

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 29

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO PENSIONAL EN TORNO A LA COTIZACIÓN MENSUAL AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD DE LOS PENSIONADOS EN COLOMBIA

DANIELA YEPES PUERTA
E-mail: danielayp1036@gmail.com

DIANA MARCELA CARDONA CORTÉS
E-mail: dianam.cardonac3@hotmail.com

EDITH CRISTINA HERRERA GUTIÉRREZ
E-mail: eherreragutierrez28@gmail.com

2018

Resumen: En este artículo, desarrollado desde un enfoque cualitativo de tipo descriptivo, se analiza la forma como el régimen jurídico pensional en torno a la cotización mensual al régimen contributivo en salud de los pensionados responde a los principios y valores consagrados en la Constitución Política de Colombia; para el desarrollo de dicho análisis se hace una exposición de los principios y valores consagrados en la Constitución Política de Colombia que dan fundamento al sistema pensional colombiano; de igual forma se realiza una delimitación de los alcances del derecho a la salud en Colombia, entendido éste como derecho fundamental; y por último se establecen los efectos e implicaciones del monto y distribución de las cotizaciones al régimen contributivo en salud de los pensionados.

Palabras claves: Pensión de vejez, Sistema de Seguridad Social Integral, cotización, régimen contributivo, sistema pensional, aportes a salud.

Abstract: In this article, developed from a descriptive qualitative approach, the way in which the pension legal regime around the monthly contribution to the contributory health regime of pensioners responds to the principles and values enshrined in the Political Constitution of Colombia is analyzed; for the development of said analysis, an exposition is made of the principles and values enshrined in the Political Constitution of Colombia that give foundation to the Colombian pension system; similarly, a delimitation of the scope of the right to health in Colombia is made, understood as a fundamental right; and finally, the effects and implications of the amount and distribution of contributions to the contributory health regime of pensioners are established.

Keywords: Old-age pension, Comprehensive Social Security System, contribution, contributory scheme, pension system, health contributions.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con Jején y Melenje (2011), la pensión es un derecho-prestación que “afecta en él una dimensión económica, en especial respecto a la autofinanciación que hace el

afiliado al sistema para alcanzar “su” prestación, y la garantía que debe brindar el Estado, para responder por dicha prestación” (p. 5).

Por causa de la susceptibilidad social que subyacen los derechos laborales y prestacionales en Colombia, y en busca de proteger el derecho a la igualdad de los pensionados, el legislador ha presentado durante la última década una serie de proyectos de ley, en principio impulsados por el Gobierno, los cuales han tenido como propósito reducir la aportación mensual al régimen contributivo de salud del 12% al 4% que hacen los pensionados en el país que tienen una mesada pensional hasta de quince salarios mínimos mensuales legales vigentes, buscando con ello el logro de una mayor equidad, principio que rige en un Estado Social de Derecho, y con el ánimo de otorgar especial protección a este grupo poblacional, pues muchos de ellos sólo cuentan con este ingreso mensual el cual se ve afectado ostensiblemente por esta carga.

La norma que el legislativo ha pretendido modificar corresponde al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cual establece como monto de cotización mensual para los pensionados al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud un porcentaje del 12%, porcentaje que fue aumentado en un 0.5% por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, lo que significa que ahora está en un porcentaje del 12.5% sobre la mesada pensional.

Debido a la intensión del ejecutivo de aquella época, se siguió insistiendo en subir el porcentaje de cotización de los pensionados al sistema, con el fin de que quedara entre un 12% y un 13% según la suma de la mesada pensional, dentro de un esquema de escala ascendente proporcional; así que con esa base el 24 de julio de 2007 el ejecutivo presentó al Congreso el Proyecto

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 29

de ley número 26 Senado y 121 Cámara, la cual se materializó a través de la Ley 1122 de 2007; sin embargo, esta norma fue posteriormente modificada a través de la Ley 1250 de 2008, mediante la cual se disminuyó en un 0.5% la cotización, aduciendo que la norma anterior produjo un impacto negativo en el ingreso de los pensionados que tenían una mesada de sólo un salario mínimo (Cfr. Sentencia C-430 de 2009).

Por tanto, desde principios de 2014, y atendiendo la promesa de campaña del entonces candidato-presidente Juan Manuel Santos, el Representante Ángel Custodio Cabrera Báez radicó ante la Cámara de Representantes un proyecto de ley (183 de 2014) con el objetivo de modificar la cotización mensual de los pensionados al régimen contributivo de salud, el cual, paradójicamente, no contó con apoyo del

Gobierno, a lo que se le sumó un visto desfavorable por parte del Ministerio de Hacienda, a pesar del compromiso adquirido.

El 5 de agosto de 2015 los representantes Alejandro Carlos Chacón Camargo y Olga Lucía Velásquez Nieto, del partido Liberal, presentaron una nueva iniciativa, la cual fue discutida en las respectivas cámaras del Congreso de la República, y aprobada y conciliada el 20 de junio de 2017.

