

CONCEPTO 4016 DE 2007

(marzo 22)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Doctora

BLANCA ELVIRA CAJIGAS

Viceministra de Salud y Bienestar

Ministerio de la Protección Social

Carrera 13 No. 32-76

ASUNTO: Circular 068 del 1o de Diciembre de 2005 – Procuraduría General de la Nación – Descuentos Retroactivos por Aportes en Salud a Mesadas Pensionales

Respetada Doctora:

Como es de conocimiento del despacho a su cargo, la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular 068 del 1o de Diciembre de 2005 dirigida especialmente a las Entidades Promotoras de Salud, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

“La cotización al sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los pensionados y está a cargo de ellos en su totalidad. El Fondo de Pensiones está en la obligación de hacer los descuentos para cubrir la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre la mesada pensional”.

“El aporte trae como contraprestación la atención asistencial por parte de la Entidad Promotora de Salud, siendo tan obligatorio, el pago del aporte como la prestación del servicio médico, asistencial y prestacional. En consecuencia, constituye un enriquecimiento sin causa el hecho de que sobre el retroactivo de pensión se hagan descuentos de los aportes con destino a salud sin la contraprestación respectiva en las condiciones ya señaladas e incluso con el auspicio de un doble aporte al Sistema”.

“Ante la presencia de un enriquecimiento sin causa **se hace necesario un mecanismo de compensación al afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud o en su defecto la facultad de repetición en los casos de doble aporte al Sistema**”.

“La Procuraduría General de la Nación en representación de la sociedad insta a las Entidades Promotoras y a los demás agentes involucrados, a que compensen a los pensionados que han debido pagar aportes sin recibir la prestación de servicios de salud para ellos y para sus familias. De igual forma, a que mediante mecanismos idóneos se evite en el futuro la suspensión del servicio y el pago de aportes sin la contraprestación de los mismos”.

Teniendo como marco de referencia la hermenéutica del ente de control, con el acostumbrado respeto acudo a su acertado criterio con el objeto de dilucidar las inquietudes que a renglón

seguido me permito exponer:

Como es sabido, con la entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993 y de acuerdo con el Decreto Reglamentario [806](#) de 1998 el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud se surte a través de dos regímenes:

a. El Régimen Contributivo al cual deberán afiliarse las personas con capacidad de pago mediante el aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. A su vez, los afiliados en este Régimen se clasifican de la siguiente manera:

- Los cotizantes: categoría que comprende a aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados y jubilados, contratistas y trabajadores independientes con capacidad de pago.
- Los beneficiarios: dentro de los cuales se encuentran los miembros del grupo familiar del cotizante.

b. El **Régimen Subsidiado** al cual acceden las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total del aporte, cuya cobertura comprende a la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, siendo de especial interés el grupo poblacional descrito en el numeral 2o del artículo [157](#) ejusdem.

De acuerdo a lo anterior, es dable establecer que sólo en los anteriores eventos una persona en calidad de cotizante o beneficiario dentro del régimen contributivo de salud, o bien como afiliado al régimen subsidiado, podrá acceder a los servicios y beneficios del sistema de salud, dado que uno de los fines de la Seguridad Social en Salud como servicio público consiste en asegurar su carácter obligatorio para todos los habitantes del país, conforme el literal b) artículo [154](#) de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien con respecto a la situación de los denominados “prepensionados” es decir, aquellas personas cuya solicitud pensional se encuentra en trámite, la Superintendencia Nacional de Salud en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup> ha dicho lo siguiente: “En caso de que el prepensionado haya sufragado de su propio patrimonio suma alguna por concepto de prestación de servicios de salud o para seguir cotizando sus aportes al Sistema General de Seguridad Social a fin de no perder su antigüedad en el Sistema y se produjese una doble cotización, podrá repetir en contra del Fosyga”.

