

Descuentos retroactivos en salud a los pensionados en Colombia: más allá de su legalidad*

Retroactive health deductions on pensioners: beyond its legality

Katerin Marín Osorio¹

Fecha correspondencia:

Recibido: 20 de marzo de 2019.

Revisión: 1 de abril de 2019.

Aceptado: 7 de junio de 2019.

Forma de citar:

Marín, Katerine. Constitucionalidad de los descuentos retroactivos en salud a los pensionados: más allá de su legalidad. *Revista CES Derecho*. Vol. 10, No. 1, enero – junio de 2019, 319-346.

Open access

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.10.1.2>

[cesder.10.1.2](#)

ISSN: 2145-7719

Sobre el artículo:

* El artículo académico es el resultado de una revisión bibliográfica enmarcada en la constitucionalidad de los descuentos retroactivos en salud realizados a los pensionados por vejez en Colombia, que tiene como producto final una iniciativa de acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 2.1.8.4 numeral 4º del decreto 780 de 2016 radicada ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia. Las siguientes siglas son utilizadas en el artículo con su

Resumen

Los descuentos en salud como deducciones retroactivas son aquellos que realizan las administradoras de pensiones a los pensionados por vejez de la mesada a partir de la fecha que se causó el derecho a recibir la prestación económica, esto es, desde que se adquiere el estatus jurídico. Lo anterior sustentado en los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, independientemente de que el pensionado o sus beneficiarios hayan o no gozado de los servicios de salud de manera real y oportuna por causas imputables a las Administradoras de Pensiones; bien sea por negligencia, por interpretación desfavorable y errónea de la norma que termina desconociendo el derecho pensional, por desinformación que hace incurrir en error al afiliado bajo el argumento de poder mejorar su derecho o en razón a un cambio normativo o jurisprudencial. De cualquier manera, estos descuentos terminan por representar un problema económico para los pensionados por vejez en Colombia.

En tal sentido, a través de este artículo académico se permite sustentar una acción inconstitucional derivada de la vulneración de los derechos a la igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso, la solidaridad, la libre escogencia, la favorabilidad y la continuidad de la prestación de los servicios de salud, puesto que hoy no existe en el ordenamiento jurídico una diferenciación objetiva de la norma que permita de manera excepcional exonerar a un pensionado del aporte retroactivo en salud o que establezca una solidaridad compartida entre este y las Administradoras de Pensiones en circunstancias especiales como las anteriormente descritas, más aún cuando se trata de reconocimientos tardíos atribuibles a las entidades pagadoras.

Palabras clave: Descuentos retroactivos en salud, inconstitucionalidad pensionados por vejez, solidaridad, sostenibilidad financiera.

Abstract

Health discounts as retroactive deductions are those made by pension managers to old-age pensioners from their allowance since the date that their right to receive the economic benefit was caused, that is since it is acquired the legal status.

respectiva traducción:
 ADRES: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; AFP: Fondos de pensiones; ATEP: Accidente de trabajo y enfermedad Profesional (hoy laboral); BDUA: Base de datos que contiene la información de los afiliados plenamente identificados; CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe; EPS: Entidades promotoras de salud; FOSYGA: Fondo de Solidaridad y Garantía; IPS: Instituciones prestadoras de servicio ; ISS: Instituto de Seguros Sociales; MSPS: Ministerio de Salud y Protección Social ; OMS: Organización Mundial de la Salud; ONU: Organización de las Naciones Unidas; PBS: Plan de beneficios en salud; PILA: Planilla de liquidación de aportes; POS: Plan obligatorio en salud; PSAP: Programa de subsidio de aporte en pensión ; RAIS: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ; RSPM: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; RUAF: Registro único de afiliados; SGP: Sistema general de pensiones; SGSSS: Sistema General de Seguridad Social en Salud; SISBEN: Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales; UPC: Unidad de pago por capitación.

Sobre los autores:

1. Abogada, Universidad de Medellín. Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Medellín. Magíster en Seguridad Social en la Universidad CES.

The foregoing is based on the principles of solidarity and financial sustainability, irrespective of whether the pensioner or his beneficiaries have or have not enjoyed the health services in a real and timely manner for reasons attributable to pension funds. This can happen either by Negligence; by unfavourable and erroneous interpretation of the norm which ends up ignoring the pension law; by misinformation that makes it wrong to the affiliate under the argument of being able to improve their pension rights; or because of a normative or jurisprudential change. Either way, the situation represents an economic problem for old age pensioners in Colombia.

Nowadays, in the legal system, there is no objective differentiation of the standard that allows an exceptional exemption of a pensioner from the retroactive contribution in health, or to establish a shared solidarity between them and pension funds in special circumstances such as those described above, and even more so when it comes to late recognition attributable to paying entities.

Keywords: Retroactive discounts on health, unconstitutionality, pensioners by old age, solidarity, financial sustainability.

Introducción

Actualmente, los pensionados deben asumir los descuentos retroactivos en salud como una carga impositiva del sistema, incluso en aquellos casos en que el pensionado o sus beneficiarios carecieron de los servicios en salud o se prestaron de manera insuficiente por parte del Régimen Subsidiado.

Las instituciones y los entes jurisdiccionales basados en la regulación normativa sobre la solidaridad y sostenibilidad del sistema, soportada en múltiples fallos judiciales que se detallarán más adelante, autorizan a las Administradoras de Pensiones descontar el aporte en salud en un cien por ciento y de manera retroactiva del total de la sentencia, por lo que hoy dichos descuentos son “legalmente viables”, incluso en aquellos casos en donde no fue posible el pago oportuno de la prestación económica por causas atribuibles a las administradoras de pensiones.

El objetivo del presente artículo es abordar el análisis de la constitucionalidad de los descuentos retroactivos en salud a la luz del bloque de constitucionalidad, aunando a la adecuada interpretación de los principios de seguridad jurídica, libre escogencia, favorabilidad, igualdad, debido proceso y continuidad en la prestación de los servicios en salud; además, reflexionar acerca de la necesidad de implementar por parte del sistema y los entes jurídicos una posición a favor del pensionado, más allá de la formalista, con el fin de garantizar la equidad, una justicia universal y modificar los supuestos de hecho normativos que regulan este tema.

Para lograr el objetivo general de este trabajo académico, se realizó un rastreo de fallos de las altas cortes, una compilación e investigación bibliográfica sobre principialística en relación con las deducciones en salud, en contraste con la solidaridad y sostenibilidad financiera a través de un método hermenéutico y dogmático de Lege Ferenda que permita trazar una interpretación favorable para los pensionados por vejez en Colombia.

El presente análisis se estructura en tres capítulos. En el primero, se realiza una ubicación conceptual describiendo los conceptos básicos que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones; en el segundo se analiza la génesis y la evolución de los descuentos retroactivos en salud, y en el tercero se evalúa la

congruencia de los descuentos retroactivos en salud en sede al bloque constitucional. Finalmente se concluye y se proponen alternativas de investigación en la materia.

Conceptos básicos que regulan el sistema de seguridad social en pensión y salud

El sistema general de pensiones tiene como finalidad garantizar a la población colombiana el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte por medio de las pensiones y prestaciones. Así mismo, busca ampliar su cobertura a segmentos de la población que aún no se encuentran en un sistema de pensiones (Ley 100, 1993, art. 10)¹.

Está compuesto por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RSPM) administrado por Colpensiones, antes Instituto de Seguros Sociales, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por las Administradoras de Pensiones y de Cesantía de Colombia (AFP), ambos con un componente de solidaridad (Ley 100, 1993, art. 12).

En ambos regímenes es dable que un afiliado con estatus de pensionado cause un retroactivo pensional, entendido como todas aquellas mesadas causada y no pagadas, bien sea porque el afiliado realizó la reclamación administrativa o solicitud formal ante la Administradora de pensiones de manera tardía o porque se encuentra inmerso en una negativa de la prestación económica por parte de la entidad pensional (Martínez, 2018, p 6).

Estas negativas prestacionales por regla general se deben a una interpretación desfavorable y errónea de la norma, por negligencia, o en razón a un cambio normativo o jurisprudencial que obligan al afiliado a acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para debatir su derecho pensional.

Una vez reconocido el derecho, a través de providencia judicial, además de consignar la orden de reconocimiento y pago de la pensión, se reconocen todas aquellas mesadas que no fueron pagadas de manera oportuna que conforman el retroactivo pensional y demás pretensiones incoadas en la demanda primigenia.

