

EI DESCUENTO DE SALUD EN EL RETROACTIVO PENSIONAL

¿LEGAL O JUSTO?

SIMÓN GALLEGO MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2018

EI DESCUENTO DE SALUD EN EL RETROACTIVO PENSIONAL

¿LEGAL O JUSTO?

Health discount in pension retroactive

¿Legal or just?

Simón Gallego Martínez estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, cursé los diez (10) semestres académicos y aprobé los exámenes preparatorios correspondientes para optar por el título de ABOGADO. He trabajado en una oficina de abogados por más de un (1) año, enfocado en el tema de la Seguridad Social y la Salud, a través de lo cual surgió mi interés por un tema específico, como es el relacionado con las deducciones que por aportes para salud realizan los Fondos de Pensiones cuando en acatamiento de Providencias Judiciales deben pagar con retroactividad las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes.

Objetivos

Mediante el siguiente estudio se pretende esclarecer el tema de los descuentos correspondientes a los aportes a salud, que se realizan a los pensionados por parte de los fondos de pensiones con destino al Fondo de Pensiones Públicos y Privados, para el respectivo riesgo, específicamente en los casos del retroactivo pensional. Así mismo se analizan los distintos argumentos jurídicos que respaldan o justifican dicha deducción, lo mismo que la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y las razones de derecho que trae consigo dicho argumento, respondiendo a la siguiente pregunta:

¿Por qué se realiza un descuento en salud sobre el retroactivo pensional a aquellas personas que mediante proceso judicial se les reconocen el derecho a la pensión?

Idea central

En Colombia, el derecho a la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes se causa cuando se cumple con los requisitos establecidos en las distintas normas legales, esto es, en el régimen vigente, Ley 100 de 1993 y sus respectivas modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003; sin embargo, resulta importante tener en cuenta la situación de las personas que se encuentran inmersas en normatividades anteriores, evitando que por un cambio legislativo se vulneren sus derechos atentando contra la seguridad jurídica, en razón a que para éstos últimos se mantiene la normatividad vigente en el momento en que se presentaron los hechos que le dan origen al derecho pensional, como lo es el régimen de transición traído por la Ley 100 de 1993 en su artículo 36.

Es muy frecuente que a pesar de cumplir con los requisitos para poder acceder a una pensión, algunas entidades no conceden el derecho por diversos motivos, como no tener en cuenta el tránsito normativo, por interpretación de las normas frente a determinados hechos que a juicio de los fondos de pensiones, justifican la negación del derecho, circunstancias que obligan al ciudadano afectado a iniciar acciones judiciales, bien sea frente a la Jurisdicción Ordinaria Laboral o la Contencioso Administrativa, en procura del reconocimiento del respectivo derecho pensional. Sucede entonces, que cuando el proceso judicial resulta favorable al demandante, obtiene el reconocimiento de la pensión, que a través de una Sentencia que declara el derecho reclamado, el cual se entiende que la persona lo

adquirió desde el momento en que cumplió con los requisitos exigidos en la respectiva norma.

No obstante lo anterior, surge una situación que parece contradictoria, esto, frente a los aportes para salud, y es que por el pago retroactivo de los valores reconocidos a título de pensión, la entidad de seguridad social realiza el descuento de dichos aportes con destino a la EPS, pese a que durante el tiempo en que se desconoció el derecho el titular de la pensión no tuvo acceso a los servicios de salud por causa imputable a la entidad de seguridad social, que precisamente se vio forzada a pagar la pensión por haber sido condenada judicialmente a dicho reconocimiento, es decir, que realiza unos descuentos que tienen como causa, razón o justificación, garantizar al pensionado y su familia el acceso a los servicios o beneficios que se otorgan conforme al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de las entidades prestadoras de los servicios de salud (EPS), servicios de los que no pudo hacer uso el pensionado sino a partir del momento en que la entidad de seguridad social dispuso el cumplimiento de la sentencia condenatoria de la prestación.

Dentro del siguiente texto se explicará la problemática actual referente al tema, la posición de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, los fundamentos jurídicos que respaldan este descuento, y lo más importante como el Derecho Fundamental a la Salud está estrictamente unido al pago de los aportes, y la posible solución a dicha problemática.