Nuevamente en 2016 se presentó el Proyecto de Ley, el 170 (062/2015 en Cámara, acumulado con el 008/2015 en Cámara), con el cual se busca rebajar del 12% al 4% los aportes en salud de los pensionados que ganen hasta cuatros salarios mínimos mensuales legales vigentes, aunque el Ministerio de Hacienda y el propio Gobierno Nacional han señalado que de ser

aprobado tal proyecto de ley, ello le podría costar al Estado 3.7 billones de pesos anuales, lo que le sumaría un gasto que no está estimado en el presupuesto de la Nación, aunque la decisión está en manos de la Corte Constitucional.

Es por lo anterior que esta investigación busca centrar su atención en analizar de qué manera el régimen jurídico pensional en torno a la cotización mensual al régimen contributivo en salud de los pensionados responde a los principios y valores consagrados en la Constitución Política de Colombia, lo que exige no sólo la interpretación de los principios y valores constitucionales que rodean el sistema pensional colombiano, sino también adentrarse en la situación específica que contempla el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, normas que, *a priori*, evidencian una

afectación de los derechos de los pensionados, en la medida en que la pensión se constituye en un derecho adquirido que desmejora en virtud de los aportes que estos deben realizar al pago de su salud.

**1. PRINCIPIOS Y VALORES
CONSAGRADOS EN LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA QUE
FUNDAMENTAN EL SISTEMA
PENSIONAL COLOMBIANO**

Con la Constitución de 1991 se da un gran avance en cuanto al concepto de seguridad social y además de consagrarlo expresamente como un derecho público a cargo del Estado, se abrió la puerta a la creación de procedimientos de autoridad que respondieran a las exigencias apremiantes del interés social. Con esta Carta, se comienza a reconocer el carácter de derecho y de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 29

necesidad prioritaria del desarrollo social del país a la Seguridad Social.

El constituyente entendió que la seguridad social era un derecho de las personas no supeditado a ninguna otra razón diferente a su condición humana. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-116 de 1993 manifestó que la Constitución de 1991 ha prohiado un avance en cuanto a la Seguridad Social al consagrarla en sentido universal, ya que hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o de la dependencia del trabajador, sino de la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona.

El artículo 48 de la Constitución de 1991 estableció lo siguiente:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...) (Constitución de 1991, art. 48).

Según Ríos (2004), esta nueva concepción constitucional de la seguridad social, sirvió de fundamento para que el Legislador comenzara la reestructuración administrativa, operativa y financiera del régimen de seguridad social reinante en nuestro país. Fue así como mediante la Ley 100 de 1993 o Sistema General de Seguridad Social, se desarrolló el articulado constitucional y se le dio legalmente la concepción exigida a ese derecho, acogiéndolo como un derecho social y económico o prestacional, dentro de una estructura en la que cada persona es titular del derecho irrenunciable a la seguridad

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 29

social, en la cual se incluyen la salud, el trabajo, y la asistencia para cuando ya se esté vacante, entre otros derechos.

A raíz de ello la jurisprudencia constitucional ha orientado un pensamiento filosófico sobre las reglas que rigen el nuevo Sistema General de Seguridad Social, ampliando la doble connotación que la Carta entregó al derecho de la seguridad social: la de ser un servicio público y derecho fundamental; al ser un servicio público, la Corte Constitucional, en Sentencia T-110 de 2011, ha establecido que ésta es de carácter obligatorio y debe prestarse “con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado”; y al ser un derecho fundamental es porque es un derecho irrenunciable, que se encuentra en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional.

Así las cosas, la naturaleza de servicio público que ostenta la seguridad social en Colombia comporta su acatamiento a las directrices que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha celebrado al definir esta clase de prestaciones; por tanto, y como lo expresa la mencionada corporación:

(i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas (Corte Constitucional, 2011, Sentencia T-110).

De igual manera, el artículo 365 de la Constitución Nacional señala que el propósito social del Estado y de los servicios públicos “son inherentes a la finalidad social

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 29

de Estado” y, por ende, es deber de la administración “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

Ahora, con relación a la connotación de la seguridad social como derecho que emana de la Constitución Nacional, es importante señalar que tal valoración comporta, cuando menos, dos efectos: el primero de ellos es que en correspondencia con la naturaleza de servicio público, se le atribuye al Estado, en primer lugar, el deber de satisfacer esta garantía a través de la concesión de prestaciones específicas (derechos subjetivos), en segundo lugar, el establecimiento de una estructura determine los entes encomendados de prestar el servicio, en tercer lugar, la delimitación de los procedimientos que se deben efectuar para acceder a las prestaciones que el sistema

brinda y, finalmente, la provisión de los recursos económicos que garanticen su adecuado funcionamiento.

