

Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2023

C-1119-2023

Doctor

**RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO**

Secretario

Comisión Séptima Constitucional Permanente

CÁMARA DE REPRESENTANTES

Carrera 7 # 8 – 68 Edificio Nuevo del Congreso | Piso 5º

*comision.septima@camara.gov.co*

**Asunto:** Comentarios al Proyecto de Ley 029/2023 Cámara “Por la cual se modifica el artículo 2.1.8.4 del Decreto Reglamentario único del sector Salud y Protección Social 780 de 2016”.

Respetado doctor Albornoz.

Reciba un cordial saludo de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía (en adelante Asofondos). De manera respetuosa nos permitimos manifestar los comentarios y observaciones efectuados por esta agremiación y por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) al proyecto de la referencia, en particular en lo relativo a que el Proyecto de Ley en referencia pretende dejar sin efectos la obligación contenida en el artículo 2.1.8.4 del Decreto 780 de 2016 (Decreto Único Sector Salud), relacionado con la *garantía de continuidad del aseguramiento en salud durante el trámite pensional*.

En primer lugar, Asofondos siempre acompaña de forma positiva todas y cada una de las iniciativas legislativas que tengan por objeto mejorar el funcionamiento del Sistema General de Pensiones, así como el acceso expedido a las pensiones y demás prestaciones económicas que otorga el mismo a sus afiliados o beneficiarios.

Con ello, es importante precisar los siguientes comentarios respecto del aparte del Proyecto de Ley 029/2023 que se subraya a continuación:

*“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". (Subrayado fuero de texto original).

En el caso particular, el ponente expone que el objeto del proyecto es restablecer los derechos que le fueron conculcados a un grupo de personas que por haberles sido negada la prestación pensional, que tuvieron que acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener por este medio la prestación pensional que reclamó en su momento, y que por virtud de esa acción el juez concede el derecho pensional y a su vez, ordena efectuar del pago del retroactivo pensional y el descuento para el Sistema de Salud.

Al respecto, es importante mencionar que la decisiones judiciales que reconocen una pensión son declarativas de un derecho y no constitutivas de él, lo que significa que al haber establecido en la Ley que es obligatorio cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando se perciben ingresos como pensionados, las Administradoras de Pensiones sin excepción alguna, se encuentran en la obligación legal de descontar la cotización en salud con retroactividad a partir de la fecha de su reconocimiento y transferirla al Sistema de Salud, luego esta es una medida necesaria para la correcta financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud.

No es claro entonces, la manera y/o Entidad que asumirá el costo de las cotizaciones referidas en el Proyecto de Ley. De la redacción propuesta, queda una seria incertidumbre en perjuicio de las AFP, por lo indicado en el texto "*por causa atribuible al fondo privado o público de pensiones, tuvieren que acudir a la jurisdicción*", por lo que en nuestro concepto es fundamental que no se establezca y/o interprete del texto que las AFP deben asumir con sus recursos propios el valor de las cotizaciones, cuando el afiliado tuvo que acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para obtener el reconocimiento de su prestación económica, pues este entendimiento iría en contra de la lógica procesal que de antaño el legislador ha considerado dentro del Estado de Derecho en Colombia. Así las cosas, en caso que esta peligrosa interpretación llegara a materializarse, se prevén posibles resultados antijuridicos para las AFP.

Así las cosas, el derecho a que cualquier persona acuda a la jurisdicción pertinente, no puede ser tomado como un factor que se traduzca en la responsabilidad inmediata de la contraparte. Luego, acudir al sistema de justicia colombiano es un derecho consagrado en artículo 229 de la Constitución Política de Colombia y que se ejerce de manera voluntaria, lo cual dicho sea de paso no se puede traducir en una sanción en sí misma para el demandado. Legislar lo contrario sería una evidente vulneración al principio de la más alta categoría en la materia, como es la presunción de inocencia que se encuentra consagrado a nivel constitucional en el artículo 29 cuando señala que "*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*".

Igualmente, es importante recordar que el derecho de acceso a la justicia es un derecho que ha sido considerado como de “*doble vía*”, esto es tanto para el demandante como para el demandado, y son a las dos partes a quienes debe garantizárseles un debido proceso, sin condenas carentes del trámite pertinente. En contexto de lo anterior, la Corte Constitucional reconoce el derecho al debido proceso como un conjunto de garantías que protegen a los individuos inmersos en una actuación judicial o administrativa, que propende por el respeto de sus derechos y la correcta aplicación de la justicia. Así, la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-341/14 (M.P: Mauricio González Cuervo) aclaró que son garantías del debido proceso, a saber:

- (i) *El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;*
- (ii) *El derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;*
- (iii) *El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;*
- (iv) *El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;*
- (v) *El derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y*
- (vi) *El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Cursivas fuera del texto original).*

En el caso concreto y en contexto de lo señalado por la Corte, el proyecto de norma objeto de la presente intervención vulneraría en gran medida las garantías del debido proceso, en desmedro del Estado de Derecho y las garantías que le asisten a las AFP. De contera, es relevante hacer énfasis en el principio fundamental del derecho procesal en materia de la igualdad de las partes en el proceso, toda vez

que quien acude lo hace de manera voluntaria con el objetivo de que sus pretensiones sean reconocidas, bien sea el demandante o la parte demandada. En otras palabras, el demandado goza de las mismas garantías que el demandante, pues la bilateralidad de la actuación los protege en la medida en que sus intereses *prima facie* son igualmente legítimos. No obstante, con la redacción propuesta en el Proyecto esta lógica se distorsiona, en la medida en que las AFP podrían verse inmersas en procesos judiciales en condición de desventaja, toda vez que además del costo mismo del proceso, sin que exista prueba en contrario, el Estado las percibe como causantes del proceso incoado.

Adicionalmente, el legislador estaría introduciendo en la administración de justicia colombiana un sistema de responsabilidad objetiva, esto quiere decir que siempre que se presente una acción judicial por parte del afiliado, necesariamente se predica la existencia de culpabilidad por parte de la AFP. Esta circunstancia, afecta el debido proceso de manera inicial, y le permite a la administración de justicia omitir el estudio de los elementos subjetivos que subyacen a la conducta investigada; así como también incurrir en la omisión de los análisis rigurosos de las medidas con las que el demandado morigeró o previno la ocurrencia de los hechos cuestionados y/o sus efectos. En otras palabras, la conducta de las AFP, siempre que se incoe un proceso, será culposa de plano.

En conclusión, y conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, los aportes en de salud no son del trabajador ni mucho menos del empleador, ellos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues se establecieron como obligatorios, y ello independientemente de que se preste o no el servicio de salud, hacen parte de su estructura funcional.

Como resultado de lo anterior, es relevante que la norma explicité con qué partida del presupuesto de la Nación será asumido dicho costo, y/o que se elimine la frase “*por causa atribuible*” para así prevenir los posibles efectos jurídicos referidos.

Por lo anterior y de manera muy respetuosa, solicitamos que el debate al que se circunscriba el presente Proyecto de Ley se lleve a cabo de forma negativa. Dicho lo anterior, agradecemos por el espacio y la oportunidad otorgada.

Atentamente,



**NELSON IBARRA VÉLEZ**  
Director Jurídico.