Palabras claves

Salud --- health

Retroactivo --- Retroactive

Pensión ---- Pensión

Obligaciones - Obligaciones

Analogía - Analogi

INTRODUCCION

En el año 1993, solo un 20% de los colombianos estaba cubierto por el ISS, Cajanal y demás Cajas de Previsión social, y los que eran afiliados a dichas entidades no representaban más del 50% de los asalariados, debido a ello el gobierno nacional decide implementar una nueva regulación, la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del primero de abril de 1994 para el sector privado y para el sector público a más tardar hasta el treinta de junio de 1995, con sus posteriores modificaciones, la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, entre las que más se destacan, todo lo cual ha generado una controversia en cuanto a qué normatividad aplicar, dado que en muchas ocasiones las entidades encargadas de reconocer el derecho a la pensión no tienen claro cuál de ellas emplear y en algunos casos deciden negarlo, viéndose obligados, los afectados a iniciar un proceso, mediante el cual dicho derecho le sea reconocido judicialmente, dejando así en suspenso por un largo periodo la situación económica de muchas personas, dado que no tienen clara su situación pensional. Se debe tener en cuenta que para el afiliado obtener la pensión en forma retroactiva, debe estar retirado del Sistema de Seguridad Social, tal como lo ordena el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

EL RETROACTIVO PENSIONAL

El retroactivo pensional está representado en aquellas sumas de dinero que se generan por causa de las mesadas pensionales que le son reconocidas al solicitante desde el momento en que se causó el derecho a la pensión, pero que son pagadas con posterioridad a los hechos que le dieron origen, este retroactivo depende del tipo de pensión al que se pretenda acceder.

Tratándose de la pensión de vejez, el retroactivo se reconoce desde la fecha en que se cumplen con los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempo de servicios y la desafiliación del sistema.

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 cuanto a la pensión de invalidez, ésta 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 se es calificado. Cabe recordar, que esta calificación debe ser superior al 50% de pérdida de capacidad laboral.

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

El Sistema General de Seguridad Social Integral, creado por medio de la Ley 100 de 1993, en su Artículo 157, determinó para efectos del Subsistema de Salud una división entre las personas que aportan o no mediante un Régimen Contributivo y un Régimen Subsidiado; dentro del primero, se incluyeron: los vinculados mediante contrato laboral, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, éstas, según el Artículo 202 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998 artículo 26, determinan que deben necesariamente afiliarse mediante un pago de una cotización o aporte

económico el cual será financiado por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador; para los pensionados, son ellos los que deben realizar este aporte en su totalidad, ocasionando que aumente del 4% concurrido con el del empleador cuando estaban vinculados mediante contrato laboral, al 12% al momento de adquirir la calidad de pensionado, es decir un aumento del 8%, que anteriormente le correspondía al empleador asumir, generándoles una carga adicional que es descontada directamente por parte de la entidad administradora de pensiones al momento de realizar el pago de la pensión.

El Decreto 806 de 1998, en su artículo 65, consagra que la base de cotización de los pensionados para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, afiliados al Régimen Contributivo, en ningún caso podrá ser inferior al equivalente al 12% de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir, si el IBC es un SMLV que para el año 2017 es de \$737.717, sobre este valor y conforme con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, el pensionado debe realizar un aporte al sistema correspondiente al 12% del valor de la respectiva mesada pensional, siendo equivalente a \$88.526, que no pertenecen realmente al pensionado, ni al empleador y mucho menos a las entidades promotoras de salud, estos realmente son parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dado que las anteriores son simplemente recaudadoras del aporte.

El objetivo del Sistema General de Seguridad Social es regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso para toda la población residente del país.

Busca brindar a esta población, servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo a través de un modelo de prestación del servicio público en salud, que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable.

Para ello existen dos regímenes que abarcan la prestación del servicio de salud a lo largo del territorio nacional un Régimen Contributivo y uno Subsidiado

El Régimen Contributivo está conformado por todas aquellas normas que orienta y rige la afiliación de la población con capacidad de pago y sus beneficiarios. Se considera que las personas tienen capacidad de pago si son: Patronos, empleados (públicos y privados), trabajadores independientes o pensionados. Los afiliados a éste régimen se clasifican en cotizantes y beneficiarios.

El Régimen Subsidiado está conformado por todas aquellas normas que orienta y rige la afiliación de la población sin capacidad de pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se encuentran afiliadas a este Régimen los núcleos familiares sin capacidad de pago, quienes han sido identificadas (mediante la encuesta SISBEN) como **población pobre y vulnerable**. La cotización de estas personas es pagada, parcial o totalmente, por el Estado a una Administradora del Régimen Subsidiado.