El retroactivo pensional se reconoce desde la causación del derecho dependiendo del tipo de pensión, en el caso de la pensión de vejez es desde la fecha en que se cumplen los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempo de servicio, siendo necesaria la novedad de retiro. En cuanto a la pensión de sobrevivientes, el retroactivo debe ser reconocido desde la fecha del fallecimiento del causante, bien sea pensionado o cotizante. En el caso de la pensión de invalidez, esta debe ser reconocida desde la fecha de estructuración de la invalidez o desde la fecha del pago de la última incapacidad con referencia a la enfermedad o discapacidad por la cual es calificado (Martínez, 2018, p 6).

Así mismo, las personas pueden ostentar diferentes calidades frente al sistema de pensiones. Está quien tiene la calidad de afiliado y no está próximo a pensionarse ni se encuentra pensionado, pero pertenece al sistema, bien sea, porque se encuentra activo o inactivo. Un afiliado activo es quien realiza cotizaciones periódicas al sistema como dependiente o independiente y un afiliado inactivo es quien no las realiza por

1. Artículo 10. Objeto del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

más de 6 meses de conformidad son el Artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1833 de 2016. En este último caso el afiliado puede constituirse en mora por parte de la Administradoras pensiones o contar con novedad de retiro (Resolución 1056, 2015), (Decreto 1833, 2016, art. 2.2.2.1.2.).

Por otro lado, se encuentra el potencial pensionado, aquella persona que está afiliada al sistema próximo a pensionarse, pero aún no se le reconoce la prestación económica de manera real y efectiva, consolidándose una expectativa legítima. Finalmente, está el pensionado, aquella persona que adquiere un estatus pensional como un derecho adquirido y percibe mensualmente su mesada a cargo de las Administradoras de pensiones, antecedida de un reconocimiento de la prestación económica (Corte Constitucional, T-662, 2001).

Ahora bien, es importante señalar que al Sistema de Seguridad Social Integral subyace el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual está integrado por el Estado, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, quien actúa como organismo de coordinación, dirección y control; las Entidades Promotoras de Salud (EPS), responsables de la afiliación y quienes garantizan la prestación del Plan de Beneficios en Salud a los afiliados, antes POS; las instituciones prestadoras de salud (IPS), encargadas de prestar la atención a los usuarios, y la administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), que reemplazo al Administrador Fiduciario de los Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). (Ley 100, 1993, art. 155), (Ley 1753, 2015, art. 66)², (Resolución 003951, 2016, art. 3).

La ADRES está encargada de los procesos de recaudo de las fuentes de financiamiento del SGSSS, puesto que ya no son las EPS las que realizan el recaudo de la cotización en salud, además del reconocimiento y giro principalmente de la unidad de pago por capitación (UPC) de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, los recobros, las reclamaciones y las prestaciones económicas del Régimen Contributivo y de los afiliados a regímenes especiales y exceptuados con ingresos adicionales. También hacen parte del SGSSS las Entidades Territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud.

Este sistema cuenta con una serie de principios rectores consagrados en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 3° de la Ley 1438 de 2011 y 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, los cuales establecen principios propios del derecho fundamental a la salud que garantizan a todos los residentes del territorio Colombiano una cobertura de los servicios en salud en todas las etapas de la vida, en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna, garantizando la calidad, oportunidad y continuidad en el servicio, desde un enfoque diferencial según el tipo de población que se trate, siempre encaminados a la eliminación de situaciones de discriminación y marginación.

El Sistema General de Seguridad Social Integral determinó, para efectos del Sub-sistema de Salud, una división entre Régimen, Régimen Subsidiado y la población pobre no afiliada, antes mal llamados vinculados. (Ley 100, 1993, art. 157)³, (Ley 100, 1993, art. 202)⁴

2. Artículo 66. del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

3. Artículo 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

4. Artículo 202. Régimen contributivo. Definición. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias

Génesis y evolución histórica de los descuentos retroactivos en salud para los pensionados por vejez en Colombia

Antecedentes normativos

En Colombia, la reforma al sistema de protección social realizada a comienzos de la década de 1990 introduce un sistema de seguridad social integral producto de una conciliación entre dos modelos: el bismarckiano y el neoliberal, a los que se les agregaron políticas de descentralización de la administración pública de los servicios sociales, que sirvieron de base para el desarrollo de sistema de protección social enmarcado en los seguros sociales y posteriormente en la seguridad social, dejando atrás la concepción de caridad, beneficencia y asistencia social de la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX (Arroyave, 2009, p. 1).

Desde los primeros años de su etapa republicana, comenzaron a sentarse las bases de la Seguridad Social. Durante el siglo XX, hubo avances significativos, sin embargo, solo hasta la expedición de la Constitución Política de 1991 el concepto de Seguridad Social en Colombia fue elevado a norma constitucional (Acevedo, 2010, p. 193).

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, surge el nuevo derecho como un instrumento de transformación social superando la concepción clásica del Estado Liberal soportado en reglas, por una concepción de Estado Social soportado en principios, ampliando su preocupación por la justicia material. El artículo 48 de la Constitución Política estableció la seguridad social como un derecho y un servicio público de carácter obligatorio (Const., 1991, art. 48).

Existía, además, una gran dispersión de normas y tipos de protección que diferenciaban el sector privado y público, sobre todo en materia de pensiones, por lo que, solo hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 la Seguridad Social se estructuró en el país como un sistema organizado y coherente (Acevedo, 2010, p. 193).

El nuevo sistema buscaba mejorar la calidad y oportunidad de los servicios; la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscababan la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional (Const., 1991, preámbulo); y el reconocimiento de prestaciones de carácter económico, de salud y de servicios complementarios incorporados en la Ley 100 de 1993 y en otras normas, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad desde una concepción de solidaridad intergeneracional.

Se instituye la Seguridad Social como eje central del sistema, el cual se rige por una serie de principios rectores que se concreta en las leyes e instituciones para atender las situaciones de necesidad de los individuos. Estos principios son: la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, integralidad y unidad (Ley 100, 1993, art. 2).

Lo anterior con miras a lograr una mejor utilización social y económica de los recursos disponibles para que sean prestados de manera adecuada, oportuna y suficiente a todas las personas del territorio colombiano sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida y de manera integral a través de la ayuda mutua entre personas, generaciones, sectores económicos, regiones y comunidades, con el fin de garantizar la ampliación en cobertura a toda la población y mejorar la calidad de vida de esta.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia se compone del sistema general de pensiones, el sistema general de seguridad social en salud, el sistema de riesgos laborales y los servicios sociales complementarios (Ley 100, 1993, art. 8)⁵.

Se crea entonces el Sistema General de Seguridad Social en Salud y con él la obligatoriedad de una afiliación, unos lo harán en su condición de afiliados al Régimen Contributivo o Subsidiado y otros en forma temporal como vinculados, hoy llamados población pobre no asegurada, como una estrategia para avanzar en la consolidación de la cobertura universal (Ley 100, 1993, art. 157).

Dentro del Régimen Contributivo se encontraban como afiliados obligatorios los servidores públicos, pensionados, jubilados, trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y los trabajadores independientes, los cuales deben necesariamente afiliarse mediante un pago de una cotización o aporte económico previo, el cual debía ser financiado por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador (Decreto 806, 1998, art. 26)⁶.

En el caso de los pensionados o jubilados, se estableció que la cotización para salud está en su totalidad a cargo de estos, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante el periodo de vinculación laboral (Ley 100, 1993, art. 143), (Corte Constitucional, Sala Penal, C-126, 2000)⁷.

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008⁸, determino que el aporte en salud a cargo de los pensionados corresponde a un doce por ciento (12%) de la mesada pensional, el cual es descontado por las Administradora de Pensiones en cumplimiento de su función de recaudo.

Luego las Administradoras de Pensiones debía transferirla a la EPS donde se encontrará afiliado el pensionado en salud. En caso de no estarlo al momento de adquirir dicho estatus, la transferencia se hacía a la EPS de su elección. (Decreto 692, 1994, art. 42).

Así mismo, la EPS debía girar un uno punto cinco porcentual (1,5%) al Fosyga, hoy ADRES. Siendo esta la manifestación de solidaridad a través de las cotizaciones en salud que se realizan en el Régimen Subsidiado.

Más tarde el Decreto 1919 de 1994, en el literal c del artículo 7 sustituido por el literal c del artículo 26 del Decreto 806 de 1998, adicionó dentro de los afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, a la persona beneficiaria o cabeza de los beneficiarios de dicha sustitución o pensión.

5. Artículo 8. Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.

6. Artículo 26. Afiliados al Régimen Contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud: 1. Como cotizantes. Literal C: Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios.