“(…) se puede concluir que es una obligación del fondo 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 el reconocimiento de su pensión, estando en la obligación legal de pagar al sistema General de Seguridad Social en Salud, la cotización correspondiente al 12% de la mesada pensional “(…)”

Este razonamiento fue analizado por la Dirección Jurídica Nacional a través del concepto DJN-US 9377 de septiembre de 2003, en el cual se consideró que la aplicación de dicho criterio evidenciaba serias falencias al ser llevado a la práctica, considerando principalmente lo siguiente:

- Al ordenar descuentos al valor de la pensión para realizar el pago con carácter retroactivo de los aportes al Sistema de Salud, es porque el solicitante tenía una afiliación previa, pero tal afiliación

no puede ser en calidad de trabajador dependiente pues ya no ostenta esa calidad por el retiro, ni tampoco puede efectuar afiliación como pensionado porque no ha obtenido tal condición.

· Las normas que rigen el Sistema de Salud no permite a ninguna EPS aceptar una afiliación con la consecuente prestación de servicios de salud sin pagar aporte alguno, máxime si se pretende cotizar por una persona de la cual no hay certeza que efectivamente va a adquirir el estatus de pensionado.

· No es posible establecer el IBC para afiliar a un “pre-pensionado” al Sistema de Salud, pues no se conoce el monto de la mesada.

Por las anteriores razones, esta Dirección ha considerado<sup>2</sup> que a efecto de evitar la solución de continuidad en la afiliación en el Régimen Contributivo de Salud al término de la relación laboral, el prepensionado puede optar por dos caminos para continuar recibiendo los beneficios del POS: 1. Afiliarse como trabajador independiente hasta cuando le sea notificada la Resolución que le reconozca su derecho, momento en el cual debe comunicar la novedad de pasar de cotizante a pensionado, o 2. Ingresar al grupo familiar como beneficiario directo o adicional, pero en todo caso, no puede permanecer desafiliado del Sistema de Salud por más de cinco (5) meses, luego de terminada la relación laboral, porque entonces perderá la antigüedad en el Sistema.

En este orden de ideas se advierte que dentro del marco normativo vigente, es clara la situación de trabajadores dependientes e independientes quienes asumen la afiliación y el pago de aportes al Sistema de Salud en los términos de Ley, e igualmente clara es la situación de los pensionados quienes deben asumir la totalidad del aporte deducida de la mesada pensional, empero, se evidencia un vacío jurídico respecto de las personas que se encuentran en la situación de “prepensionadas” quienes no pueden permanecer afiliadas al Régimen Contributivo de Salud sin aportes, pero que de igual manera, al encontrarse desafiliadas del Sistema de Salud no sería procedente hacerles descuentos retroactivos sobre mesadas por servicios en salud que no fueron efectivamente prestados o que no tuvieron la posibilidad de reclamar, de manera que en criterio de justicia y equidad se recomienda la afiliación como trabajador independiente o como beneficiario de un cotizante en Salud en los términos planteados para que el prepensionado no pierda la continuidad en la afiliación y el correspondiente disfrute de los beneficios del POS, hasta el momento en que la persona ingrese a la nómina de pensionados.

De otra parte la Procuraduría en el instructivo de la referencia solicita la implementación de mecanismos de compensación a efecto de evitar doble percepción de aportes en aquellos casos en los que el pensionado ha sufragado de su propio peculio los gastos en salud una vez adquirido el derecho a pensionarse, sin embargo, tal como lo señala la Superintendencia Nacional de Salud, la reclamación correspondiente debe hacerse ante el Fosyga en los términos del Decreto 1281 de 2002, de manera que tratándose de los mecanismos de compensación y repetición para la devolución de aportes recaudados sin justa causa ya se encuentran contemplados en la Ley y le compete a la EPS o al beneficiario de la pensión hacerlos efectivos ante el Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga- en los términos de ley.