Ahora se debe tener en cuenta la situación que se desarrollará a lo largo del texto y es para aquellas personas que a pesar de cumplir con los requisitos de la ley para acceder a la pensión, esta le es negada por alguna de las entidades públicas o privadas, lo que los lleva a iniciar un proceso judicial para que su derecho le sea reconocido.

Si bien la persona inició en el régimen contributivo como empleado vinculado o independiente con capacidad de pago para poder acceder a su pensión es necesario que se retire del sistema pensional.

Ahora como a esta persona le es negado su derecho se ve en la obligación de realizar de alguna manera el aporte al sistema, según el principio de solidaria, dentro de esta situación pueden pasar varias cosas como por ejemplo: 1) el empleador continúa cotizando el 4% de salud mientras al trabajador le conceden el derecho a la pensión, esto se logra por medio de la planilla PILA, así puede

continuar laborando y aportando al sistema hasta que su derecho le sea reconocido, 2) Inicia sus cotizaciones como trabajador independiente con un aporte del 12.5%, 3) si no tiene capacidad de aporte, se puede vincular como beneficiario de otra persona que si esté aportando al sistema , 4) si carece totalmente de medios puede vincularse al régimen subsidiado mediante la encuesta SISBEN, siempre que cumpla con los requisitos allí establecidos

Ambos sistemas están estrechamente vinculados dado que uno no puede subsistir sin el otro, como lo afirma la Corte Constitucional *“En principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia”* **Corte Constitucional Sentencia T-648 del 13 de Octubre de 2015 Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** , siempre y cuando se cuente con los recursos suficientes para cumplir con dichas obligaciones, por ello la misma ley trae una salvedad y es cuando el trabajador independiente carece de forma absoluta de medios económicos para realizar ambos aportes por lo que se faculta para realizar solo el aporte a salud en búsqueda de proteger este derecho fundamental.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La misma Ley 100 de 1993 en su artículo 157 establece que: *“Todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al Régimen Contributivo o Subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.”*. El artículo 159 de la citada Ley garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud.

Como consecuencia de lo anterior todo colombiano, independiente de si, su situación pensional está definida o a la expectativa de serlo, deben pertenecer a alguno de los dos regímenes, bien sea al Contributivo o al Subsidiado según clasificación de la encuesta SISBEN, Implica en consecuencia que quien no puede acceder a la pensión y acude a la formulación de una demanda judicial para que le sea reconocido su derecho, queda, mientras el proceso está en curso, obligado a realizar aportes, dado que todos debemos contribuir con el sistema, como lo establece el artículo 157, y el principio de solidaridad.

Se debe tener en cuenta que la prestación del servicio de salud está dada por una entidad que ocupa el lugar del estado determinado en el artículo 4 de la Ley 100 de 1993 que dice: *“La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que **será prestado por las entidades públicas o privadas**”*, que a ella se le atribuyen funciones específicas y determinadas por la ley dentro de ésta promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley, establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud, obteniendo de ello una legítima ganancia por sus servicios, esto no quiere decir que los dineros que ingresan por parte del Sistema General de Seguridad Social en salud sean propiamente de las entidades, como lo ha explicado la Corte:

*El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de **parafiscal**. Las cotizaciones*

*que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran **sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales**, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que **el Estado es un mero recaudador de esos recursos** que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio.*

Corte Constitucional Sentencia SU del 25 de Septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Así las cosas el tema ha venido siendo debatido por varias instituciones que defienden el descuento de salud aunque el servicio no haya sido prestado, uno de ellas es la Superintendencia de Salud a través del Comité Jurídico Consultor con Referencia **NURC 8005-1-166700** en el cual argumenta que es una obligación de

los fondos de pensiones girar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, los dineros correspondientes a las cotizaciones de los pensionados, independientemente del tiempo que se haya demorado en reconocer la concesión de la pensión, que están en la obligación legal, de trasladar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cotización correspondiente al 12% de la mesada mensual.

También la Corte Suprema de Justicia en **Sentencia del 14 de febrero de 2012 con Radicación No. 47378 Magistrado Ponente Dr. Rigoberto Echeverri Bueno** ha dilucidado el tema en cuestión tomando como referencia todos los argumentos anteriormente destacados de la siguiente forma

El descuento por salud que está a cargo del pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial, el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS.

Al respecto, debe decirse que, siendo claro el mandato contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no queda más al pensionado que asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, resultando natural que lo haga desde el momento mismo en que ostenta tal calidad.

Art 143 La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral” ley 100 de 1993

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.

Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

En igual sentido se ha pronunciado la Sala en las **Sentencias del 3 de mayo de 2011, Rad. 47246, y del 21 de junio de 2011, Rad. 48003**, entre otras.

De acuerdo con lo anterior, le asiste razón al recurrente cuando afirma que, siendo una disposición inherente al otorgamiento de la pensión y legalmente obligatoria, el juez en el momento del reconocimiento de la prestación debió facultar a la entidad pagadora para realizar el descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

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 constitutivos de él en tanto se elimina la falta de certeza acerca de la

existencia de un estado jurídico, es decir el estatus de pensionado, la declaratoria en este tipo de sentencia puede ser positiva, aceptando la pretensión o negativa al decir que la persona no cumplió los requisitos que la ley exige para acceder a la pensión, por lo tanto la actividad del juez va encaminada a agotar la declaración de certeza, como lo sostiene la **Corte Constitucional en la Sentencia T-722 del 18 de Septiembre 2012 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva** al mencionar que:

Cuando la Corte 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. Luego, se colige que la Corte declara el derecho desde el instante preciso en que dicha prestación existe en el ámbito del derecho. La labor del juez de tutela es meramente declarativa, quien al advertir que el derecho pensional ha sido negado indebidamente por la entidad.

Por esta razón toda Administradora de Pensiones una vez reconocida la prestación, debe proceder a descontar la cotización en salud con retroactividad a la fecha a partir de la cual se determina que empieza a devengar la respectiva mesada pensional y transferirla a la EPS a la cual se encontraba afiliado el trabajador, salvo que haya hecho uso de su derecho de traslado, caso en el cual el aporte se efectuará a la EPS escogida por el mismo.

Además las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento de pensiones, independiente de su naturaleza, públicas o privadas, están en la obligación de descontar los valores de los aportes incluso sobre las mesadas atrasadas reconocidas a los afiliados teniendo en cuenta desde el momento que se haga efectiva la pensión hasta el pago de la misma.

El Artículo 42 del Decreto 692 de 1994, dispone que las entidades pagadoras (de la pensión) deberán descontar la cotización para salud y transferirlo a la E.P.S o entidad a la cual esté afiliado el pensionado a salud, igualmente deberán girar un punto porcentual al fondo de solidaridad y garantía en salud.

Implica lo anterior, que a la persona le serán descontadas las sumas de dinero correspondientes a la cotización en salud retroactiva al momento del reconocimiento de la pensión así no haya hecho uso del sistema de salud debido al principio de solidaridad consagrado en el Sistema de Seguridad Social.

SOLUCION AL PROBLEMA

Teniendo en cuenta todo lo anterior el debate ya no sería sobre la legalidad del descuento, dado que el mismo principio de solidaridad así lo permite, sino sobre si el mismo es justo o no. Aunque algunos considerarán que ese debate no tendría sentido, desde la consideración de que *“No puede haber justicia sin el cumplimiento de la ley”*

Ahora si tomamos en cuenta cada factor desde el régimen de las obligaciones que se produce entre los entes involucrados fondos público y privados, las EPS y el pensionado, tomando como base lo dispuesto en el Código Civil, definiendo como contrato o convenio todo acto por el cual una parte se obliga para con otra dar hacer o no hacer alguna cosa, en el caso del tema que nos compete, es obligación de Colpensiones o de los fondos privados realizar la afiliación al sistema general de salud como contribuyente, el problema radica en la mera expectativa de derecho que se crea por parte de la persona que pretende acceder a la pensión en un periodo en el cual no tiene acceso a la prestación del servicio, la causa del aporte al sistema de salud está en el servicio, por lo tanto sin contribución no hay servicio de salud, del mismo modo debe ser en sentido contrario, si no existe

prestación del servicio no debe haber contribución, no hay obligación sin causa, además dentro de la Ley 100 se habilitan herramientas a las EPS para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que adquieren los trabajadores, una de ellas se encuentra en su artículo 209 que es la suspensión de la afiliación para aquellas personas que no realicen el pago de las cotizaciones en el Sistema Contributivo que trae como consecuencia la suspensión de la afiliación y al derecho al plan obligatorio de salud, Al respecto se pronunció la **Corte en sentencia de Constitucionalidad C-177 del 4 de Mayo 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero**, en la cual, declaró la exequibilidad condicionada del Artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que, “ la suspensión de la afiliación podrá ser aplicada a los afiliados al régimen contributivo vinculados como trabajadores independientes, con relación a los asalariados y servidores públicos”; aclaró que no resulta razonable la suspensión de la afiliación; sin embargo, puede la EPS interrumpir los servicios de salud, **asumiendo el empleador la obligación** de prestarlos tanto al trabajador como a su grupo familiar