7. Corte Constitucional, Sala plena. (16 de febrero de 2000) Sentencia C-126. [MP. Alejandro Martínez]. Resuelve: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

8. Artículo 1. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual adicionó al artículo 48 de la C.P, se introduce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y la carga impositiva del Estado de garantizar y respetar los derechos adquiridos, haciendo la salvedad de que todas las leyes que se expidieran con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo deberían asegurar dicha sostenibilidad (Acto Legislativo 01, 2005, art. 1).

Puesto en marcha este concepto eminentemente económico, se implementó la eliminación de regímenes pensionales especiales y exceptuados a partir del 31 de julio de 2010, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República. se fijaron los toques mínimos y máximos de los montos pensionales como mecanismo de fiscalización de las pensiones exorbitantes, y se prohibió que se pactaran otras condiciones pensionales contenidas en convenciones colectivas, laudos o actos jurídicos con posterioridad al 31 de julio de 2010, diferentes a las establecidas en las leyes del sistema pensional (Acto Legislativo 01, 2005, art. 1, Parágrafo transitorio 3)⁹.

El legislador advierte que por ningún motivo podría dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho, pero hace la salvedad en los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados (Acto Legislativo 01, 2005, art. 1).

En el año 2012 con la entrada en operación de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, aparecen los primeros descuentos retroactivos en salud para los pensionados y jubilado (Decreto 2011, 2012).

Lo anterior entidad toda vez que con el Instituto de Seguros Sociales (ISS), el pensionado o jubilado por vejez no tenía que asumir de manera retroactiva el pago del aporte en salud, puesto que solo se causaba la erogación del pago a partir del momento en que la entidad administradora emitía resolución o comunicado de reconocimiento.

Jurídicamente se hablaba del pago de una cotización o aporte económico previo, pero no retroactivo, por lo que el Instituto de Seguros Sociales hacía el descuento desde el momento en que se incluía en nómina al pensionado y no desde el reconocimiento del estatus jurídico; por lo que no había afectación del retroactivo pensional.

El potencial pensionado, habiendo cumplido con los requisitos de edad y semanas o capital, pero antecedido por una negativa de las Administradoras de Pensiones, debía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o administrativa para el reconocimiento de su derecho. El tiempo transcurrido entre la reclamación formal o administrativa, negativa de la prestación económica, demanda, fallo judicial, y finalmente reconocimiento y el pago genera un retroactivo pensional que comprenden mesadas causadas y no pagadas, de las cuales Colpensiones o los fondos privados realizan el descuento retroactivo en salud con independencia de que el pensionado o sus beneficiarios hayan gozado de los servicios de salud.

Así mismo todos los pagos que hubiere efectuado potencial pensionado bien sea como cotizante, dependiente o independiente durante el proceso judicial al Sistema de Salud no podían ser compensados, dado que para el sistema no se entendía como un doble pago (Concepto 201742300402982, 2017).

9. Acto Legislativo 01 de 2005. Parágrafo transitorio 3. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

En este sentido, el Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.1.8.4, por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector salud y protección social, “procuraba” solucionar el problema de este sector poblacional y sus beneficiarios, a través de una garantía en la continuidad del aseguramiento en salud, siempre y cuando el afiliado 1) perteneciera al Régimen Contributivo en salud, 2) no percibiera otros ingresos sobre los cuales se encontrara obligado a cotizar y 3) no tuviera la calidad de independiente obligado a cotizar.

Esta disposición normativa plantea cuatro alternativas para el potencial pensionado con el fin de asegurar la prestación de los servicios en salud durante el trámite pensional:

1. Al término de la vinculación laboral se le garantizará al prepensionado y su núcleo familiar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios a través del período de protección laboral o del Mecanismo de Protección al Cesante, previstos en la presente Parte, si tuviere derecho a ellos.
2. Si no hubiere lugar al período de protección laboral o al Mecanismo de Protección al Cesante o estos se hubieren agotado, el prepensionado y su núcleo familiar podrán inscribirse como beneficiarios, si cumplen las condiciones para ello o bajo la figura del afiliado adicional, según lo dispuesto en la presente Parte.
3. Si no reúnen las condiciones para inscribirse como beneficiarios o afiliados adicionales y el prepensionado se encuentra clasificado en los niveles I y II del Sistema de Selección de Beneficiarios Para Programas Sociales SISBEN, podrá solicitar la movilidad con su núcleo familiar al Régimen Subsidiado, en los términos previstos en la presente Parte.
4. Si no reúnen las condiciones para inscribirse como beneficiarios o afiliados adicionales y el prepensionado no se encuentra clasificado en los niveles I y II del Sisbén, podrá permanecer en el Régimen Contributivo cuando, de manera voluntaria, continúe cotizando como independiente sobre un (1) salario mínimo mensual legal vigente, pese a la inexistencia de la obligación de cotizar. (Decreto 780, 2016, art. 2.1.8.4.)

Este mismo Decreto en su artículo 2.1.8.4 establece que una vez reconocida la pensión de vejez, la entidad administradora o pagadora de pensiones, del valor de las mesadas pensionales retroactivas descontará el valor de las cotizaciones en salud y las girará al FOSYGA o quien haga sus veces, sin que la EPS tenga derecho a compensar por estas.

En este orden de ideas es importante señalar que solo hasta este Decreto se estableció el orden de “mesadas pensionales retroactivas”, porque ni la Ley 100 de 1993, ni las normas anteriores hacían referencia al pago retroactivo de los aportes en salud.

En ese mismo sentido, el anterior Decreto estableció que cuando una persona fuere dependiente de más de un empleador o reciba pensión de más de una administradora de pensiones, cotizará sobre la totalidad de los ingresos, con un tope máximo de veinticinco salarios mínimos mensuales legales vigentes. (25 smmlv) (Ley 100, 1993, art. 18), (Decreto 510, 2003, art. 3)¹⁰, (Decreto 780, 2016, art. 2.1.8.6.)

10. Artículo 3. La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará

Con la normatividad aplicable hasta este momento ese momento (año 2016), se disponía que una vez reconocida la pensión de vejez, la entidad administradora o pagadora de pensiones debía descontar el valor de las cotizaciones en salud y girarlas al Fosyga, a través de la planilla de liquidación de aportes (PILA), sin que el potencial pensionado tuviese derecho a compensar. (Decreto 692, 1994, art. 42).

Posteriormente, se introduce la posibilidad, para el potencial pensionado que hubiese cotizado como independiente sin estar obligado a hacerlo, de que una vez giradas las cotizaciones por las mesadas retroactivas, el Fosyga o quien haga sus veces le devolverá el monto de las cotizaciones realizadas por el período cotizado como pre-pensionado, en un monto equivalente a la cotización realizada sobre un (1) salario mínimo legal mensual vigente. (Decreto 780, 2016, art. 2.1.8.4.)

Las resoluciones 2388 y 5858 de 2016 modificaron algunas de las validaciones establecidas en relación a los aportes retroactivos en salud y la entidad a la cual deben girarse dichos dineros, quedando superada la prerrogativa de que todos estos aportes retroactivos en salud debían girarse al Fosyga, hoy ADRES.

Estas validaciones atienden a la situación jurídica del afiliado-pensionado frente al sistema de salud y se hacen a través de la base de datos que contiene la información de los afiliados plenamente identificados (BDUA) de ambos regímenes.

Estas situaciones jurídicas frente el estado de afiliación determinan que:

- Si el pensionado es nuevo y se encuentra afiliado a una EPS del Régimen Contributivo, los aportes retroactivos deben girarse al ADRES y el aporte del periodo actual a la respectiva EPS.
- Si el pensionado es antiguo y posteriormente le reconocen otros pagos retroactivos, estos deben girarse a la EPS a la que se encuentra afiliado el pensionado.
- Si se trata de una reliquidación pensional, los dineros por conceptos a aportes en salud deben girarse a la ADRES.
- Si el afiliado tiene por EPS una universidad, por ser un régimen especial, los aportes en salud deben de ser girados a esta, sin importar si se trata de un afiliado nuevo o antiguo o si son dineros fruto de una reliquidación o de retroactivo pensional.
- Si el pensionado pertenece a un régimen exceptuado, los aportes deben de ser girados a la ADRES. (Resolución 5858, 2016)

De conformidad, los recursos administrados por la ADRES harán unidad de caja, excepto los recursos de propiedad de las entidades territoriales, los cuales conservarán su destinación específica y se manejarán en contabilidad separada (Ley 1753, 2015, art. 66)¹¹.

a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo. La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

11. Artículo 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Los recursos administrados por la Entidad harán unidad de caja, excepto los recursos de propiedad de las entidades territoriales, los cuales conservarán su destinación específica y se manejarán en contabilidad separada. La estructuración del presupuesto de gastos se hará por conceptos, dando prioridad al aseguramiento obligatorio en salud.