Y el segundo radica en que la ubicación de la seguridad social como derecho igualmente constitucional entraña que su exégesis se realice de acuerdo “con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” tal y como lo establece el artículo 93 de la Constitución Nacional. De esta manera, el contenido y alcance de este derecho se sostiene de los esquemas de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, de las observaciones y recomendaciones generales que se han emitido por parte de los órganos de supervisión de las convenciones internacionales sobre el tema, entre otros

instrumentos y documentos importantes y/o vinculantes.

De igual forma, ha reconocido el avance que la jurisprudencia nacional adoptó en cuanto a ese derecho al consagrarlo en sentido amplio a favor de toda la población colombiana. Así escribió en el año 1994, refiriéndose al estudio de la constitucionalidad de gran parte de la Ley 100 de 1993, lo siguiente:

De manera amplia la Constitución Política de 1991, a diferencia del régimen constitucional anterior, se ocupa en forma expresa de la seguridad social. En la Carta de 1886, sólo en amparo bastante limitado, se disponía expresamente el derecho a la llamada entonces asistencia pública, consagrada en su artículo 19. Hoy por el contrario la preceptiva es extensa y omnicomprensiva. La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiéndose por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable". Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin

embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio (...) (Corte Constitucional, 1994, C-408).

Fue así como se orientó una nueva interpretación de lo que se concebía como seguridad social; pues desarrollando todos estos principios se determinan los contenidos de esta misma, tales como: la protección de la población a través de asistencia a la familia, a la mujer durante el embarazo y después del parto, el cuidado de la infancia, la protección de la tercera edad, la protección de las personas discapacitadas física, psíquica y sensorialmente, entre otras.

En todo caso, y según todo lo anterior, en la Carta Política de 1991 se consagraron principios y derechos fundamentales que, según el artículo 4 constitucional en el que la

Constitución es norma de normas, inspiran el funcionamiento y la interpretación del nuevo orden político constituido. El desarrollo y cumplimiento de dichos principios significa el paso de un Estado legislativo, consagrado en la Constitución de 1886, a uno constitucional, y busca la preocupación por la efectividad del verdadero goce y disfrute de todos los derechos consagrados a favor de la población, titular de los mismos.

Gracias a esa nueva forma de gobierno a partir de 1991, cuyo énfasis está en los derechos y libertades fundamentales, según el artículo 48 constitucional, se abrieron las puertas a un Sistema de Seguridad Social Integral que busca garantizar el derecho a la Seguridad Social a todos los habitantes del territorio nacional para mejorar su calidad de vida. Este nuevo sistema pretende acabar con la desigualdad en las oportunidades y en la

percepción de beneficios ofrecidos por el sistema anterior.

Un Sistema de Seguridad Social creado bajo los principios estipulados en el artículo 48 de la Constitución Política colombiana debe asegurar que todos los habitantes del país enfrenten las mismas oportunidades sociales y económicas sin que ninguna de ellas se vea menguada en la materialización de las consecuencias negativas de cualquiera de los riesgos a los que está expuesta la población, como por ejemplo la vejez, pues la filosofía que implica el modelo de Estado Social de Derecho apunta por el reconocimiento y efectividad, no sólo de los derechos subjetivos, sino también de los derechos sociales, económicos y culturales, dentro de los cuales se encuentra la Seguridad Social, ya que es en ellos donde el Estado se convierte en un mediador e

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 29

interventor de la vida social y económica de sus ciudadanos para dar desarrollo a los fines esenciales que le fueron impuestos en la norma superior, además porque el artículo 2 de la Carta comienza estableciendo que “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”.

Es por ello que su política debe dirigirse a la totalidad de la población sin exclusión para que puedan verse realizados los principios de Universalidad y Solidaridad que orientan la aplicación del derecho a la seguridad social. El primero, como garantizador de la cobertura del Sistema General de Pensiones a todas las personas durante toda su vida, y el segundo como la prestación de los más

capacitados hacia los más necesitados económicamente.

Inicialmente, la Corte Constitucional clasificó los derechos en razón a los procesos históricos que les dieron origen en los denominados Derechos Civiles y Políticos y en los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Cfr. (Corte Constitucional, 2011, T-334).

Así, en principio se sostuvo la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de los derechos sociales, por no ser ellos fundamentales, aunque:

(...) la Corte Constitucional reconoció que la rigidez de la clasificación presentaba dificultades, estableciendo por ello, excepciones, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se

lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó 'tesis de la conexidad' (Cfr. Corte Constitucional, 1992, T-406; Corte Constitucional, 2010, T-122).

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional colombiana, el derecho a la seguridad social conlleva una serie de obligaciones positivas que implica que el Estado realice aportes presupuestales para que tal derecho se promueva y se extienda su cobertura:

(...) esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan (Corte Constitucional, 2010, T-122).