En cuanto al tema de la asunción de los servicios de salud en el período comprendido entre la solicitud pensional y el ingreso a nómina de pensionados, la Procuraduría requiere a las EPS para que se evite la suspensión del servicio de salud, empero, conviene anotar que bajo el marco jurídico actual como se enunció anteriormente no es procedente prestar servicios en salud sin aportes, de modo que en cuanto se refiere a los prepensionados del ISS afiliados de la EPS de

este mismo Instituto sería viable analizar estrategias que permitan a este grupo de personas acceder a servicios de salud mientras se reconoce la pensión en condiciones especiales, lo cual no sería exigible de las demás EPS dado que, como es lógico, en estricto derecho no es procedente aceptar afiliaciones y disfrutar de los servicios del POS sin el respectivo pago del aporte.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, con el acostumbrado respeto me permito elevar la siguiente consulta en los siguientes términos:

A. ¿A través de qué mecanismos jurídicos la EPS del Instituto de Seguros Sociales puede garantizar la continuidad en la afiliación al Régimen Contributivo de Salud en el caso de los prepensionados del ISS administradora de Pensiones?

B. ¿Es jurídicamente procedente que los prepensionados del ISS afiliados a la EPS de este mismo Instituto accedan a los servicios de salud sin afiliación al Régimen Contributivo, o con afiliación al Sistema sin el pago de aportes?

C. ¿Qué políticas debe implementar el Instituto de Seguros Sociales para dar cumplimiento al Instructivo de la Procuraduría General de la Nación con el objeto de precaver la doble percepción de aportes en salud teniendo en cuenta la problemática planteada?

D. ¿De acuerdo con la normatividad vigente es viable vincular a las demás EPS de carácter privado para que accedan a través de convenios estratégicos a la atención en salud a los prepensionados del ISS sin el aporte previo?

E. ¿Se considera procedente que la cartera de la Protección Social o el Consejo de Seguridad Social en Salud reglamente el tema en cuestión a través de Decreto?

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito del despacho a su cargo la aclaración a los interrogantes formulados y para tal efecto me permito remitir en 11 folios los respectivos antecedentes.

Cordialmente

ELIANA MARGARITA ROYS GARZÓN  
Directora Jurídica Nacional (E)

Anexos. Antecedentes en 7 folios

Con copia:

- Dra. Leonor Victoria Salgado Quintero. Jefe Departamento Financiero IS Seccional Cundinamarca y D.C.
- Dra. Nidia Pinzón Sora. Asesora Despacho Viceministro de Salud y Bienestar. Ministerio de la Protección Social. Carrera 13 No. 32-76. Bogotá.
- Dr. Oswaldo Duque Luque. Procurador Delegado para Asuntos Laborales. Procuraduría General de la Nación.
- Carrera 5 No. 15-80 P. 6. Oficio No. 0704 Rad. 4611-2007

RAMG/odpm

Rad 03430-03480

Obligatoriedad pago aportes sentencia judicial

la Jefatura de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud, mediante comunicación No. 1060-00146 del 17 de enero de 2001, expresó:

“1- Teniendo en cuenta que los Actos Administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y no constitutivos de el, toda Administradora de Pensiones una vez reconocida la misma, 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 pensión y transferirla a la EPS (artículo [42](#) Decreto 692 de 1994), lo anterior, si no existiere solución de continuidad entre la fecha a partir de la cual se reconoce el disfrute de la pensión y el retiro del empleado del servicio.

2- Si la Administradora de Pensiones en cumplimiento de lo establecido en el Decreto [656](#) de 1994, reconoce la pensión dentro de los cuatro (4) meses siguientes de efectuada la solicitud, la Entidad Promotora de Salud a la cual se encontrare afiliado el prepensionado, debe restituir los gastos de salud asumidos por el usuario, dado que dicha entidad recibiría el valor de las cotizaciones en salud con retroactividad, para el efecto, la EPS tiene derecho a efectuar la compensación ante el Fosyga, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1013 de 1998, el cual señala el procedimiento necesario para descontar de las cotizaciones recaudadas, los recursos que el sistema le reconoce a las Entidades Promotoras de Salud.

3- Si la Administradora de Pensiones reconoce la pensión excediendo el término de cuatro (4) meses de efectuada la solicitud y por ello se configura la suspensión de la afiliación, esta Oficina considera que de conformidad con lo expuesto en el párrafo del artículo [58](#) del Decreto 806 de 1998, la Administradora de Pensiones debe restituir los gastos de salud asumidos por el usuario, caso en el cual no habría lugar a la compensación, pero si a la obligatoriedad de descontar las cotizaciones en salud y transferirlas a la Entidad Promotora de Salud en la cual se encontrare afiliado el prepensionado, lo anterior, ya que las Administradoras de Pensiones responderán por los perjuicios que se ocasionen al afiliado, como efecto de la pérdida de la antigüedad o cualquier otro que se origine por el retardo en el pago de sus obligaciones al sistema.”

NURC 8005-1-166700 Es de particular importancia traer a colación el concepto No 4 DEL COMITÉ JURÍDICO CONSULTOR DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, expresó:

La Superintendencia Nacional de Salud a través de su comité jurídico consultor, emitió concepto con respecto a la liquidación retroactiva de aportes al sistema general de seguridad social en salud a los prepensionados al momento de serles reconocida la pensión en los siguientes términos:

"1. La cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los pensionados del país y estará a cargo de éstos en su totalidad es decir, el 12% sobre la mesada mensual. Lo anterior con fundamento en los artículos [143,157](#) y [204](#) de la ley 100 de 1993, el artículo [42](#) del decreto 692 de 1994 y el literal c. del artículo 7 del Decreto 1919 de 1994, vigente hasta mayo de 1998, sustituido por el literal c. del artículo [26](#) del Decreto 806 de 1998.

2. El Fondo de pensiones correspondiente está en la obligación de hacer los descuentos para

salud de sus pensionados de acuerdo con el artículo [42](#) del Decreto 692 de 1994, que a la letra dice: “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 en salud, igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud “.

3. Los dineros que corresponden a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud y que deben ser entregados a las Entidades Promotoras de Salud por los empleadores públicos o privados o por los fondos pensionales, pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud, tal como lo ordena en forma expresa el artículo [182](#) de la Ley 100 de 1993.

4. Las E.P.S., como lo señala el artículo [178](#) de la citada ley, son administradoras de dichos recursos y por lo tanto no pueden disponer de ellos a su arbitrio..., ni tampoco lo puede hacer el empleador o el fondo de pensiones.

5. Una vez causados los aportes al Sistema de Seguridad Social, los dineros son de orden parafiscal, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en reciente Sentencia T - SU - 480 de 1997:: “ (...) Lo que se recauda (o se adeuda y debe ser pagado por el Fondo de Pensiones) no pertenece a la E.P.S., (ni al Fondo) ni mucho menos entra al presupuesto nacional, ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es pues una contribución parafiscal”.

De lo expuesto, se puede concluir que es una obligación del fondo 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 la concesión de la pensión, están en la obligación legal, de pagar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cotización correspondiente al 12% de la mesada mensual.

Los dineros de las cotizaciones ya causadas adquieren el carácter de parafiscales y en consecuencia no son de libre disposición ya que pertenecen, desde ese mismo momento, al Sistema General de Seguridad Social en Salud...".

#### NOTAS AL FINAL:

1. Por citar algunos: Concepto de 25 de mayo de 1999, Concepto No. 4 del Comité Jurídico Asesor de la Superintendencia Nacional de Salud; Conceptos NURC 8004-1-1160365 del 31 de enero de 2005, y NURC 8005-1-166700 del 8 de mayo de 2006

2. Conceptos DJN-US 9377 y 11466 de septiembre y noviembre de 2003



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