Naturaleza jurídica de los descuentos retroactivos en salud

Los aportes en salud son de carácter parafiscal

En cuanto a la naturaleza jurídica de las cotizaciones, la Corte Constitucional en la sentencia SU-480 de 1997 afirmó que se trata de rentas parafiscales que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley.

Este gravamen es singular, puesto que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, con destinación específica; toda vez que redundan en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa con fundamentos en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se caracteriza, a su vez, por su obligatoriedad, en cuanto se exige, como los demás tributos, en ejercicio del poder coercitivo del Estado su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada. Su naturaleza es pública, en la medida en que pertenecen al Estado aun cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional. Su regulación es excepcional, así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, y se somete al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la Nación, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean.

En este sentido la sentencia la Sentencia de la Corte Constitucional con radicado C-179 del año 1997 puntualizo que:

Tenía soporte, entonces, en el régimen anterior este tipo de contribuciones y bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de que las Administradoras de Pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las EPS, públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función (Corte Constitucional. Sentencia C-179, 1997).

Al igual que toda clase de tarifas, copagos y bonificaciones; los aportes del presupuesto nacional a la salud son dineros públicos que la ADRES administra, sin que en ningún momento se confundan ni con patrimonio de la EPS ni de la ADRES ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.

Las cotizaciones al régimen de la seguridad social en salud son gravámenes de causación instantánea y bienes consumibles

Las cotizaciones al régimen de la seguridad social en salud resultan ser gravámenes de causación instantánea, es decir, la obligación surge a la vida jurídica en un solo instante y su disfrute o goce real y efectivo no requiere de un periodo mínimo de cotización, antes llamados periodos de carencia, que fueron eliminados a partir del primero de enero del año 2012 a través de la Ley 1438 de 2011.¹²

12. Artículo 32. Universalización del aseguramiento. Parágrafo transitorio. A partir del primero de enero del 2012 no habrá periodo de carencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, si dichos aportes son de causación instantánea y su goce y disfrute también lo son como bienes consumibles, se podría afirmar que no sería viable el cobro retroactivo de salud en aquellos casos en que el potencial pensionado o sus beneficiarios requirieron de los servicios de salud y el acceso a estos no fue posible, fue tardío o de mala calidad por barreras administrativas, culturales, geográficas, normativas o de oferta.

De seguir siendo procedente este cobro, se continuaría abriendo la brecha para que las Administradoras de Pensiones que no cumplan con las funciones de recaudo, de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de manera oportuna continúen negando de manera indiscriminada las pensiones, aumentando la congestión judicial y los costos procesales de la administración de justicia.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral reitera que “es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud, mal pueden ignorar los sentenciadores la carga que a aquel le impone la ley al pagar los aportes en salud en razón de su condición de pensionado” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 46234, 2011).

Hoy no existe regulación normativa frente a este tema. Si bien existe el mecanismo de la acción de reparación directa por falla en el servicio y la acción de responsabilidad civil aquilina (contractual o extracontractual), se carece en el ordenamiento jurídico de una regulación normativa que endilgue a las Administradoras de Pensiones una sanción ante el incumplimiento injustificado de sus funciones, diferente a los intereses moratorios consignados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Además de lo anterior, y en consideración a las diferencias de las prestaciones asistenciales y económicas que se reconocen en el Régimen Contributivo y Subsidiado, es claro que las personas que pertenecen a este último régimen no gozan del pago de incapacidades, ni de licencias; resultando una situación desventajosa para aquellos potenciales pensionados que solo pertenecen al Régimen Contributivo y tienen a su disposición los servicios de salud una vez ingresan en nómina de pensionados. En este sentido, el artículo 2.1.3.4 del Decreto 780 de 2016 señala que “el afiliado podrá acceder a todos los servicios de salud del plan de beneficios desde la fecha de su afiliación o de la efectividad de la EPS o de movilidad”.

Este obstáculo afecta a personas ad-ventas de adquirir su derecho pensional, las cuales en muchos casos ya no se encuentran laboralmente activas y padecen de enfermedades de alto costo o enfermedades crónicas, más comunes en los adultos mayores según reporte de la Organización Mundial de la Salud – OMS-; lo que demanda por parte de estos organismos una prevención y atención oportuna en esta etapa de la vida, que no debería verse afectada por barreras administrativas (Organización Mundial de la Salud, 2015).

Cobro coactivo y causación de interés de mora por el no pago oportuno de los aportes en salud

¿Quién asume los aportes en salud en caso de no pago oportuno?

Las EPS son personas jurídicas autorizadas para afiliar y actuar como entidades mediadoras o como puente entre los usuarios y el Sistema por delegación del Estado (Superintendencia Nacional de Salud, Concepto 466089, 2011).

Antes de la entrada en funcionamiento de la ADRES, esto es, el 1 de agosto de 2017, las EPS eran las encargadas de realizar el recaudo de las cotizaciones y aportes en salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017).

Actualmente, las EPS ya no administran los aportes del sistema de salud, hoy ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de los recursos y de desplegar los respectivos controles. Pese a esto, sobre las EPS sigue recayendo la obligación de adelantar los trámites administrativos para el pago oportuno de las cotizaciones y los aportes a cargo del empleador, las Administradoras de Pensiones o instituciones en nombre de las cuales vinculen a los trabajadores, conforme el artículo 43 de la Ley 789 de 2002.¹³

Así mismo, deben contar con los medios necesarios para adelantar acciones de cobro coactivo y recuperar las sumas adeudadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud con destinación a la ADRES, que les permitan determinar en forma permanente el incumplimiento de los actores del sistema.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos en la Sentencia C-177 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero: “al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal”.

Pese a que hoy la ADRES es la encargada de recaudar las cotizaciones y aportes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las EPS continúan fungiendo como delegatarias, pero es la ADRES y las entidades pagadoras las verdaderas recaudadoras de las cotizaciones y aportes en salud, los cuales deben descontar conforme el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

Por tanto, se prevé que ante el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos que trata el Decreto 1281 de 2002 en su artículo 4 se causaran intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En razón a lo anterior, la extemporaneidad en el pago de las cotizaciones al Sistema en Salud causa intereses moratorios a favor del sistema. En el caso de los pensionados el artículo 2.1.9.7 del Decreto 780 de 2016, señala que cuando el pagador de pensiones incurra en mora en el pago de los aportes a cargo de los pensionados no se suspenderá la afiliación, ni la prestación de los servicios en salud incluidos en el plan de beneficios a estos y a su núcleo familiar. Las EPS deberán adelantar las acciones de cobro frente a los aportantes en mora. Una vez recaude las cotizaciones en mora tendrá derecho al reconocimiento de las UPC (Decreto 780, 2016, art. 2.1.9.7).¹⁴

La jurisprudencia es unánime en relación con la imposibilidad de que la responsabilidad por el no pago de los aportes recaiga sobre el trabajador, pues esto implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón atendible, las nocivas consecuencias

13. Artículo 43. Aportes a la Seguridad Social. Artículo CONDICIONALMENTE exequible. Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliarse al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales. La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.

14. Artículo 2.1.9.7 Efectos de la mora en las cotizaciones de los pensionados. Cuando el pagador de pensiones incurra en mora en el pago de los aportes a cargo de los pensionados no se suspenderá la afiliación ni la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan de beneficios a estos y a sus núcleos familiares. Las EPS deberán adelantar las acciones de cobro frente a los aportantes en mora. Una vez recaude las cotizaciones en mora tendrá derecho al reconocimiento de las UPC.

de la negligencia e irresponsabilidad del empleador (Superintendencia Nacional de Salud, Concepto 8, 2010).

De ahí que el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 estableciera tanto a los empleadores y a “cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores” como parte integrante del Sistema General de Seguridad social en Salud, responsables de las deducciones de los aportes y cotizaciones en salud.

Como consecuencia de lo anterior y haciendo una interpretación extensiva de la norma del anterior artículo, las Administradoras de Pensiones son quienes deben descontar el aporte en salud mes a mes con el fin de garantizarle al pensionado la prestación continua del servicio, y en caso de no hacerlo de manera oportuna sería viable la aplicación del parágrafo del artículo 161 de la ley 100 de 1993 el cual determina que quienes no observen lo dispuesto en dicha norma están sujetos a las mismas sanciones establecidas en el artículo 22 y 23 de dicho estatuto.

Hoy pareciera no existir responsabilidad de las Administradoras de Pensiones frente al pago retroactivo del aporte en salud, cuando media culpa o negligencia frente al reconocimiento y pago tardío de la prestación económica, pese a que existe norma expresa para los empleadores que determina que en caso de omisión son estos quienes deben responder por la totalidad del aporte o, a lo sumo, considerar viable la posibilidad de una responsabilidad compartida o solidaria entre el pensionado y la entidad pagadora.