Ahora esta norma existe cuando hay empleadores morosos, pero que sucede cuando es la entidad pensionadora quien omite su obligación de realizar los aportes al sistema, no hay un desarrollo normativo que traslade la obligación de la EPS al Fondo, como así sucede con los empleadores, debe poder ser aplicada en aquel caso en los que no se realice la contribución por parte de un acto negligente proveniente del fondo, además en su carácter de retenedora y administradora de recursos públicos tiene las acciones legales ejecutivas pertinentes. Es decir, la EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora, acción que debería ser aplicada de la misma manera a los fondos de pensiones públicos y privados es decir la EPS no queda desprotegida por haber asumido aportes al sistema como lo ha dado a entender la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral- .

Ahora el incumplimiento de los deberes legales al negar un derecho como es la pensión, que trae como consecuencia obstaculizar una mejor prestación del servicio de salud, por supuestamente faltar con los presupuestos facticos que configuran el derecho de los solicitantes, constituye una infracción por parte de los fondos públicos y privados, ocasionando perjuicios materiales, en el concepto de daño emergente a las personas que están a la espera de definirles su situación pensional mediante sentencia judicial, definido por el Código Civil como el perjuicio o la pérdida proveniente de **no haberse cumplido con la obligaciones o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado en su cumplimiento**, para el caso concreto la afiliación al sistema de salud, y lucro cesante definidos como las ganancias o provechos que deja de reportarse a consecuencia de no haber cumplido la obligación o cumplido imperfectamente o retardado en cumplir.

Resulta incoherente que se habiliten mecanismos a las instituciones para suspender servicios y generar cobros cuando los empleadores no cumplen con su deber jurídico de realizar los aportes correspondientes a la salud, pero cuando es un fondo privado o público de pensiones quienes omiten su obligación legal de reconocer la pensión o haberlo realizado imperfectamente y retardado su cumplimiento, no se genere consecuencia adversa al fondo y se habilite el descuento de salud al momento de realizar el pago del retroactivo pensional basado en el principio de solidaridad, como si el servicio se hubiera prestado con normalidad, constituyéndose como un incumplimiento, debido a no realizarlo en el tiempo oportuno ni estipulado, razón por la cual es el pensionado quien debe asumir el perjuicio o la pérdida proveniente por no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberla retardado por parte de la entidad.

La misma Corte Constitucional en la sentencia que se acaba de citar, ha hecho acápite donde le reconoce facultades a las EPS para hacer los reclamos

correspondientes no solo a la mora en los pagos de los aportes sino también en las inversiones realizadas por la prestación del servicio

Adicionalmente nos encontramos con un imposible jurídico retribuir el servicio no prestado que es pagado como si este lo hubiera sido, como lo ha sostenido otras legislaciones como la Española y la Chilena, base de nuestra normatividad, los deudores quedan liberados de las obligaciones cuando resulte imposible física o legalmente cumplir con dicha obligación, que no es imputable al deudor, es decir al pensionado como obligado a realizar el aporte por el servicio, los fondos públicos y privados tiene la posibilidad de conocer la causa que además le era previsible dado que el reconocimiento de la pensión trae como consecuencia necesaria el descuento por salud.

Ahora existe un referente normativo que nos trae el Artículo 210 de la misma Ley 100 de 1993 donde se establecen Sanciones para el empleador, donde se dice que “se establecerán las mismas sanciones contempladas en los artículos 23 y 271 de la presente ley para los empleadores que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a escoger libre y voluntariamente la entidad promotora de salud a la cual desee afiliarse. **También le son aplicables las sanciones establecidas para quien retrase el pago de los aportes**”

Uniéndolo al artículo 271 de la misma normatividad:

*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma **contra el derecho del trabajador a su afiliación** y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se **destinará al***

fondo de solidaridad pensional o a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía del sistema general de seguridad social en salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador

Por otro lado se podría aplicar la misma multa al ente encargado de reconocer la pensión, dado que realiza el mismo incumplimiento que los empleadores al impedir el derecho del trabajador a su afiliación o, para este caso, al solicitante de la pensión, y esa sanción puede cubrir los gastos de salud que tanto ha dicho la Corte son acordes al principio de solidaridad y que ingresan al Sistema General de Seguridad Social en Salud como parafiscales que son esenciales en el desarrollo de los derechos fundamentales de universalidad y seguridad, así en vez de trasladar la carga del incumplimiento por parte de los fondos privados y públicos a los pensionados, estos se pueden retribuir mediante todos los otros mecanismos que la ley otorga, como las multas, y los mismo ocasionados cuando el empleador se presenta en mora en el pago de los aportes como lo sostiene la **Corte Constitucional En la sentencia C-179 del 10 de abril de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Moron Díaz** donde se dijo:

*En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué **afectar al trabajador** que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.*

Este acápite debe ser aplicado de la misma manera a todos aquellos que se vean afectados por el actuar negligente de los fondos de pensiones públicos y privados, haciéndolo extensivo quien le es reconocida la pensión mediante proceso judicial.

Puesto que es la misma situación que padecen los solicitantes de la pensión, por tanto conforme al principio de igualdad, los mecanismos que se le habilitan a los trabajadores, deberían ser tenidos en cuenta para aquellos que soliciten la pensión y que por razones propias de las entidades pensionadoras les son negados sus derechos obligándolos a iniciar un proceso judicial.

Conclusiones

Dentro del ordenamiento jurídico Colombiano no existen mecanismo que permita a quienes se encuentra en una posición vulnerable inmersa en un proceso judicial que busca el reconocimiento del derecho a la pensión mecanismos que le permitan redirigir la obligaciones de aportes a salud negados por las entidades pensionadoras dado que al momento de emitirse el fallo en que se reconoce la pensión y se condena a las entidades a realizar el pago y su correspondiente retroactivo, se realiza un descuento del 12% sobre el valor total de las mesadas atrasadas que corresponde al aporte a la salud sobre un servicio que jamás se recibió y que se convierte en un imposible de recibir sobre el cual se debe aportar, premiando el incumplimiento de los fondos, aun existiendo herramientas que permiten sancionar a los empleadores que no realizan las correspondientes contribuciones, las cuales deberían ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos al momento de emitir el fallo y avalar dicho descuento por salud, y no solamente centrarse en el principio de solidaridad como excusa para acreditar dicho aporte como legal, **el tema no se centra en que deba o no ser asumido el pago a salud**, es claro que así debe ser, sin embargo usando todos los medios sancionatorios al empleador morosos debe trasladarse la carga de dicho pago a los a los fondos de pensiones en aras de cobijar las obligaciones parafiscales, de universalidad y solidaridad provistas para el Sistema General de Seguridad Social.

Por lo tanto es legal que se realice el descuento, dado que la normatividad y los principios así lo permiten, sin embargo no es justo que sea el pensionado quien deba asumir ese descuento debe ser la entidad pensionadora encargada de asumir dicho pago puesto que fue ella realmente quien no cumplido con su obligación de afiliación o la cumplido imperfectamente o retardado en su cumplimiento por ello no debe ser premiado el fondo que incumple y sancionado al pensionado con el descuento en salud al momento de sufragar el retroactivo pensional.

BIBLIOGRAFIA

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-413-10.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-722-12.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-677-14.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-179-97.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-177-98.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-648-15.htm>

Sentencia T-480 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<http://www.incp.org.co/incp/document/usuario-consulta-sobre-devolucion-de-los-aportes-en-salud-consignados-mediante-planilla-pila-a-la-eps/>

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Concepto%20132379%20Pago%20aportes%20dos%20pensiones.pdf

<http://www.ustarizabogados.com/porvenir/index.php/aspectos-generales/1-9-reajustes-pensionales/3227-27-corte-suprema-de-justicia-sala-de-casacion-laboral-sentencia-del-04-de-febrero-de-2015-m-p-clara-cecilia-duenas-quevedo-csj-rad-57187>

<http://www.ustarizabogados.com/porvenir/index.php/com-phocapdf-controlpanel/pension-de-vejez-regimen-de-ahorro-individual/3-3-pensiones/3-3-7-prestaciones-adicionales/4-2-pension-de-invalidez/3620-corte-suprema-de-justicia-sala-de-casacion-laboral-bogota-d-c-veintidos-22-de-junio-de-dos-mil-dieciseis-2016-radicacion-n-67737>

<http://www.ustarizabogados.com/porvenir/index.php/aspectos-generales/la-indexacion-de-las-mesadas-pensionales/972-corte-suprema-de-justicia-sala-de-casacion-laboral-sentencia-del-17-de-abril-de-2012-carlos-ernesto-molina-monsalve-52643-17-04-12>

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

<http://www.espaciojuridico.com.co/retroactivo-pensional/>