**Proyecto de Ley\_\_\_\_ del 2022**

**“Por la cual se modifica el artículo 2.1.8.4 del Decreto Reglamentario único del sector Salud y Protección Social 780 de 2016”.**

**El Congreso de Colombia**

**DECRETA:**

**Artículo 1°** Modifíquese el artículo 2.1.8.4 del Decreto Reglamentario único del Sector Salud y Protección Social 780 de 2016, el cual quedará así:

**Artículo 2.1.8.4 Garantía de la continuidad del aseguramiento en salud durante el trámite pensional.**

Con el fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Régimen Contributivo que hayan radicado documentos para solicitar el reconocimiento de una pensión a cargo del Sistema General de Pensiones que no se encuentren obligados a cotizar como independientes y no perciban otros ingresos sobre los cuales se encuentren obligados a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se seguirán las siguientes reglas:

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 SISBÉN, 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.

Reconocida la pensión de vejez, la entidad administradora o pagadora de pensiones, del valor de las mesadas pensionales retroactivas descontará **solamente a los pensionados que no tuvieron que acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para obtener el reconocimiento de su prestación económica**, 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.

**Aquellos que por causa atribuible al fondo privado o público de pensiones, tuvieren que acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el reconocimiento y pago de su pensión, no se les generarán descuentos de salud en su retroactivo pensional**

Cuando el prepensionado **que no acudió a la vía judicial para obtener el reconocimiento y pago de su pensión,** hubiere cotizado conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del presente artículo, 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 prepensionado, en un monto equivalente a la cotización realizada sobre un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Para los efectos previstos en el numeral 4 del presente artículo, el afiliado registrará en el Sistema de Afiliación Transaccional, además de la novedad de su calidad de cotizante independiente, la de prepensionado. El Ministerio de Salud y Protección Social efectuará los ajustes en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) que permita la identificación y pago de aportes del cotizante prepensionado.

**PARÁGRAFO****. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, la**novedad se registrará en la EPS a través de la declaración de su calidad de prepensionado y el Ministerio de Salud y Protección Social dispondrá su identificación en la base de datos de afiliados vigente.

**Artículo 2° Vigencia.** La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

**H.R. JUAN CARLOS WILLS OSPINA**

Representante a la Cámara

**1.- Competencia.**

De conformidad con los artículos 48, 53 y 150 numeral 1 de la Constitución Política, el Congreso de la República es competente para proferir leyes en materia de Seguridad Social en Pensiones.

**2.- Objeto del Proyecto.**

El presente proyecto de ley tiene por objeto restablecer los derechos que le fueron conculcados a un grupo significativo de ciudadanos, al realizarse descuentos de salud en su retroactivo pensional vulnerando sus derechos al Debido Proceso y por ende a la seguridad jurídica dentro de un proceso judicial, a la igualdad como principio y como derecho, eliminando el descuento de salud en el pago del retroactivo pensional, a aquellos prepensionados que por causa atribuible a los fondos privados y públicos de pensión, negasen el reconocimiento de la prestación económica solicitada y por ello tuviesen que acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para obtener el reconocimiento y pago de su pensión.

**3.- Necesidad y conveniencia.**

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, surgió la seguridad social como un derecho y un servicio público de carácter obligatorio, pero solo hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 la Seguridad Social se estructuró en el país como un sistema organizado y coherente que 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 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.

Es así como se instituyó la Seguridad Social como eje central del sistema, el cual se rige por los principios rectores de la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, integralidad y unidad.

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.

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.

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.

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.

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 2008, 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, después las Administradoras de Pensiones debían transferirla a la EPS donde se encontrará afiliado o 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 y 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.

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.

En el año 2012 entra en operación de la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones y aparecen los primeros descuentos retroactivos en salud para los pensionados.

Es necesario mencionar que cuando operaba el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy en supresión, 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 y 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 trascurrido 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.

En este orden de ideas es importante señalar que solo hasta este Decreto que pretendemos modificar (780 de 2016), se estableció la 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.

Con la normatividad aplicable hasta 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 o quien haga sus veces, a través de la planilla de liquidación de aportes (PILA), sin que el potencial pensionado tuviese derecho a compensar.

Consecutivamente, 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.

Ahora bien, 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, también son 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, 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 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.

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-portas 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, 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

En la actualidad, 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 (100%) 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 Proyecto de Ley es abordar el análisis de la constitucionalidad de los descuentos retroactivos en salud a la luz del bloque de constitucionalidad, sumando 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.

Según el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, la finalidad del sistema general de pensiones, es 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, dicho sistema 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).

En ambos regímenes es posible que un afiliado con estatus de pensionado cause un retroactivo pensional, que son aquellas mesadas causadas 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 la administradora de pensiones, sea privada o pública emitió una respuesta negativa relacionada con el reconocimiento de la prestación económica solicitada. 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.

**4.- Del ahorro en costos judiciales y litigiosidad.**

Este Proyecto de Ley evitaría costos judiciales al Estado. En efecto, las administradoras de Pensiones, Colpensiones y los fondos privados, han sido condenadas repetidamente a reconocer y pagar prestaciones económicas que han sido negadas por vía administrativa, los costos judiciales y la congestión judicial son injustificables en un tema cuya claridad no se cuestiona y por el contrario se ha reconocido abierta y reiteradamente la violación de derechos a los potenciales pensionados.

**5.- Impacto fiscal.**

La Sostenibilidad Financiera introducida por el Acto Legislativo 001 de 2005, no debe ser una razón para desconocer derechos fundamentales como la pensión, ni mucho menos ser fundamento para medidas regresivas que limiten la materialización de este derecho, además que su dominio debe encuadrarse en un marco de progresividad y sostenibilidad social, acorde a un Estado Social de Derecho como el nuestro.

**6.- Causales de impedimento.**

En virtud del artículo 286 de la ley 5 de 1992 y del artículo 1 de la ley 2003 del 2009, este proyecto de ley reúne las condiciones del literal a y b de las circunstancias en las cuales es inexistente el conflicto de interés como lo desarrolla el artículo 286 de la ley 5 de 1992, toda vez que es un Proyecto de Ley de interés general, que puede coincidir y fusionarse con los intereses del electorado.

En cumplimiento del artículo 3 de la ley 2003 de 2019

Cordialmente,

**H.R. JUAN CARLOS WILLS OSPINA**

Representante a la Cámara