Esto genera una situación de desigualdad en relación al pensionado, quien sí debe asumir el aporte de salud en su totalidad, no desde el momento en que es incluido en nómina, sino desde que se reconoce su estatus jurídico; pese a que el goce y disfrute de las prestaciones económicas y asistenciales del Régimen Contributivo solo es posible desde que se percibe el primer pago de la mesada pensional.

Prescripción de los aportes en salud

Los aportes en salud son derechos ciertos e indiscutibles, irrenunciables y de naturaleza fiscal, en virtud de ello el concepto 26015 del 20 de diciembre de 2004 del Ministerio de Salud y Protección Social, fungiendo como ente regulador del Sistema General de Seguridad Social Integral, consideró que:

(...) la prescripción de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones no ha sido contemplada en las normas que regulan los Sistemas. Por ese motivo, los aportes adeudados en salud y pensiones por ser recursos de carácter parafiscal no prescriben. Como consecuencia de lo anterior, las diferentes administradoras de los sistemas en cuestión pueden adelantar en cualquier momento las acciones de cobro tendientes a obtener el pago de las cotizaciones que se les adeuden (Ministerio de Salud y Protección Social, Concepto 26015, 2004).

De lo anterior, se colige que no es dable la prescripción de las cotizaciones o aportes en salud teniendo en cuenta que el derecho de la Seguridad Social Integral, por encontrarse íntimamente relacionado con el trabajo humano, también configura un régimen jurídico de orden público, cuyos derechos y prerrogativas por mandato legal son irrenunciables y no pueden ser modificados por convenio entre particulares.

Sin embargo el Estatuto Tributario en su artículo 817 establece que el termino de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales son de cinco (5) años, pero lo que realmente ocurre en la practica es que sin existir cobro coactivo por parte de las EPS y sin constituir en mora a los afiliados, estas ultimas recibían por transferencia de las Administradoras de pensiones el aporte de salud desde que se reconoció el derecho pensional, es decir de manera retroactiva y sin que se le indilgue ningún tipo de prescripción. (Estatuto Tributario Nacional, art. 817)

Descuentos retroactivos en salud en sede del bloque de constitucionalidad en colombia

Pronunciamiento de las altas cortes y entidades gubernamentales acerca de los descuentos retroactivos en salud

Pese a que desde el año 1993 y con la expedición de la Ley 100 de 1993 los entes jurisdiccionales iniciaron su regulación acerca de la naturaleza y obligatoriedad de los aportes en salud como deducciones legales, las mismas no contemplaban el pago retroactivo.

Con la entrada en operación de Colpensiones, se efectivizaron los descuentos retroactivos en salud y con ellos la duda de los operadores jurídicos acerca de la obligatoriedad de consignar en los fallos judiciales la autorización de la deducción.

Muchas sentencias fueron apeladas con el fin de que se modificara o se adicionara la orden de deducción o por el contrario para que no prosperara la misma, por atentar contra el principio de cosa juzgada y debido proceso.

Entidades como la Superintendencia de Salud, a través del Comité Jurídico Consultor con Referencia NURC 8005-1-166700, afirma que los dineros correspondientes a las cotizaciones de los pensionados, con independencia del tiempo que se haya demorado en reconocer la concesión de la pensión, deben de ser descontados dado que se encuentran estrechamente ligados al reconocimiento de la pensión. Esto significa que, al otorgarse el derecho mediante sentencia, el juez está facultado para ordenar su deducción, en concordancia con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema. (Superintendencia Nacional de Salud, Concepto NURC 8005-1-166700, 2006)

En virtud de ello se ha predicado que los aportes al sistema general de seguridad social en salud y la facultad de retenerlos para el pagador de la pensión constituyen cuestiones ligadas de manera necesaria al reconocimiento de la pensión de jubilación, de forma tal que operan por virtud de la ley y deben acompañar indefectiblemente a la condena retroactiva de la prestación.

Lo anterior sumado a la naturaleza específica y fiscal de los aportes en salud los cuales deben de destinarse al cumplimiento de los fines de la Seguridad social, y en este sentido para la Corte Suprema de Justicia, es innegable que los aportes a salud son administrados por las EPS, de tal modo que los empleadores o las entidades pagaderas de pensiones no pueden disponer de esos recursos a su arbitrio, pues una vez causados, adquieren la calidad de contribuciones parafiscales, con todas las implicaciones que de ello derivan, citando su apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional SU 480 de 1997.

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-895 de 2009, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, manifestó:

“En relación a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes en salud, la necesidad de asegurar estándares mínimos en la realización de este derecho, por lo que el Constituyente previó el destino exclusivo de los fondos de la seguridad social, al señalar de manera expresa que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella, conforme el artículo 48 de la Constitución Política” (Corte Constitucional, Sentencia C-895, 2009).

La jurisprudencia ha reconocido de manera uniforme que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, sin importar la denominación que de ellos se haga, no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social.

En relación a la obligatoriedad de los jueces laborales en ordenar los descuentos retroactivos en Salud la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia 46576 (2011) determinó que se cometía un yerro jurídico al no autorizar a la Administradora de pensiones a descontar de la condena impuesta por retroactivo pensional, a favor del actor, el valor de las cotizaciones respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que así lo dispone los incisos segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3° del Decreto 510 de 2003 y 2°, 4°, 5°, 7° y 8° de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, se sostienen que la pensión está indisolublemente ligada a los descuentos por salud a cargo del pensionado, por lo tanto, debe ser ordenada simultáneamente con la condena judicial a pagar tal prestación, autorizando al ente que haya de sufragarla a que realice las retenciones pertinentes para su traslado. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia 42392, 2013)

Conforme a lo anterior esta función de recaudo no se requiere solicitud precisa, pues quien paga la mesada está facultado legalmente para efectuar la deducción por el concepto referido y consignarla dentro de los plazos señalados, tal como lo prevé el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

Del conjunto de estas disposiciones, se entiende que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, a financiar el Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues se asevera que no podría sostenerse económicamente de otra manera; ni mucho menos otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.

Se podría afirmar, teniendo en cuenta la investigación realizada para este artículo y la experiencia en el ejercicio profesional, que el problema actual es que hoy los operadores jurídicos no tienen en cuenta la diferenciación objetiva entre pensionado y potencial pensionado a la hora de emitir los fallos judiciales. Si se atiende al sentido exegético de la norma, es claro que siempre se hace referencia a la calidad de pensionado como aquella persona que ya tiene un estatus jurídico y no al potencial pensionado que se encuentra

inmerso en una situación de dubitación frente su derecho. Si se recurre a una interpretación objetiva de la norma, el pago de los aportes en salud debería de hacerse desde la inclusión en nómina y no desde que se adquiere el estatus jurídico.

El Ministerio de Salud y Protección Social mediante concepto 201611601516151 del 19 de agosto de 2016 precisa que actualmente no existen lineamientos jurídicos que permitan que se realice la devolución de los dineros provenientes de los descuentos de los aportes a salud, que fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las EPS, o de los dineros que se hayan cotizado antes de serle reconocida la pensión (Ministerio de Salud y Protección Social, Concepto 201611601516151, 2016).

En el caso de las pensiones compartidas y de autorizar por sentencia judicial el pago de las diferencias pensionales generadas por el mayor valor entre la pensión de jubilación y la de vejez junto con el retroactivo pensional, también se debe ordenar la deducción de todos los aportes a salud para luego trasladarlos a la EPS a la cual está afiliada la actora de conformidad con lo establecido en la sentencia 1267 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral del 25 de enero de 2017.

En relación a la omisión en la prestación de los servicios en salud por parte del pensionado la Sentencia 468425 del 22 de febrero de 2017 de la magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, adoptaron la siguiente postura:

Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado.

Así mismo, el 19 de abril de 2017 el Ministerio de Salud y Protección Social determino en que: "la obligación legal del pensionado es la de cotizar sobre los recursos de las mesadas pensionales retroactivas, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, por cuanto los mismos tienen por finalidad garantizar la prestación de los servicios de salud a la población más pobre y vulnerable" (Ministerio de Salud y Protección Social, Concepto 201742300402982, 2017).

Para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no efectuar el descuento retroactivo en salud a los pensionados, no solo sería desconocer los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social, en especial, los de universalidad y solidaridad, conforme la sentencia de la Corte Constitucional C-066 de 2018.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 63512 del año 2018 reiteró la obligación de los operadores jurídicos de otorgar la orden de deducción de los descuentos de salud, so pena de ser violatoria por vía directa de los artículos 143, 152, 157, 160, 161, 178, 182 y 204 de la Ley 100 de 1993; 42 del Decreto 692 de 1994; 26 y 65 del Decreto 806 de 1998 y 2, 4, 5, 7 y 8 de la Ley 797 de 2003.

En la demostración del cargo, sostiene que al negar la posibilidad de cumplir con la obligación legal de practicar los descuentos del retroactivo pensional relativos a los aportes del régimen de seguridad social en salud, los cuales están a cargo del

pensionado en conformidad con el artículo 143 inciso 2 de la Ley 100 de 1993; según lo contemplado por el artículo 42 del inciso 3 del Decreto 692 de 1994, las entidades pagadoras de las pensiones o las AFP deben realizar los descuentos por concepto de cotización por salud y transferirlos a la EPS o a la ADRES. (Decreto 692, 1994, art. 42, inciso 3).

Finalmente, la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral 531 del 19 de febrero de 2019 se establece que como parte esencial del financiamiento del sistema de Salud el aporte retroactivo, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.

Hoy en día, la situación procesal se mantiene incólume y no obstante su legalidad y obligatoriedad, es importante señalar que a todos aquellos pensionados que no recibieron una prestación real y oportuna de los servicios en salud desde una esfera constitucional, al realizarles esta deducción retroactiva se les estarían desconociendo principios rectores y derechos fundamentales que se pregonan entre los actores del sistema.

Descuentos retroactivos en salud más allá de su legalidad

Una mirada más allá de la legalidad a los descuentos retroactivos en salud permite ponderar su procedencia desde la constitucionalidad, partiendo de un análisis principialístico que determina un enfoque diferencial de interpretación favorable de la norma para los pensionados por vejez en Colombia.

Es importante antes de analizar los derechos que se pudieren afectar con las deducciones retroactivas en salud, desarrollar los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema que sirven como sustento legal para que hoy se efectúen dichos descuentos.

En el año 2002, la declaración Política sobre el Envejecimiento de la Asamblea Naciones Unidas reconoció la necesidad de fortalecer la solidaridad entre las generaciones y las asociaciones intergeneracionales, teniendo presentes las necesidades particulares de los más mayores y los más jóvenes (Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento de las Naciones Unidas, 2002).

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) afirma que el principio de solidaridad es ignorado o recibe escasa atención por las reformas. Se critica que muchos sistemas públicos no han sido realmente solidarios, porque no cubren a buena parte de la población y conceden subsidios fiscales a sectores asegurados de ingreso medio que no lo necesitan. También se aduce que, debido al envejecimiento de la población y al aumento en la esperanza de vida, el costo de la salud aumenta progresivamente y también la carga sobre las generaciones jóvenes, de manera que se rechaza la solidaridad entre generaciones (CEPAL, 2013).

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 determina como principios del Sistema de Seguridad Social Integral de manera explícita la solidaridad definida como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. A su vez, el artículo 153 de la Ley 100 determinó las reglas del servicio público de salud dentro de las cuales no se encontraba de manera expresa la solidaridad, sino que la misma norma remitía a los principios generales consagrados en la Constitución Política.

La manifestación de este principio en el sistema de salud se desarrolla a través del Régimen Subsidiado para la población sin capacidad de pago, cuya afiliación y atención se cubre con recursos fiscales de las entidades territoriales, con dineros de la ADRES y con contribuciones que realizan los cotizantes del sistema. Otra manifestación de la solidaridad en salud es a través del plan de beneficios en salud (PBS).

Así mismo en el Sistema General de Pensiones que rige en Colombia, inicialmente, basa el principio de la solidaridad en la financiación de las cotizaciones a través del Fondo de Solidaridad Pensional creado con la Ley 100 de 1993 y del aporte adicional, según la capacidad de pago de cada trabajador. Esto es aplicable tanto en el Régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando que en este último existe también la garantía estatal de pensión mínima de vejez.

En el caso de los pensionados, estos también tienen la corresponsabilidad de ser solidarios con el sistema, según el desarrollo jurisprudencial y normativo aquí esbozado.

Así mismo, también existe solidaridad por parte de cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, conforme el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, existiendo el deber por parte de las Administradoras de Pensiones de responsabilizarse por el aporte retroactivo en salud cuando existe omisión y culpa suficientemente comprobada por falta de diligencia o impericia en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales. Si las Administradoras de Pensiones son quienes deben cumplir con la función de recaudo y no lo hacen, es claro que se afecta la continuidad en la prestación de los servicios en salud y, por ende, estos están llamados a responder de manera solidaria.

En relación al principio de sostenibilidad financiera el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política determino que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como un presupuesto esencial, para garantizar el derecho de todos los ciudadanos.

En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, indicando que “las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiación de las prestaciones económicas de otros potenciales pensionados.

Si bien es cierto que es necesario garantizar la sostenibilidad del sistema y la ayuda mutua entre personas y sectores económicos, se está dejando a un lado aquellos pensionados y beneficiarios que al no estar en el Régimen Contributivo ni tener cobertura en salud, no tuvieron otra opción que asumir el riesgo por cuenta propia.

Ahora bien, es necesario partir de un análisis principialístico que determina un enfoque diferencial de interpretación favorable de la norma para los pensionados por vejez.

Unos de los principios que se afecta con la orden de deducción retroactiva es el principio de seguridad jurídica, se debe tener en cuenta que las sentencias por medio de las cuales se reconoce la pensión posteriores al desarrollo de un proceso judicial son declarativas de un derecho y no constitutivas de él, en tanto se elimina la falta de certeza acerca de la existencia de un estado jurídico, es decir, el estatus de pensionado. (Martínez, 2018, p 13-14); por lo tanto la actividad del juez va encaminada a agotar la declaración de certeza, puesto que cuando el sentenciador ordena el pago

retroactivo ha verificado que el supuesto de hecho de la disposición jurídica se ha consumado y, de esa manera, queda autorizada a realizar la calificación jurídica que tal disposición enuncia, pero es necesario tener en cuenta que si los aportes retroactivos en salud nunca fueron objeto del litigio, ni debatidos dentro del juicio no solo se estaría violentando la seguridad jurídica, sino también el debido proceso.

En relación a la vulneración al debido proceso en relación al tiempo que la autoridad pensional demora en desatar el procedimiento administrativo para el reconocimiento y pago de la prestación económica.

El artículo 29 de la Constitución establece que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Este derecho es una manifestación de los límites al poder estatal que busca proteger a los asociados de las actuaciones ilegales de las autoridades públicas, procurando el respeto por las formas de cada juicio.

En materia pensional, en la sentencia T-543 de 2015 la Corte enfatizó que las administradoras de pensiones están sujetas al debido proceso, en respeto de los derechos de los afiliados al sistema de seguridad social; de esta forma, “tienen una carga especial respecto de las solicitudes presentadas por sus afiliados, especialmente frente a aquellas situaciones que la entidad está en la ‘posibilidad y en el deber de verificar’”; en consecuencia, la entidad debe adelantar los trámites administrativos con observancia de las normas que determinan el debido proceso administrativo y no debe trasladar al pensionado cargas que no le corresponde asumir.

El potencial pensionado dentro del proceso judicial tiene derecho a que se le justifique y se le motive las decisiones que van en contra vía de sus derechos a través de los jueces y no simplemente a verse sometido a la máxima “dura lex sed lex”, dura es la ley pero es la ley, toda vez que no se trata de seguir el ritual del legalismo, sino de precisamente confrontar esa norma de cara a la constitución Política por cuanto la parte que discute su derecho pensional le corresponde saber porqué de manera retroactiva debe corresponder con unos pagos al sistema de salud no tuvo acceso efectivo a la salud porque su derecho de pensión no había sido declarado. Por lo tanto es obligación del juez consultar las razones por las cuales la parte se pudo ver afectada por el hecho de no recibir atención en salud oportuna y verificar de este modo también las razones por las cuales las Administradoras de pensiones quien también estaba obligado a descontar la salud oportunamente porqué no lo hizo.

Resulta viable pensar que la Administradora de Pensiones no puede salir bien librado de su propia tardanza puesto que también es una máxima “que nadie puede alegar en su propio beneficio su propia ilicitud o torpeza” por cuanto la parte que demandate siempre actuó con la plena convicción para lograr pensionarse y por razones ajenas a su voluntad imputables a un tercero, no fue dable la cotización oportuna mes por mes.

En este sentido, no existe seguridad jurídica dentro de un proceso judicial cuando hay violación al debido proceso, en la medida que la parte demandante nunca tuvo dentro de sus pretensiones el descuento retroactivo en salud, no pudo reconvenir y la entidad de seguridad social en calidad de demandada tampoco excepcionó. Esto conlleva a que de manera automática en la parte emotiva y enunciativa de la sentencia se esté autorizando un descuento retroactivo en salud de oficio, lo que significa que no solo se vulnera la seguridad jurídica con la que contaba el ciudadano al momento de acceder a la administración de justicia para que el litigio verse solo sobre lo

pretendido en la demanda primigenia, si no que de ante mano se está violando el derecho de defensa. Por tanto, en muchas ocasiones no le queda más al pensionado que aceptar de manera resignada el descuento retroactivo o instaurar recursos de apelación contra la sentencia.

Por otro lado, se vulnera el principio de seguridad social, el cual hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 19 destacó que: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación" (ONU, 2007).

La realización del servicio público de la Seguridad Social tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo.

La Corte Constitucional en sentencia T-628 de 2007, estableció que la finalidad de la seguridad social guarda necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida, pero si los mismos no se consolidan por causas imputables a un tercero, mal se haría en no endilgársele una sanción o consecuencia de la misma, pues sería recompensar esta conducta de las Administradoras de pensiones.

El disfrute real y efectivo a los servicios en salud se ven obstaculizados porque al parecer tanto la edad como el categórico de potencial pensionado inmerso en un proceso judicial se convirtieron en una barrera administrativa de acceso a los servicios en salud, que impiden efectivizar el acceso sus prestaciones sociales.

Otro principio que se quebranta es el de la igualdad, el cual ostenta la condición de *valor*, en la medida en que establece fines o propósitos de realización exigible a todas las autoridades; *principio*, pues su comprensión alcanza la categoría de mandato de optimización; y, *derecho*, dado que radica una potestad o facultad subjetiva sobre sus titulares.

Ahora bien, de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución Política se derivan tres (3) mandatos: (i) la igualdad de trato ante la Ley, que implica la imparcialidad en la aplicación del derecho; (ii) la prohibición de discriminación, estableciendo además algunos criterios que en consideración de la Corte generan sospecha de inconstitucionalidad cuando la diferencia se basa en ellos, tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y la opinión política y filosófica; y, (iii) un deber de promoción y trato especial, con el objeto de la consecución de la igualdad material.

¿Cómo tratar igual a los desiguales, que debieron enfrentarse a un proceso judicial?

El descuento retroactivo en salud por si solo general una situación desigual. No se equiparar la obligación de hacer el aporte en salud de un afiliado que ya se encuentra pensionado y que además mes a mes tiene a su disposición los servicios en salud del Régimen Contributivo, con uno que por razones ajenas a su voluntad no lo pudo disfrutar.

Se debe asumir un trato diferencial con el objeto de la consecución de la igualdad material con aquellos pensionados que además de acudir a un proceso para su reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que asumió el riesgo por cuenta propia y en muchos casos requirió de los servicios en salud en las condiciones de oportunidad, calidad y eficacia del régimen contributivo.

Así mismo se vulnera el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud para aquellos potenciales pensionados que no pueden continuar cotizando al Régimen Contributivo por razones económicas, ya sea desde el momento que cumplió con los requisitos pensionales o de manera previa y tienen una expectativa legítima en los beneficios del Régimen Contributivo, pero mientras se decide su estatus pensional jurídicamente debe vincularse al Régimen subsidiado.

La problemática se presenta para aquellos que no cumplen con las prerrogativas para pertenecer al régimen subsidiado de acuerdo a sus condiciones socioeconómicas que muchas veces no son correlativas a la capacidad adquisitiva de la persona.

La salud es un derecho con doble connotación de derecho y servicio público. En virtud de esta doble connotación, la salud adquiere características distintas frente a los dos escenarios en los cuales se desarrolla. Así, al tratarse de un derecho, el mismo deberá garantizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad e integralidad; y en lo que respecta a su rol de servicio público, éste deberá regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Otro principio que se vulnera con el actuar de las administradoras de pensiones en relación con la deducción en salud es el de la libre escogencia, cuya regulación normativa en el Sistema de Seguridad Social en Salud no es muy amplia. Se encuentra en el numeral 4 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 que regula los fundamentos de Servicio Público.

La libre escogencia permite que los usuarios cuenten con la posibilidad de elegir las Entidades Promotoras de Salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud cuando ello sea posible, según las condiciones de oferta de servicios, bajo la

regulación y vigilancia del Estado; así mismo, la norma hace acreedores a sanciones a aquellos entes que atenten contra este mandato, tal y como lo consagra el artículo 230 de la ley en mención.

De igual modo, la Ley 100 capítulo II de los afiliados al sistema en su artículo 159 determinó, como una de las garantías de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la libre escogencia y el traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea de modalidad individual o colectiva; así mismo la selección de los profesionales que se encuentren adscritos a su red de servicios. Adicionalmente, la Ley prohibió a las empresas administradoras del plan de beneficios obligar al usuario a seleccionar un determinado prestador.

En virtud de ello, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-436 de 2004 consideró que el derecho de libre escogencia goza de una triple connotación, pues es a la vez un principio rector y característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, un derecho para el afiliado y un deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud.

En este sentido, la misma corporación constitucional se pronunció en la sentencia T-115 de 2008 determinando que “La libre escogencia puede catalogarse como principio del sistema de salud, un derecho del afiliado y una característica del sistema de la seguridad social en salud, que consiste en la facultad que tienen todos los afiliados (tanto los del Régimen Contributivo como los del Régimen Subsidiado) a escoger, entre las diferentes alternativas de servicios ofrecidos, la entidad que administrará y la que prestará los servicios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud”.

La Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 en su literal h del artículo 6 también es reiterativa en reconocer que, desde su ámbito de aplicación, uno de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud se traduce en la libertad con que cuentan las personas para elegir la entidad de salud dentro de la oferta disponible, según las normas de habilitación.

Este principio es claramente vulnerado por el reconocimiento tardío por parte de las Administradoras de pensiones, toda vez que el potencial pensionado no tiene la posibilidad jurídica de elegir la EPS y más aun cuando se trata de afiliados al régimen subsidiado que deben permanecer ahí mientras se surte los tramites de reconocimiento y pago de la pensión, impidiéndose así mismo la movilidad entre regímenes y de entidades promotoras de salud; pues esto es solo dable desde que se ingrese en nomina de pensionados y se pague la primera mesada pensional con cotizante activo del Régimen Contributivo. Por ente, ¿cómo se “repara” la vulneración al principio de la libre escogencia? A través de una prerrogativa que ordene a las Administradoras de Pensiones responder de manera solidaria por el aporte en salud, o bien que al pensionado no se le cobre el 100% del aporte, si no solo el uno punto cinco por ciento (1.5%) destinado a la solidaridad del sistema, como una alternativa equitativa para esta problemática que no busca transgredir el principio de sostenibilidad financiera.

Otro principio que se infringe es la favorabilidad, de la que se afirma que no solo opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, si no también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones. En el caso de los descuentos retroactivos en salud, la favorabilidad fracasa al momento en que los operadores jurídicos no realizan una interpretación extensiva

desde el elemento sistémico del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, que determina la corresponsabilidad de cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores activos o inactivos como los obligados de recaudar los aportes y cotizaciones en salud.

De esta manera, se propone fortalecer el principio de favorabilidad, que debe aplicarse en la interpretación y análisis de las situaciones que afecten derechos fundamentales, el cual aboga por preferir la lectura que mayores garantías a los derechos involucrados en la situación examinada.

Así las cosas, se adquieren dos posturas claras: La primera que consigna la legalidad de los descuentos retroactivos en salud como aplicación exegética de la norma en desarrollo de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema, que sustenta la obligatoriedad de los pensionados en asumir el cien por ciento del aporte retroactivo en salud desde que se adquiere estatus jurídico de pensionado.

La segunda a través de una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2.1.8.4 numeral 4° del decreto 780 de 2016 que en lo pertinente establece " del valor de las mesadas pensionales retroactivas descontará el valor de las cotizaciones en salud " por cuanto contraría la Constitución Política de Colombia en los derechos a la seguridad jurídica, igualdad, seguridad social, Continuidad en la prestación de los servicios en salud, libre escogencia, favorabilidad e incluso y siendo el más importante el derecho a la salud en condiciones de eficiencia y oportunidad.

Conclusiones

Desde un enfoque legal y jurisprudencial pareciera que los descuentos retroactivos en salud es un tema ya decantado, pero en el análisis realizado en sede al bloque de constitucionalidad permea la necesidad de incluir por parte los entes jurídicos una posición a favor del pensionado más allá de la formalista con el fin de garantizar la equidad, una justicia universal y modificar los supuestos de hecho normativos que regulan este tema a través de una acción de acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2.1.8.4 numeral 4° del decreto 780 de 2016 que en lo pertinente establece "del valor de las mesadas pensionales retroactivas descontará el valor de las cotizaciones en salud" por cuanto contraría la Constitución Política de Colombia en sus artículos 13, 29, 48, 49 y 53, con el fin de garantizar justicia universal y modificar los supuestos de hecho normativos que regulan este tema.

En este orden de ideas se propone que el descuento retroactivo en salud solo sea descontado al pensionado, una vez se emita la resolución o comunicado de reconocimiento y sea incluido en nomina; y no de manera retroactiva desde que se le reconoce las mesadas pensionales causadas y no pagadas.

En su defecto y de no ser procedente la exoneración del aporte retroactivo, se propone una interpretación favorable de la norma a través de un método hermenéutico que permita dentro de los procesos ordinarios laborales y administrativos establecer una solidaridad compartida entre los pensionados y las Administradoras de Pensiones cuando existe culpa comprobada de estos últimos, bien sea por negligencia, por interpretación desfavorable y errónea de la norma que termina desconociendo el derecho pensional, por desinformación que hace incurrir en error al afiliado bajo el argumento de poder mejorar su derecho, o en razón a un cambio normativo o jurisprudencial.

Normativamente se propone una prerrogativa que le permita al pensionado asumir monetariamente no el ciento 100% del aporte, si no el uno punto cinco por ciento (1.5%) destinado a la solidaridad del sistema, como una alternativa equitativa para esta problemática que no busca transgredir el principio de sostenibilidad financiera.

Referencias

Libros y documentos

Acevedo, A.T (2010). Anuario de historia regional y fronteras: La seguridad social, historia, marco normativo, principios y vislumbre de un Estado de derecho en Colombia. Santander, Colombia.

Arroyave, Z. I (2009). *La organización de la salud en Colombia*. Medellín: Hospital Universitario San Vicente de Paul.

CEPAL (2013) *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2013: tres décadas de crecimiento económico desigual e inestable*. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/1085-estudio-economico-america-latina-caribe-2013-tres-decadas-crecimiento-economico>

Ministerio de Salud. (2017) Abecé Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/abece-adres.pdf>

ONU. (2002). *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento*. Recuperado de: <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

ONU. (2007) Observación General No. 19. Recuperado de: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc

Fuentes normativas

Constitución Política de Colombia [Const.]. (20 de julio de 1991) [Actualizada hasta el 31 de diciembre de 2018]. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Sistema de Seguridad Social Integral. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148/ Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2002). Modificación de algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. [Ley 789 de 2002]. DO: 45046/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0789_2002.html

Congreso de la República de Colombia. (29 de enero de 2003). Reforma algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en al Ley 100 de 1993. [Ley 797 de 2003]. DO: 45.079/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

Congreso de la República de Colombia. (9 de enero de 2007). Modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. [Ley 1122 de 2007]. DO:

46.506/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html

Congreso de la República de Colombia. (27 de noviembre de 2008). Inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993. [Ley 1250 de 2008]. DO: 47.186/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1250_2008.html

Congreso de la República de Colombia. (19 de enero de 2011). Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud. [Ley 1438 de 2011]. DO: 47.957/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html

Congreso de la República de Colombia. (16 de febrero de 2015). Regulación al derecho fundamental a la salud. [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html

Congreso de la República de Colombia. (9 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49.538/ Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

Estatuto Tributario Nacional. (30 de marzo de 1989). [Decreto 1624 de 1989] Recuperado de: <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=6533>

Ministerio de Salud y Protección Social. (20 de diciembre de 2004). Prescripción de los Aportes a la Seguridad Social. [Concepto 26015 de 2004] Recuperado de: <https://www.accounter.co/boletines/prescripcion-de-aportes-a-la-seguridad-social-2.html>

Ministerio de Salud y Protección Social. (9 de abril de 2015). Anexos técnicos del Registro Único de Afiliados. [Resolución 1056 de 2015] Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1056-de-2015.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (6 de mayo de 2016). Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. [Decreto 780 de 2016]. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social. (10 de junio de 2016). Reglas para el recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales. [Resolución 2388 de 2016]. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolución%202388%20de%202016.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social. (19 de agosto de 2016). [Concepto 201611601516151]. Recuperado de: <http://julietarocha.com/images/cpto-201611601516151-16 - No procede devolucion de aportes por reconocimiento de pension.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (31 de agosto de 2016). [Resolución 003951 de 2016]. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%203951%20de%202016.pdf

- Ministerio de Salud y Protección Social. (28 de noviembre de 2016). Modifica la Resolución 2388 de 2016. [Resolución 5858 de 2016]. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5858-de-2016.pdf>
- Ministerio de Salud. (19 de abril de 2017). Devolución de aportes pagados al Sistema General e Seguridad Social en Salud. [Concepto 201742300402982]. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Bolet%C3%ADn%20Jur%C3%ADdico%20No%204%20Abril%202017.pdf
- Ministerio del Trabajo. (28 de septiembre de 2012). Determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. [Decreto 2011 de 2012]. DO: 48.567/Recuperado de: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_2011_2012.htm
- Ministerio del Trabajo. (10 de noviembre de 2016). Compila las normas del Sistema General de Pensiones. [Decreto 1833 de 2016] Recuperado de: <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59033770/DECRETO+1833+de+2016+COMPILATORIO+PENSIONES+ACTUALIZADO+a+31+de+MARZO+de+2018.pdf/43c30f5e-1449-c80c-79c2-90598f4ea41d?version=1.0>
- Presidente de la República de Colombia. (29 de marzo de 1994). Reglamento parcial de la Ley 100 de 1993. [Decreto 692 de 1994]. DO: 41.289/ Recuperado de: http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/100232/DECRETO_692_DE+1994.pdf
- Presidente de la República de Colombia. (5 de agosto de 1994). Reglamento parcial al Decreto-ley 1298 de 1994. [Decreto 1919 de 1994]. DO: 41478/ Recuperado de: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1754567>
- Presidente de la República de Colombia. (30 de abril de 1998). Reglamento de afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud. [Decreto 806 de 1998]. Recuperado de: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=19411>
- Presidente de la República de Colombia. (20 de junio de 2002). Normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud. [Decreto 1281 de 2002]. DO: 44840/Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1281_2002.html
- Presidente de la República de Colombia. (5 de marzo de 2003). Reglamento parcial de la Ley 797 de 2003. [Decreto 510 de 2003]. DO: 45118/Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7224>
- Presidencia de la República. (22 de julio de 2005). Adición del artículo 48 de la Constitución Política. [Acto Legislativo 01 de 2005]. DO: 45.980/ Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html
- Superintendencia Nacional de Salud. Concepto 08 de 2010. Tomado de: https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO_SNS_0000008_2010.pdf
- Superintendencia Nacional de Salud. Concepto 466089 de enero- octubre de 2011. Tomado de: https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO_SNS_0466089_2011.pdf

Superintendencia Nacional de Salud. Concepto 60152 del 31 de julio de 2013.
Tomado de: https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO_SNS_0060152_2013.pdf

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. (10 de abril de 1997) Sentencia C-179. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (25 de septiembre de 1997) Sentencia SU- 480. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (04 de mayo de 1998) Sentencia C-177. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (04 de agosto de 1999) Sentencia SU-569. [MP. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (16 de febrero de 2000) Sentencia C-126. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (6 de mayo de 2004) Sentencia T-436. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (10 de agosto de 2004) Sentencia C- 760. Corte Constitucional. Sentencia C-179. [MP Rodrigo Uprimny Yepes].
- Corte Constitucional. (15 de agosto de 2007) Sentencia T-628. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (02 de diciembre de 2009) Sentencia C-895. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (13 de Septiembre de 2010) Sentencia T-730. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional. (21 de agosto de 2015) Sentencia T-543. [MP Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (6 de abril de 2018) Sentencia T-115. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (20 de junio de 2018) Sentencia C-066. [MP Cristina Pardo Schilesinger].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (22 de marzo de 2011) Sentencia 46234. [MP Gustavo José Gnecco Mendoza].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (23 de marzo de 2011) Sentencia 46576. [MP Francisco Javier Ricaurte Gómez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (06 de marzo de 2012) Sentencia 47528. [MP Rigoberto Echeverri Bueno].

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (20 de febrero 2013) Sentencia 42392. [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve].

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (25 de enero de 2017) Sentencia 1267. [MP Luis Gabriel Miranda Buevas].

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (22 de febrero de 2017) Sentencia 468425. [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de junio de 2017) Sentencia 48875. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral. (9 de mayo de 2018) Sentencia SL1478-2018. [MP Martin Emilio Beltrán Quintero].

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (19 de febrero de 2019) Sentencia 531. [MP Santander Rafael Brito Cuadrado].