 de 1994

recaudan entre los afiliados al régimen contributivo, son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica.

Para sustentar lo anterior es preciso citar sentencias como la **SU-480 de 1997**, donde 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.

De igual manera en la **sentencia C-828 de 2001** se sostuvo que los recursos del SGSSS son parafiscales, incluidos los pagos de las EPS a las IPS por contenidos del POS, y por tanto, no pueden ser gravados con impuestos generales como el GMF (Gravámen a los Movimientos Financieros), so pena de violar el artículo 48 de la Constitución.

En la **sentencia C-1040 de 2003**, se reiteró la naturaleza de parafiscales y que la destinación específica cobija tanto los rubros dirigidos a la prestación de los servicios del POS, como los de gastos de administración del sistema, por lo que estos rubros no pueden ser materia de impuestos, pues ello alteraría la destinación específica.

Posteriormente, en la **sentencia C-824 de 2004**, la Corte reiteró que las cotizaciones, tarifas, copagos y bonificaciones que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales que no se pueden **confundir con su patrimonio**, e indicó que uno de los destinos de esos recursos permitido por la Constitución es el pago de los gastos administrativos en los que incurren las EPS.

En conclusión, se puede decir 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.

iii. Del Caso Concreto.

Entendiendo entonces que las cotizaciones, como las efectuadas por el demandante, se convierten en recursos parafiscales con destinación específica, es imposible que estas (las EPS) efectúen una labor diferente a la establecida en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, arriba transcrito, como la de “(...) 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 Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.”

Así las cosas, mal haría la E.P.S. demandada en disponer de un recurso con destinación específica, como son las cotizaciones que hoy reclama el demandante, cuando su obligación legal la lleva a que gire al Fosyga parte de esas cotizaciones, de conformidad como se explicó en precedencia.

Tampoco puede ser de recibo la propuesta del apelante en el sentido de que con el excedente con el cual se “queda” la E.P.S, una vez efectúe el “giro” al Fosyga, se puedan pagar los emolumentos que hoy se reclaman, pues como se vio, el dinero pagado por concepto de aportes en salud ingresa al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y no a las arcas de las Empresas Prestadoras del Servicio.

En ese orden, y avocando ya el caso concreto, los recursos parafiscales a los que se ha hecho alusión, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social, por así establecerlo, entre otras normas, el artículo 48 Superior, al disponer que “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”.

Sobre el alcance de esta cláusula constitucional la jurisprudencia constitucional ha dicho:

“Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento —de aplicación inmediata— a previsiones o restricciones de jerarquía legal.

“Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances, y, si

alguien llegase a invocar con tal objeto las disposiciones de la ley en materia de liquidación forzosa de las instituciones financieras, deben ser ellas inaplicadas, para, en su lugar, hacer que valga el enunciado precepto de la Constitución, según lo dispone el 4 **Ibidem**, en virtud de la inocultable incompatibilidad existente.”²

Como se ve, la norma superior que se comenta no establece excepción alguna a la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella; es más, esta prohibición contenida en el artículo 48 mentado no puede ser desconocida “ni aun en aras de la reactivación económica”, a voces de la Corte Constitucional³, lo que significa que los recursos destinados a atender las necesidades del servicio de salud y asegurar la efectividad del derecho a la salud de ninguna manera pueden ser objeto de acuerdos de pago -inclusive con acreedores- que conduzcan a que tales recursos no lleguen al destino ordenado en la Carta Magna.

Por ello, a juicio de esta Sala la destinación específica del recurso parafiscal en cita, aunado a la prohibición consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, impide que la entidad demanda destine los recursos orientados a la organización y administración del sistema de seguridad social como a la prestación del servicio de salud, a pagar acreencias como las que se reclaman por esta vía.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia del 19 de noviembre de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” denegó las pretensiones de la demanda instaurada por CARLOS JOSÉ RUIZ ORJUELA contra CAJANAL.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

² Corte Constitucional, sentencia T-481/00.

³ Sentencia C-867 de 2001 MP Manuel José Cepeda Espinosa

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO