



Radicado No. 202311400220071

Fecha: 08-02-2023

Página 1 de 8

Bogotá D.C.,

Doctor
RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO
Comisión Séptima Constitucional
Cámara de Representantes
Carrera 7ª N° 8 – 68
Bogotá D.C.

Código de verificación: 44FB4



Para verificar la autenticidad del documento escanee el QR o ingrese al link: <https://orfeo.minsalud.gov.co/orfeo/consultaWebMinsalud/> y digite el número del radicado y el Código de verificación.

ASUNTO: Concepto sobre el **PL 252/22 (C)** “*por la cual se modifica el artículo 2.1.8.4 del Decreto Reglamentario Único del Sector Salud y Protección Social 780 de 2016*”.

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en esa Corporación, con fundamento en texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 1394 de 2022, se emite concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Lo anterior, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, de conformidad con el siguiente orden:

1. CONTENIDO

Acorde con la exposición de motivos, la propuesta se orienta a:

[...] 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 pensión¹.

Desde esta óptica, el proyecto de ley pretende modificar el numeral 4 del artículo 2.1.8.4 del Decreto 780 de 2016, “*Decreto Único Reglamentario del sector Salud y Protección Social*”, en el que se determinan las reglas para que los pre-pensionados,

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta N° 1394 de 2022.



que se encuentran realizando el trámite para el reconocimiento de su pensión, cuenten con la “*garantía de la continuidad del aseguramiento en salud*”. El numeral 4 de este artículo vigente, señala:

[...] 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 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.

Cuando el prepensionado 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 [...].

Ahora bien, la iniciativa plantea que el numeral 4 quede así:

[...] 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 a 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 [...]. [Énfasis añadido]

Con la modificación del numeral 4 del artículo 2.1.8.4 del Decreto 780 de 2016, se busca incluir el NO descuento retroactivo del aporte a salud cuando para el reconocimiento de la pensión se tiene que acudir a la vía judicial.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Debe advertirse que, con el proyecto de ley, a través del poder legislativo, se aspira modificar un Decreto expedido en ejercicio de la facultad reglamentaria dispuesta en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política², por lo que el Legislador estaría asumiendo funciones y facultades propias del Ejecutivo, lo cual vulneraría la Constitución Política, especialmente, en atención a los postulados vinculados a la división de poderes que se derivan del artículo 113 superior.

Ahora bien, al realizar un análisis sobre la finalidad y el mecanismo planteado, se estima que la propuesta no modifica el aseguramiento ni su continuidad para las personas que están tramitando el reconocimiento de la pensión, sino que corresponde a una pretensión de tipo económica, ya que sugiere el no cobro del aporte retroactivo al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) para aquellas personas que tengan que tramitar el reconocimiento de la pensión a través de la Jurisdicción

² Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. C-066 de 1999, MM.PP. Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra; C-805 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-508 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-1005 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto; C-765 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.



Ordinaria Laboral, situación que: i) puede incentivar que se incremente la utilización de los procesos judiciales para el reconocimiento de las pensiones desbordando el sistema judicial; y, ii) afecta el financiamiento del SGSSS.

Frente a la financiación SGSSS, es necesario considerar que en el artículo 48 de la Constitución Política se prevé que la seguridad social se prestará con sujeción, entre otros, al principio de solidaridad, en virtud del cual las personas contribuyen al financiamiento de esta de acuerdo con sus ingresos. En desarrollo de este principio, la Corte Constitucional, ha indicado que: “[...] *[l]a dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos [...]*”³, y particularmente, en materia de seguridad social, la aplicación de este principio implica que: “[...] *los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores [...]*”⁴.

En desarrollo del mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, el legislador a través de los artículos 2º y 153 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por los artículos 3º de la Ley 1438 de 2011 y 6º de la Ley 1751 de 2015, estableció que el SGSSS se rige por el principio de solidaridad, razón por la cual debe existir mutuo apoyo entre las personas, con el fin de garantizar el acceso y la sostenibilidad a los servicios de salud, siendo deber del Estado garantizar tal directriz mediante su participación, control y dirección.

2.2. La Corte Constitucional, adicionalmente, ha sostenido que todos los partícipes del SGSSS deben contribuir a la sostenibilidad con el fin de preservar el sistema en su conjunto. De ahí que, el alto tribunal mediante sentencia C-1000 de 2007, manifestara:

[...] en relación con la aplicación del **principio de solidaridad** en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que **(i)** éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes [...] el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; **(ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos**

³ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. T-413 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla o C-767 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-529 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.



beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con **mayores recursos económicos** de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna [...]^{5,6} [Énfasis añadido].

De esta manera, en lo concerniente al SGSSS, en su esquema de financiamiento, el principio de solidaridad se cumple bajo dos vías: por un lado, entre los cotizantes y la población pobre a través del porcentaje de la cotización que se transfiere para cofinanciar el régimen subsidiado; y de otro lado, al interior del régimen contributivo, en el cual, los cotizantes con mayores ingresos y menor número de beneficiarios son solidarios con aquellos de menores ingresos y mayor número de beneficiarios.

Cabe anotar que, en el Sistema General de Pensiones el Fondo de Solidaridad Pensional recibe un porcentaje de los ingresos de los trabajadores y pensionados que perciben más de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la finalidad de contribuir al subsidio a la cotización a pensión del grupo de personas que por Ley son

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-1000 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sents. T-434 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-459 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; *inter alia*.



beneficiarias de dicho Fondo.

En esa medida, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia, por mandato superior y legal, el Sistema de seguridad social debe regirse por el principio de solidaridad, en cumplimiento del cual, las personas, de acuerdo con sus ingresos y capacidad de pago, deben contribuir al financiamiento del sistema de salud; por lo que, es claro que todas las personas deben aportar al sistema en proporción a los ingresos que perciben. En ese sentido, disponer que las personas que deban acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para lograr la pensión no realizarán aportes a salud sobre los ingresos retroactivos, se traduce en que ciertas personas aportarán menos de lo que, en proporción a sus ingresos, deben aportar al sistema, en virtud del principio de solidaridad, desconociendo de tal suerte las previsiones contenidas en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política.

2.3. Ahora bien, en el evento de tramitarse una propuesta con la finalidad y el mecanismo como las que se plantean, resultaría no viable, toda vez que su implementación representaría una disminución en los ingresos por concepto de las cotizaciones mensuales en salud al régimen contributivo, generando una presión adicional a la sostenibilidad financiera del sistema. En ese orden, se advierte que el proyecto de ley no cuenta con análisis de impacto fiscal, en los términos del artículo 7° de la Ley 819 de 2003⁷, *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”*. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha enfatizado:

[...] Del anterior recuento jurisprudencial pueden deducirse las siguientes subreglas: (i) las obligaciones previstas en el artículo 7° de la Ley 819/03 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que cumple fines constitucionalmente relevantes como el orden

⁷ **Artículo 7°. Análisis del Impacto Fiscal de las Normas.** En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo [...] Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo [...] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso [...] Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público [...] En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.



de las finanzas públicas y la estabilidad macroeconómica, (ii) el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 corresponde al Congreso, pero principalmente al Ministro de Hacienda y Crédito Público, en tanto que “es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto”, (iii) en caso de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no intervenga en el proceso legislativo u omita conceptuar sobre la viabilidad económica del proyecto no lo vicia de inconstitucionalidad, puesto que este requisito no puede entenderse como un poder de veto sobre la actuación del Congreso o una barrera para que el Legislador ejerza su función legislativa, lo cual “se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático” y (iv) el informe presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público no obliga a las células legislativas a acoger la posición del Ministro [...]”⁸.

Bajo este entendido, se debe estar en consonancia con el mandato estipulado en la citada ley, los desarrollos jurisprudenciales y los preceptos superiores sobre la materia. Desde luego, para cumplir con lo referido en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, es necesario que tanto en la exposición de motivos como en las respectivas ponencias, se incorporen expresamente los costos fiscales y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo, y que el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el curso legislativo, conceptúe sobre la consistencia de los informes realizados, pronunciamiento que no debe ir en contravía del “Marco Fiscal”.

3. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, continuar con el curso de la propuesta devendría inconveniente al tiempo que se hacen perceptibles visos de inconstitucionalidad. De un lado, el Legislador estaría asumiendo funciones y facultades del Ejecutivo, en torno a la potestad reglamentaria, lo que implica desconocer los postulados derivados de la división de poderes (art. 113 y 189, numeral 11, C. Pol.). Resulta igualmente relevante no omitir las directrices vinculadas con el principio de solidaridad (arts. 1, 48, 95 y conc.). Por otra parte, es inconveniente porque restringe los ingresos del sistema, generando presión para su sostenibilidad sin incorporar una nueva fuente que sustituya la menor cotización, de ahí que, cualquier proyecto que implemente un lineamiento de este tipo, requiere del análisis de impacto fiscal y del concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 7º de la Ley 819 de

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-700 de 2010, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.



2003.

Se debe destacar, adicionalmente, que es intención del Gobierno nacional realizar una transformación del sistema de salud, con el fin de garantizar el acceso pleno y efectivo al goce del derecho a la salud, incluyendo, entre otras, posibles ajustes a los mecanismos de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), los cuales actualmente son objeto de análisis y estudio técnico al interior de esta Cartera; por lo cual, este tipo de propuestas legislativas y finalidades normativas, están siendo estudiadas y abordadas para definir acciones que en el corto, mediano y largo plazo permitan la transformación del sistema para garantizar el acceso y goce efectivo del derecho fundamental a la salud de todos los residentes del territorio colombiano.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa de la referencia.

Atentamente,

DIANA CAROLINA CORCHO MEJÍA
Ministra de Salud y Protección Social

Aprobó:
Viceministerio de Protección Social.
Dirección Jurídica.