Por lo anterior, la Constitución Política de 1991, a través de su artículo 48, estableció que la seguridad social es un servicio público obligatorio desarrollado mediante la Ley 100 de 1993 y otras normas afines y que su protección por vía de tutela se limita al examen de los requisitos generales de procedibilidad de ese mecanismo constitucional. En este orden de ideas, queda claro que el sistema pensional colombiano es un derecho público a cargo del Estado; es un derecho que no emana de la relación laboral o de la dependencia del trabajador, sino de la misma condición humana, de las previsiones del riesgo y de la conservación de una comunidad sana y productiva; es un derecho social y económico o prestacional que se encuentra dentro de esa estructura en la que cada persona es titular del derecho irrenunciable a la seguridad social, en la que

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 12 de 29</p>

se encuentra la salud, el trabajo y la asistencia para cuando ya se esté vacante.

Hasta ahora todo lo dicho suena bastante cautivador, pero sin duda en Colombia se viene presentando una situación particular y problemática con respecto al sistema pensional colombiano y es la del no reconocimiento de muchas pensiones de personas que ya han alcanzado los requisitos tanto de edad como de semanas cotizadas para acceder a la pensión.

Otra problemática que se presenta son los constantes descatos en la aplicación del principio de progresividad en la materia, lo cual ha producido situaciones regresivas en lo pensional, lo que ha hecho que la Corte Constitucional colombiana, señala Quinche (2008), desarrolle una jurisprudencia proteccionista a través de la acción de tutela,

debido a las contantes contradicciones de las políticas públicas que, por un lado se han direccionado hacia la ampliación de la cobertura pensional, pero que a su vez han agravado los requisitos necesarios para poder adquirir una pensión.

Sobre lo anterior la Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU-111 de 1997, estableció que:

La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no pueden hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción natural los recursos del erario (Corte Constitucional, 1997, SU-111).

Lo anterior quiere decir que el Estado no puede ampararse en las deficiencias del sistema pensional o en crisis fiscales para no

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 29

reconocer las pensiones de los ciudadanos que ya las han alcanzado, puesto que sus políticas públicas de cobertura no pueden perderse nunca el rumbo progresista que implica el principio de progresividad, más si la población afectada corresponde a ciudadanos de especial protección, quienes deben gozar de todas las garantías que la Constitución y la Ley les otorgan, pero sobre todo el goce pleno de su derecho a la pensión de vejez, lo que solo se podrá lograr a través de medidas racionales que sean ajenas a situaciones amañadas y a conveniencias político-económicas que tienen por objeto la disminución del goce de los beneficios alcanzados en materia legislativa en relación con los derechos prestacionales.

Alexy (1994) con respecto al principio de progresividad ha reconocido su valor Constitucional en los siguientes términos:

Los principios son «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes». Los principios serían, pues, «mandatos de optimización», que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas (...) (p. 242).

Es por ello que el legislador debe realizar una correcta valoración del principio de progresividad en virtud del mandato de optimización, ya que sólo mediante un análisis normativo, jurisprudencial y constitucional objetivo se puede lograr la fundamentación jurídica necesaria, es decir, alcanzarse una “decisión racionalmente fundamentada y ponderadora de los principios la seguridad social frente a derechos fundamentales como el mínimo vital, vida digna y sobre todo la garantía de los beneficios alcanzados en materia de la seguridad social” (Ciprián, 2011, p. 37).

A partir de la valoración del principio de progresividad como fundamento normativo, como principio vinculante de la doctrina constitucional y como mandato de optimización constitucional, permitirá que el legislador incorpore en su actividad legislativa medidas progresivas que permitirán el mejoramiento de las condiciones pensionales en Colombia, pues es evidente que el legislador con la expedición de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 que modifica los requisitos de pensión establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 en el régimen de prima media, no desarrolló el principio de progresividad en cuanto a la pensión de vejez (...) (Ciprián, 2011, p. 38).

Toda esta situación ha dado lugar a que desde 2008 hasta la fecha se hayan venido produciendo situaciones cada vez más perjudiciales en materia pensional en Colombia, lo cual ha desembocado en una avalancha de acciones de tutela, ya que ésta se constituye en el único instrumento que posibilita la reclamación efectiva de derechos prestacionales; de igual forma, se ha recurrido a la acción pública de

inconstitucionalidad como herramienta de control de la actividad del legislativo en materia pensional. Todo ello ha tenido por objeto que la ciudadanía que cotiza a algún régimen pensional pueda gozar de manera plena y disfrute de su pensión de vejez o invalidez, aún a pesar de la inoperancia del principio de progresividad en materia de pensiones en Colombia; es por ello que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, desde diferentes estrados, pero bajo la misma línea jurisprudencial, se han encaminado en la labor de proteger los derechos atinentes al ámbito de la seguridad social que el mismo legislador ha transgredido por haber desconocido el principio de progresividad como principio constitucional obligatorio en materia pensional en particular y prestacional en general.

Desde esta perspectiva resulta a todas luces conveniente el planteamiento metodológico realizado por diversos doctrinantes, así como por las mismas altas cortes colombianas, según el cual el principio de progresividad en el ordenamiento jurídico colombiano debe estar sujeto a un mandato de optimización que a pesar de ser general, debe otorgar la posibilidad de mejorar las condiciones sociales para que posibilite la justiciabilidad de los derechos prestacionales en cuanto a la pensión de vejez, sobre todo en el régimen de prima media, puesto que no deja plena libertad al Estado en la regulación de este derecho, catalogado como derecho social fundamental.

Al respecto, Quinche (2008) plantea que:

El cumplimiento efectivo de los derechos de prestación, depende de la implementación de políticas públicas. Sin embargo, no se trata de cualquier

clase de política, sino que de acuerdo con su núcleo esencial, deben ser asegurados los derechos mínimos de subsistencia, independientemente del nivel de desarrollo del país, adicionalmente, estas políticas deben ser de carácter progresivo lo que implica... que los niveles de cobertura y calidad deben ir siempre en ascenso, y que no pueden ser objeto de regresividad, es decir, no pueden descender de los niveles alcanzados.... (Quinche, 2008, p. 52).

Lo anterior sólo demuestra que el impacto financiero que genera la garantía de este tipo de derechos no es un argumento válido para que el legislador colombiano se aleje del principio de progresividad en su función de generar o modificar políticas públicas, ya que de dichas políticas se desprenden los beneficios o medidas regresivas que afectan esta clase de derechos.

Respecto a los derechos adquiridos es pertinente poner en evidencia que su regulación en materia pensional y, por supuesto la interpretación que sobre dichos

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 29

derechos ha hecho la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, se debe poner de presente que:

producido tales condiciones, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador (Corte Constitucional, 1997, C-584).

(...) corresponde a situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser representado fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlo nuevamente (Corte Constitucional, 2001, C-619).

De igual manera, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-584 de 1997 señala que se vulneran los derechos adquiridos cuando una normativa afecta situaciones jurídicas que se encuentran consolidadas y que han dado origen a:

(...) un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona; sin embargo, si no se han

En consonancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que determina el régimen de transición, también se establece el respeto por el derecho pensional adquirido antes de la entrada en vigencia de dicha ley, por lo cual el legislador no puede desconocer y afectar, como ya se dijo, esos derechos pensionales que han sido reconocidos legítimamente e ingresados al patrimonio del beneficiario.

Finalmente, es de resaltar que la valoración que se le ha dado al principio de progresividad en la pensión de vejez en el régimen de prima media permite comprender mejor la naturaleza y alcance de este principio, que aunque no se encuentra expresado de manera tácita, goza de

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 17 de 29</p>

legalidad constitucional según lo dispuesto en el artículo 48 Superior, lo cual lo convierte en criterio de interpretación y orientación de la labor legislativa.

(Mondragón y Trigueros, 1999, p. 194).

Éste es un concepto amplio, pero olvida los criterios de individualidad y realidad social cambiante.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A

LA SALUD EN COLOMBIA

La salud ha sido un derecho ampliamente debatido en el transcurso de la historia y su concepción ha cambiado según la época y su contexto. En 1948, la Organización Mundial de la Salud, con el objetivo de aclarar y ampliar los conceptos sobre la salud, en su carta fundacional la definió como:

(...) un estado completo de bienestar físico, mental y social y no consiste solamente en la ausencia de enfermedad. Más tarde, en Alma-Ata, la OMS definió la salud como el perfecto estado de bienestar físico, mental y social y la posibilidad para cualquier persona de aprovechar y desarrollar todas sus capacidades en el orden intelectual, cultural y espiritual

Por su parte, en la década del setenta el Plan Decenal de Salud para las Américas señaló que la salud es un fin y un medio. Como fin revela la capacidad innata y adquirida de adaptación de cada persona y como medio es un componente del desarrollo social y, por lo tanto, resultante de la estructura económica, cultural y del grado de bienestar de la sociedad, además de un proceso dinámico de la interacción del hombre y la comunidad con el medio.

Sin embargo, el concepto de salud ha avanzado; actualmente ésta es asumida no sólo como la adaptación al medio ambiente,

sino también al medio social, adquiriendo un carácter sistémico que lleva a que se aborde integralmente, ya que los seres humanos son un producto social, inmersos en un grupo familiar, de trabajo, comunitario y social, que de una u otra manera lo llevan a configurar su persona y lo hacen parte integral de un sistema que le brinde oportunidades para el libre desempeño de sus habilidades y para expresar sus sentimientos y emociones. Con lo anterior se puede concluir que el debate acerca de la definición de los conceptos de salud y enfermedad, en la actualidad, no está agotado, por el contrario, cada vez es necesario tener en cuenta otros aspectos que tienen que ver no sólo con la integralidad del ser humano, sino también con situaciones de orden social y cultural.

De acuerdo con Ríos (2004), en Colombia, en el siglo XIX, la atención en

salud era dimensionada como atención de las enfermedades, la cual pertenecía a la vida privada de cada persona y por eso cada uno resolvía su situación por sus propios medios, o acudía a la caridad que se hacía a través de las comunidades religiosas y entidades de beneficencia.

Sobre este tema, la acción del Estado hacia finales del siglo XIX y mediados del siglo XX estaba dirigida hacia la inspección y vigilancia, coacción y educación sobre la higiene, el ambiente y sus vinculaciones con las principales enfermedades. La salubridad pública se ejercía en la actividad industrial y profesional, y la asistencia pública se dirigía hacia las personas incapacitadas para trabajar.

Siguiendo con lo establecido por Ríos (2004), entre 1945 y 1946 quedó claro el

concepto de atención de salud como una obligación del Estado. Con la creación de la Caja Nacional de Previsión en 1945 se da origen a la aparición del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Al siguiente año, en 1946, nace el Instituto de Seguro Social (ISS), institución que, aparte de la medicina privada, cubrió en forma monopólica a los afiliados del sector privado, cuya actividad aún continúa siendo decisiva dentro de todo el contexto de la salud en Colombia, el cual, en aquel entonces, cubría a los trabajadores privados, mientras que a los funcionarios públicos los cubría la Previsión Social, mediante múltiples Cajas de Previsión que aparecen entre 1954 y 1957 y que recibían aportes del Estado y de los trabajadores. Las más destacadas fueron Cajanal y Caprecom.

Este sistema público de Previsión Social tuvo un desarrollo en forma desarticulada, según señala Ríos (2004), y sin mecanismos de solidaridad. A partir de 1975 se organizó formalmente el Sistema Nacional de Salud, como un modelo de atención que diferencia entre personas y ambiente, que agrupó organismos, instituciones, agencias y entidades que tenían como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación.

Con la creación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y las Cajas de Compensación Familiar se empieza a desmontar el sistema patronal de seguridad social y aparece la seguridad social oficial dependiente del Ministerio del Trabajo. A partir de esa organización se divide el derecho a la salud en dos esquemas: el derecho a la salud de los

trabajadores o seguridad social y el derecho a la salud de los particulares o higiene y asistencia pública.

De acuerdo con lo anterior, y tal y como lo expone Ríos (2004), el derecho a la salud se encuentra articulado en torno a un modelo centralista que procura un esquema de delegación de funciones a una serie de instancias que organizan y prestan los respectivos servicios de salud.

Finalmente, según comenta Ríos (2004), las unidades de prestación se articulaban al Sistema Nacional a través de las Unidades Regionales y los Servicios Seccionales de Salud, en tres niveles: nacional, departamental y municipal. El subsistema público de atención era dirigido a los no asegurados y constituido por la red de hospitales públicos organizados por niveles

de complejidad, mientras que el subsistema privado era orientado a unos pocos que podían pagar sus servicios. Todos los subsistemas actuaban en forma separada y desarticulada.

En todo caso, en Colombia el debate sobre el derecho a la salud ha dado lugar al establecimiento de diferentes posturas. En el marco de la Constitución Política de 1886 no se planteaba la salud como un derecho inalienable de los individuos, sino que era asumida como algo que entregaba el Estado a los ciudadanos necesitados en virtud de cierta forma de caridad. Más adelante, el Decreto 056 de 1975 creó el Sistema Nacional de Salud (SNS) y organizó las actividades de servicio en prevención primaria, secundaria y terciaria y las instituciones según la complejidad y capacidad de resolución, en instituciones de primer, segundo y tercer

nivel. En 1990, con la expedición de la Ley 10, se determinó en el país, un modelo de seguridad social que se distinguía por asignar las competencias de funcionamiento del primer nivel de atención a los municipios y de segundo y tercer nivel a los departamentos.

Recientemente, el derecho humano en salud se ha “justificado” a través de la Constitución de 1991 en los artículos 48 y 49, a los cuales incorporó el concepto de seguridad social y el derecho a la salud como servicio público y recientemente como derecho fundamental (Ley 1751 de 2015), superando el sentido de asistencia pública de la Carta de 1886, el cual fue complementado dos años más tarde con la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea en Colombia el Sistema General de Seguridad Social como sistema único y universal en su aplicación y

se termina el monopolio del Seguro Social, buscando ampliar los sistemas de salud y pensiones hacia los mercados informales del trabajo, aumentar los niveles de cobertura bajo una organización mixta (contributivo y subsidiado) y concentrar los recursos en éstos.

Aunque la Constitución Política de 1991 pone de manifiesto el reconocimiento de los derechos, entre estos el de la salud, éste es uno de los más vulnerados actualmente, pues al considerarse como un negocio, que responde a las leyes de oferta y demanda del mercado, se abandona el reconocimiento de las necesidades particulares de cada persona.

Esta crisis en salud, que bien podría llamarse así, es en gran parte por la consecuencia de las incoherencias entre el

marco filosófico delimitado en la ley y el desarrollo operativo de ésta.

Mientras en el primero se pretendió aplicar los principios consagrados en el artículo 49 de la constitución nacional de equidad, universalidad, solidaridad y eficiencia; la estructura orgánica de la Ley, por el contrario, responde a la mentalidad Neoliberal del acto económico, cuyos objetivos son la acumulación de capital, la máxima rentabilidad del dinero invertido en el negocio de la salud, la competencia indecente y la limitación despiadada del gasto en la atención de los clientes de las EPS y ARS, antiguamente llamados pacientes (Estrada, 2005, p. 82).

El sector salud en Colombia es profundamente ineficaz, lo cual se ejemplifica en su falta de equidad y operatividad. Las inequidades en salud se expresan en dos aspectos: las desigualdades en la situación de salud en regiones del país y grupos de población y la inequidad en la prestación de los servicios de salud. Esta ineficiencia puede atribuirse a múltiples

factores: la ausencia de una política para la salud formulada de manera coherente, la falta de integralidad del sistema y su gran énfasis en lo curativo; la presencia de división entre necesidades y prácticas, la limitada capacidad de gestión y las diferencias entre los postulados y las prácticas.

Si bien la salud no se consagró en el texto constitucional como un derecho fundamental, el tema ha adquirido tal trascendencia que el contenido material que de él procede ha llevado a que en múltiples ocasiones sea reconocido como fundamental y ha logrado dicho reconocimiento mediante la Ley 1751 de 2015; a ello se suma la innumerable jurisprudencia proferida sobre el tema. Adicionalmente, los artículos 1, 5 y 93 de la Constitución Nacional vienen dándole un fundamento jurídico de tal magnitud, que hoy

es ineludible por parte de los jueces hacer caso a tales disposiciones.

3. COTIZACIONES AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD DE LOS PENSIONADOS

Antes de empezar a hablar de los efectos e implicaciones del monto y distribución de las cotizaciones al régimen contributivo en salud de los pensionados en Colombia vale la pena hablar un poco de lo qué es el sistema pensional colombiano y la pensión de vejez.

Con respecto al sistema pensional colombiano, éste cubre, como se dijo anteriormente, los riesgos y contingencias de origen común, derivados de la invalidez, la vejez y la muerte, además de la prestación económica pensión de sobrevivientes, que se reconoce a los deudos del trabajador al

momento que éste muere. Los trabajadores que devengan salario integral, igualmente deben cotizar al sistema general en pensiones. Este sistema presenta el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Este sistema, a su vez, se encuentra dividido en dos subsistemas: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), el cual es administrado por el Colpensiones, recibe este nombre porque el afiliado al mismo sabe con antelación cuáles son los requisitos que debe cumplir para obtener determinada prestación del Sistema. Como característica principal

del mismo puede decirse que los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, el cual no permite que se hagan cotizaciones voluntarias, ni permite optar por pensiones anticipadas.

El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), según Ramírez (2011), es administrado en la actualidad por las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) de origen privado, (aunque nada impide que sea prestado por el sector público), se caracteriza y tiene como principal diferencia con el RPMPD, que los afiliados tienen una cuenta individual, en la cual se abona el valor de las cotizaciones de trabajadores y empleadores y que permite las cotizaciones voluntarias. En este subsistema, lo determinante para alcanzar la prestación por vejez, es el logro de unas metas

acumulación de capital en la cuenta individual.

Las diferencias propias entre estos subsistemas se encuentran, básicamente, en las condiciones para las prestaciones por el riesgo de la vejez, ya que las prestaciones por invalidez y muerte, tienen similar regulación en ambos regímenes.

Y en cuanto la pensión de vejez, vale señalar que ésta es una prestación que busca el efectivo goce de una renta que ampare la contingencia de la vejez, cuando la persona que ha cotizado durante toda su vida laboral busca dar un descanso a sus actividades. Gracias a ese propósito, es una garantía que, además de retribuir la entrega y fidelidad al sistema, permite abrir espacios a las nuevas generaciones y a las personas que no han

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 25 de 29

encontrado en el campo laboral una opción de trabajo.

Antes de la Ley 100 de 1993, según establece Bernal (2007), tanto los trabajadores públicos como los privados, contaban con cualquier cantidad de normas que establecían los criterios y requisitos para acceder a la pensión de vejez. En relación con los servidores públicos que prestan su servicio a la Rama Ejecutiva se ha dicho que la Ley 33 de 1985 y la 71 de 1988 dieron un gran avance en cuanto a la unificación de la edad y la posibilidad para sumar tiempo de servicio y/o aportes realizados a una o varias entidades del sector público o entre una de éstas con una o varias del sector privado; sin embargo la Ley 100 de 1993, modificó esos requisitos y rectificó dichos lineamientos.

En los artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993 se establecieron los requisitos para obtener la pensión en uno y otro régimen, los cuales se aplican también para los servidores de la Rama Ejecutiva, y en el parágrafo del artículo 36 de la misma se estableció que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez se debe tener en cuenta:

(...) la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio (art. 36).

Sin embargo, este último artículo estableció un régimen de transición según el cual, “reuniendo la edad exigida más un tiempo de servicios y/o periodos cotizados, las personas obtendrían una pensión de vejez conforme a las exigencias de la normatividad

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 26 de 29

aplicable a ellas antes de expedirse la Ley 100 de 1993” (Pinzón, 2015, p. 29), lo que da lugar a considerar que hoy en día pueden haber personas destinatarias del S.G.P. que al entrar en vigencia el mismo, ya se habían hecho acreedoras a una pensión de jubilación de acuerdo a un régimen determinado, pero que no la habían reclamado.

Los afiliados al RAIS pueden obtener la pensión de vejez, a la edad que elijan, pero si y sólo si el monto depositado en su cuenta de ahorro individual les permite lograr una pensión mensual que supere el 110% del salario mínimo legal mensual vigente al momento de haberse expedido la Ley 100 de 1993, con el respectivo reajuste que se hace cada año según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que certifica el DANE.

De igual manera, agrega Hernández (2010) que:

Quando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria. El monto de la pensión dependerá del nivel de ahorro, de los rendimientos y de las variables, así mismo del comportamiento de las tasas de interés y la edad a la que decida pensionarse el afiliado. En este régimen no se miran las semanas cotizadas sino el capital, sus rendimientos y la edad que tenga el afiliado (p. 68).

El régimen permite que el afiliado efectúe ahorros voluntarios adicionales a la cotización obligatoria, con el fin de mejorar el monto de la pensión o para jubilarse antes. En los fondos de pensiones el afiliado podrá escoger la edad de jubilación, mientras que en los fondos de pensiones se puede elegir la edad de retiro, siempre y cuando los ahorros y los rendimientos alcancen para financiar la

respectiva pensión; aun así, el afiliado puede seguir trabajando y aumentando su pensión y además puede optar por un retiro anticipado.

Ahora bien, en materia de aportes a salud, actualmente la norma contenida en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establece como monto de cotización mensual para los pensionados al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud un porcentaje del 12%, porcentaje que fue aumentado en un 0.5% por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, lo que significa que ahora está en un porcentaje del 12.5% sobre la mesada pensional, y aunque dichos aportes se han intentado reducir por parte de una iniciativa impulsada por el gobierno y aprobada por el Congreso de la República, el proyecto de ley aprobado luego fue objetado por el Ministerio de Hacienda y el Presidente de la República, aduciendo razones de pertinencia

presupuestal, lo cual, claramente va en contravía de la doctrina jurisprudencial desarrollada por la propia Corte Constitucional.

CONCLUSIÓN

La conclusión a la que se llega en este artículo es que el régimen jurídico pensional en torno a la cotización mensual al régimen contributivo en salud de los pensionados no responde a los principios y valores consagrados en la Constitución Política de Colombia, cual es la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida en que, a pesar de ser un grupo de especial protección constitucional, recibe un impacto negativo en sus ingresos, sobre todo aquellos cuya mesada es equivalente a un salario mínimo; y no sólo eso, también se ven afectados otros

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 28 de 29

derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida digna y sobre todo la garantía de los beneficios alcanzados en materia de seguridad social, entendidos estos últimos como la prestación que busca el efectivo goce de una renta que ampare la contingencia de la vejez para quien ha cotizado durante toda su vida laboral y busca parar sus actividades laborales.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1994). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Recuperado de file:///C:/Users/USER/Downloads/RCE_C_17_239.pdf
- Ciprián C., C. (2011). *Principio de progresividad “en la pensión de vejez del régimen de prima media”*. Bogotá: Universidad Libre Sede Bosque Popular.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre.
- Congreso de la República. (2003). *Ley 797. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1122. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero.
- Congreso de la República. (2008). *Ley 1250. Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.186 de 27 de noviembre.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-116*. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-408*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-584*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1997). *Sentencia SU-111*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 29 de 29

- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-619*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. *de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Ibáñez.
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-430*. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Ríos H., J. (2004). *La salud: de la asistencia social hacia un derecho fundamental. Un enfoque Socio-jurídico del Derecho a la salud*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-122*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-110*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-334*. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Estrada, O. V. (2005). Una mirada sobre la formación y la intervención del trabajo social en salud. En L. P. Torres (coord.), *Historia de la Escuela de Trabajo Social y Desarrollo Humano de la Universidad del Valle 1953/2003 "Cincuenta años aportando al desarrollo de la región"* (pp. 100-117). Cali: Universidad del Valle.
- Jején E., D., & Melenje G., J. (2011). *Principio de condición beneficiosa en materia pensional*. Santiago de Cali: Universidad San Buenaventura.
- Mondragón, J., & Trigueros, I. (1999). *Manual de Prácticas del Trabajo Social en el Campo de La Salud*. Madrid: Siglo XXI.
- Quinche R., M. (2008). *Derecho constitucional colombiano de la Carta*

CURRICULUM VITAE

Daniela Yepes Puerta: Estudiante de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Diana Marcela Cardona Cortés: Estudiante de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Edith Cristina Herrera Gutiérrez: Estudiante de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado.