

CONCEPTO / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / OBLIGATORIEDAD DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / PAGO DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD - El artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 no aumentó la cotización para salud de aquellos afiliados a los regímenes exceptuados y especiales que fueran pensionados o jubilados

[E]l artículo 204 de la Ley 100 de 1993 fijó originalmente el monto y la distribución de la cotización aplicable a todos los afiliados del régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud (...). Con fundamento en la anterior disposición, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 806 de 1998, modificado por el Decreto 1703 de 2002 en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 3615 de 2005 y 2313 de 2006, reglamentó la afiliación de personas independientes, con ingresos diferentes a los originados en una relación laboral o en mesadas pensionales, cuya cotización está totalmente a su cargo, pues no tienen empleador. Tampoco existe norma expresa en la Ley 100 que permita trasladar esta obligación a la parte contratante, cuando dichos afiliados celebran contratos de prestación de servicios y otros no laborales. (...). En los mismos términos, la regla general aplicable a las personas que gozan de pensión es que la cotización de salud está totalmente a su cargo. (...) El artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 modificó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 (...). Como se aprecia, el artículo citado incrementó el monto de la cotización del régimen contributivo en salud del 12% al 12,5% del ingreso base de cotización, a partir del 1 de enero de 2007. En tal sentido, dispuso que el empleador asumiría el 8,5% de la cotización, es decir, le incrementó un 0,5%, mientras que mantuvo la del trabajador en el 4%. Por otro lado, la misma norma incrementó, en 0,5%, la tasa de cotización a salud que tuvieran los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales, y dispuso que tal aumento sería a cargo de los respectivos empleadores. Asimismo, estableció que, en ambos casos (régimen subsidiado del SGSSS y regímenes exceptuados y especiales), el aporte que debía destinarse, con cargo a estas cotizaciones, a la subcuenta de solidaridad del Fosyga (hoy en día, Adres), para financiar el régimen subsidiado del Sistema de Salud, sería de uno punto cinco puntos (1,5%). (...) [L]a ley no pretendió igualar la tarifa de la cotización que deben pagar, para salud, los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los vinculados a los regímenes exceptuados y especiales, pues estos últimos pueden tener (y tienen, de hecho) tarifas diferentes. (...) Lo que sí unificó el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 fue el porcentaje que de dichas cotizaciones que debe destinarse a la subcuenta de solidaridad del Fosyga (actualmente, Adres), para la financiación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Lo anterior significa que, independientemente de la tarifa de la cotización que hubiera resultado a cargo de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales, y de sus respectivos empleadores, según el caso (la cual, como se indicó, podría ser superior o inferior al 12,5%), luego del incremento del 0,5% decretado por la Ley 1122, el 1,5% de dicha contribución debía (y debe) destinarse a la financiación del régimen subsidiado en salud, a través de la subcuenta de solidaridad. (...) Por otro lado, es importante señalar que, como la norma que se menciona estableció que el aumento del 0,5% de las cotizaciones de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales estaría «a cargo del empleador», y los pensionados no tienen empleadores, debe concluirse que el referido incremento no cobijó a los pensionados vinculados a los citados regímenes de salud. (...) Por lo anterior, la Sala debe concluir que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 no aumentó la

cotización para salud de aquellos afiliados a los regímenes exceptuados y especiales que fueran pensionados o jubilados, pues, si fuera así, el incremento habría tenido que ser asumido, necesariamente, por dichas personas, y no por los empleadores (que no tienen), como lo ordenó la ley. En consecuencia, tal aumento solo pudo haberse generado para la cotización de los empleados o trabajadores vinculados a los mismos regímenes.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 204 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 10

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los porcentajes de las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ver: Corte Constitucional, sentencias C-560 de 1996 y C-838 de 2008.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / OBLIGATORIEDAD DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PAGO DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD – La reducción de la cotización de los pensionados pertenecientes al régimen contributivo en salud no implica que estos dejen de contribuir al financiamiento del régimen subsidiado en salud

El artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, con la finalidad de reducir nuevamente la cotización de los pensionados al régimen contributivo en salud, del 12,5% al 12% (...). En el presente caso, se evidencia que el Congreso decidió excluir a los pensionados del aumento del 0.5% de incremento en la cotización. Sin embargo, esta reducción en la carga tributaria no hizo que los pensionados dejaran de contribuir al financiamiento de dicho sistema, especialmente en el régimen subsidiado, pues la cotización del 12% del ingreso base, con la que continuaron contribuyendo, involucra factores de solidaridad. En efecto, de las cotizaciones o aportes que debían pagar al Sistema de Salud, se debía seguir destinando el 1.5% a la subcuenta de solidaridad del entonces Fosyga, para ayudar a financiar el régimen subsidiado. Debe recordarse, en todo caso, que los pensionados asumen, a su cargo, la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, y no solamente una proporción de ella, como sucede con los asalariados. (...) Ahora, es importante precisar que el inciso adicionado al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, debe entenderse tácitamente derogado por el artículo 142 de la Ley 2010 de 2019, que añadió el parágrafo 5º a la misma disposición, y estableció el porcentaje de la cotización para salud de los pensionados del régimen contributivo, de acuerdo con el monto de la mesada pensional (...). a partir de la entrada en vigencia de esta ley, los aportes que deben hacer al Sistema de Salud los pensionados afiliados al régimen contributivo no consisten ya en una tarifa fija e igual para todos, sino en diferentes tarifas variables, en proporción al valor de la mesada pensional recibida, conforme a un criterio de progresividad. Adicionalmente, el porcentaje cambiará, a partir del año 2022, para los pensionados que devengan mesadas de un salario mínimo legal mensual vigente.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 204 / LEY 1250 DE 2008 - ARTÍCULO 1 / LEY 2010 DE 2019 - ARTÍCULO 142

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2009.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / OBLIGATORIEDAD DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / PAGO DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD - La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 no es aplicable a los pensionados de los regímenes de excepción y especiales que estén afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales

Conforme a lo explicado en este concepto, la reducción de la cotización para salud, del 12.5% al 12%, efectuada por la Ley 1250 de 2008, solo benefició a los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Es necesario aclarar, sin embargo, que lo anterior no significa, de manera alguna, que la tarifa de la cotización que deben pagar los pensionados afiliados a los regímenes exceptuados y especiales en salud sea o haya continuado siendo del 12.5%, pues: i) ninguna norma legal ha establecido que esta sea o haya sido la tarifa aplicable, por regla general, a los aportes o cotizaciones que deben pagar, por concepto de salud, los afiliados a tales regímenes excluidos y especiales, y ii) como se explica en este concepto, no puede interpretarse que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 haya incrementado, en el 0.5%, la cotización que estuvieran obligados a pagar, en ese momento, los afiliados a los regímenes de salud exceptuados y especiales. Por lo tanto, la tarifa de los aportes que deben pagar los pensionados afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales es aquella que determinen, para cada régimen en particular, las normas que lo regulan, anteriores o posteriores a la Ley 100 de 1993 (según el caso), sin que dichas tarifas puedan entenderse incrementadas por la Ley 1122 de 2007, ni reducidas por la Ley 1250 de 2008.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 204 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 10 / LEY 1250 DE 2008 - ARTÍCULO 1

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / OBLIGATORIEDAD DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PAGO DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / FACTOR DE APORTE SOLIDARIO - La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, no conlleva a la disminución del aporte solidario de 1,5 puntos a 1 punto para los pensionados del Sistema General de Pensiones y de los regímenes de excepción y especiales que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales

La reducción de la cotización al Sistema de Salud, del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, no conllevó a una disminución del aporte destinado a la subcuenta de solidaridad, para contribuir a la financiación del régimen subsidiado de salud, del 1.5% a 1%, ni para el caso de los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en

Salud, ni para el de los pensionados afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales. Como se ha desarrollado en este concepto, el valor del aporte solidario mencionado (1.5%), es independiente de la reducción en el porcentaje de la cotización para el régimen contributivo de salud, efectuada por la Ley 1250 de 2012, y también es independiente del monto de la cotización que se aplique a los afiliados (pensionados o no) a los regímenes exceptuados y especiales. Dicho aporte está previsto actualmente en los artículos 204 y 214 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 45 de la Ley 1428 de 2011 y en el artículo 2.6.4.2.1.1 del Decreto (reglamentario) 780 de 2016, como una de las fuentes de financiación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 204 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 214 / LEY 1250 DE 2008 - ARTÍCULO 1 / LEY 1428 DE 2011 - ARTÍCULO 45 / DECRETO 780 DE 2016 - ARTÍCULO 2.6.4.2.1.1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente: ANA MARÍA CHARRY GAITÁN

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2021-00018-00(2460)

Actor: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Referencia: Consulta sobre el monto de la cotización y del aporte solidario de los pensionados afiliados a regímenes de excepción y especiales en salud

El Gobierno Nacional, por conducto del ministro de Salud y Protección Social, consulta a la Sala sobre el monto de la cotización y del aporte solidario de los pensionados afiliados a los regímenes de excepción y especiales en salud.

I. ANTECEDENTES

Indica el ministro que el artículo 204¹ de la Ley 100 de 1993² originalmente establecía que el monto de la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados, y los trabajadores independientes con capacidad de

¹ Artículo 204. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

² Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

pago³, sería de, máximo, el 12% del ingreso base de cotización, el cual, a su vez, no podía ser inferior al salario mínimo.

Asimismo, señalaba que dos terceras (2/3) partes de dicha cotización estarían a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Que, además, un (1) punto de la cotización sería trasladado al entonces Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), para contribuir a la financiación del régimen subsidiado. Finalmente, consagraba que los pensionados y los trabajadores independientes, al carecer de empleador, debían asumir la totalidad del pago de la cotización, es decir, el 12%.

Igualmente, indica que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007⁴ modificó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, incrementó el monto de la cotización en salud, del 12% al 12,5% del ingreso base de cotización, a partir del 1 de enero de 2007. En tal sentido, dispuso que el empleador asumiría el 8.5% de la cotización, es decir, le incrementó la tarifa en 0,5%, mientras que mantuvo la del trabajador en 4%. También estableció que las cotizaciones que tenían para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarían en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, y que este aumento sería destinado a la subcuenta de solidaridad, para completar el uno punto cinco (1.5%) de la contribución a la que alude dicho artículo.

Menciona que el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008⁵ adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, con la finalidad de reducir nuevamente la cotización de los pensionados del régimen contributivo en salud, del 12,5% al 12%, así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones

[...]

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, ~~la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008~~⁶.

Expone que, con esta modificación, el Legislador optó por reducir el aporte en salud de los pensionados, pero únicamente aludió a la cotización del régimen contributivo, dejando, a su criterio, por fuera a los pensionados afiliados a los regímenes exceptuados y especiales en salud.

Señala, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 66⁷ de la Ley 1753 de 2015⁸, y en concordancia con el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016⁹, modificado

³ Ley 100 de 1993, artículo 157, literal A, numeral 1º.

⁴ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁵ 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 6o de la Ley 797 de 2003.

⁶ Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-430-09, magistrado ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, con efectos desde la fecha de promulgación de la ley, es decir 27 de noviembre de 2008.

⁷ Artículo 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

⁸ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017¹⁰, la Adres fue creada como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada, entre otras funciones, de administrar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que estaban a cargo del extinto Fosyga.

Que el artículo 2.6.4.2.1.1 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, al enunciar los recursos que son administrados por la Adres, distintos de los de propiedad de los entes territoriales, señaló:

Artículo 2.6.4.2.1.1. Cotizaciones y aportes al SGSSS. Son recursos de las cotizaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS los provenientes de:

[...]

4. Aportes de los regímenes especial y de excepción correspondientes al porcentaje de solidaridad a que se refiere el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007.

[...]

Para finalizar, menciona que, en el ejercicio de esa competencia, la Adres ha evidenciado que algunas entidades de los regímenes especiales y de excepción le han girado el aporte solidario (de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993) sobre el 1% de las cotizaciones de sus afiliados pensionados, y no sobre el 1,5%. Por esa razón, la entidad administradora consultó al Ministerio de Salud y Protección Social, como ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuál debe ser el monto de dicho aporte.

Al respecto, señala que podría considerarse que, si bien la Ley 1250 de 2008 redujo el aporte en salud de los pensionados, lo cierto es que únicamente aludió a la *cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados*, por lo que, de manera al menos aparente, cobijó a todos los pensionados del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y excluyó a los pensionados que estuvieren afiliados a los sistemas exceptuados y especiales de salud.

Menciona que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-838 de 2008, estudió las objeciones gubernamentales contra el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1250 de 2008, y, al exponer los razonamientos con base en los cuales encontró ajustada a la Carta la disminución del aporte de los pensionados al sistema de salud del 12,5% al 12%, aludió a «todos los pensionados», y enfatizó que estos, de manera general, ameritaban un trato especial, dada su condición de vulnerabilidad.

Señala que, en esa providencia, la Corte realizó juicios de igualdad entre los trabajadores dependientes o independientes y los pensionados, y enfatizó que las condiciones de debilidad de estos últimos ameritaban que, en virtud del principio de igualdad, recibieran un trato especial del Legislador. Sin embargo, no efectuó una comparación entre los pensionados de los diferentes regímenes de pensiones, ni entre los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los afiliados a los sistemas exceptuados

⁹ Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016.

y especiales de salud, para determinar si a todos ellos les resultaba aplicable la disminución de la cotización del 12,5% al 12%.

Igualmente menciona, que no debe dejarse de lado que el párrafo del artículo 57 de la Ley 30 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 647 de 2001, en cuanto a la financiación del sistema de seguridad social en salud de las universidades públicas, efectuó una remisión normativa al artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, podría entenderse que, para los pensionados de los regímenes exceptuados y especiales, que se encuentren vinculados a los sistemas de salud exceptuados y especiales, se aplica el régimen de cotización consagrado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, incluido el incremento que en su momento efectuó la Ley 1122 de 2007, y la disminución realizada después por la Ley 1250 de 2008.

En ese posible escenario, señala que todos los pensionados, esto es, los del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, y los de los regímenes de excepción y especiales, afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o a los sistemas de salud exceptuados y especiales, tendrían a su cargo una cotización igual, esto es, del 12% del ingreso base. Sin embargo, como se explicó, no existe certeza sobre si este fue el efecto buscado por la Ley 1250 de 2008 o si, por el contrario, el Legislador quiso beneficiar con la disminución de la cotización únicamente a los pensionados que estuvieran afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, en la Sentencia C-838 de 2008, la Corte Constitucional señaló que la disminución del 0,5% de la cotización a cargo de los pensionados no afectó el monto del aporte solidario que estos hacen al régimen subsidiado, lo que implica que este se mantuvo en 1.5 puntos. No obstante, el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 establece que el aporte de los afiliados a los regímenes especiales y de excepción a la financiación de la UPC del régimen subsidiado sería siempre de 1.5 puntos, mientras que el de los afiliados al régimen contributivo sería, *máximo*, de ese mismo monto, lo que indica que podría ser inferior.

Por lo tanto, en caso de que se determine que la reducción del aporte en salud aplica para los pensionados de los regímenes exceptuados y especiales, que se encuentran afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales, será necesario establecer si esa reducción generó, como consecuencia, que el monto de su aporte solidario disminuyera también de 1.5 puntos a 1 punto, como ocurrió con el de los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En atención a los argumentos y consideraciones expuestos, el ministro de Salud y Protección Social plantea las siguientes

I. PREGUNTAS

1. ¿La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, es aplicable a los pensionados de los regímenes de excepción y especiales, que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales?
2. ¿La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, conllevó a la disminución del aporte solidario de 1,5 puntos a 1 punto para los pensionados del Sistema General de

Pensiones y de los regímenes de excepción y especiales, que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales?

II. CONSIDERACIONES

A fin de resolver las preguntas formuladas por el ministro consultante, la Sala estima necesario abordar los siguientes temas: *i)* El Sistema General de Seguridad Social en Salud; *ii)* los regímenes especiales y exceptuados del mencionado Sistema; *iii)* la financiación del régimen de seguridad social en salud subsidiado; *iv)* la cuantía y distribución de la cotización en salud en el régimen contributivo; *v)* el principio de legalidad de los tributos: la naturaleza jurídica de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y *vi)* conclusiones generales.

1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política¹¹ disponen que la Seguridad Social, en su componente de atención en salud, es un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se realiza bajo la organización, dirección y regulación del Estado.

En desarrollo de los citados artículos, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el fin de garantizar el derecho irrenunciable de las personas a tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afecten.

Este régimen está conformado por el Sistema General de Pensiones, el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Sistema de Riesgos Profesionales¹² y los servicios sociales complementarios¹³. Este último sistema se propuso con la finalidad de otorgar auxilios monetarios para los mayores adultos indigentes, de más de 65 años de edad; para los mayores adultos indígenas de 50 años o más que residan en sus propias comunidades, y para los «dementes» y «minusválidos» de la misma edad.

En particular, la Ley 100, al regular el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la prestación de este servicio público esencial, consagra los principios

¹¹ «Artículo 48. 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 [...]. «Artículo 49.- La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley».

¹² Con la entrada en vigencia de la Ley 1562 de 2012, «[p]or la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional», publicada en el Diario Oficial n.º 48.488 del 11 de julio de 2012, el término «riesgos profesionales» debe entenderse como «riesgos laborales». Asimismo, el término «enfermedad profesional» debe entenderse como «enfermedad laboral».

¹³ Ley 100 de 1993, artículo 8.

aplicables a dicho Sistema, entre los cuales incluye los de universalidad, solidaridad, igualdad y obligatoriedad, entre otros:

ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.1 Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.

3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.

3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

3.4 Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia.

[...]

Esto significa que la obligación de afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud es de carácter general y cubre a todos los habitantes, sin distinciones de ninguna clase, y su cumplimiento se realiza a través de los regímenes contributivo y subsidiado previstos en la misma ley. En este precepto legal se diseñó un sistema de prestación de servicios de salud de competencia regulada, basado en la mezcla pública-privada y mercado-regulación¹⁴, financiado principalmente por las cotizaciones de empleados y empleadores, en el caso del régimen contributivo, y con recursos fiscales obtenidos por medio de tributos generales, para el régimen subsidiado.

En consonancia con los preceptos constitucionales, esta ley dispuso que «no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella» (artículo 9). Asimismo, se previó la intervención del Estado en el SGSSS, en procura, entre otros objetivos, de evitar que los recursos que se destinen a la seguridad social en salud se utilicen en fines diferentes¹⁵, reforzando así el mandato constitucional del artículo 48.

Para estos efectos, el manejo y administración de los recursos que integran los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹⁶ se atribuyó, en gran medida, al Fosyga, hoy a la Adres.

En efecto, actualmente la Adres está encargada de «gestionar y proteger el adecuado uso de los dineros que soportan la prestación de los servicios de salud,

¹⁴ C.A. AGUDELO CALDERÓN; J. CARDONA BOTERO; J. ORTEGA BOLAÑOS; R. ROBLEDO MARTÍNEZ. Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. En *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2011, vol.16, n.º 6, p. 2817-2828.

¹⁵ Ley 100 de 1993. «Artículo 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:// (...) // g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes».

¹⁶ *Ibidem*. « Artículo 201.- Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías».

así como de los pagos, giros y transferencias que se deben realizar a los diferentes agentes que intervienen en el mismo sistema»¹⁷.

Los artículos 201 y 202 de la Ley 100 de 1993 disponen:

Artículo 201. Conformación del sistema general de seguridad social en salud.

En el sistema general de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías.

Artículo 202. Régimen contributivo. Definición. - El régimen contributivo es un

conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Por su parte, el artículo 203 *ibidem* establece que serán afiliados al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 de la misma ley, es decir:

1. [...] las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

En los mismos términos, el artículo 155 de la Ley 100 dispone que los empleadores, los empleados y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo, así como los pensionados, son integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De igual forma, el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011¹⁸ establece algunas presunciones de capacidad de pago, para efectos de cumplir con la obligación de afiliarse al régimen contributivo (principalmente, en el caso de los independientes):

33.1 Las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.2 Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca el Gobierno Nacional.
[...]

2. Regímenes especiales y exceptuados al Sistema General de Seguridad Social en Salud

2.1. Regímenes exceptuados

¹⁷

ADRES.

Página

Web

<https://www.adres.gov.co/Portals/0/Atencion%20al%20Ciudadano/Documentos/PORTAFOLIO%20ADMINISTRADORA%20DE%20LOS%20RECURSOS%20DEL%20SGSSS%20ADRES.pdf?ver=2021-03-25-075645-423>.

¹⁸ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispone que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no se aplica, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, regido por la Ley 91 de 1989; al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990¹⁹, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de esa ley; a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas, y a los servidores públicos o pensionados de Ecopetrol.

Así, es posible definir los regímenes de excepción en salud como aquellos que se aplican a los sectores de la población que siguen rigiéndose por las normas e instituciones de seguridad social concebidas antes de la Ley 100 de 1993.

Cuando se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006²⁰, estaba culminando la descentralización del servicio educativo, bajo las reglas de la Ley 715 de 2001. Por tal razón, el artículo 80 de la Ley 812 hizo un corte de cuentas, para saldar las deudas de las entidades territoriales, por concepto de prestaciones sociales de los docentes, con la concurrencia de la Nación.

En ese contexto, el artículo 81 de la Ley 812 consagró el régimen prestacional de los docentes oficiales, así:

Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

[...]

La Ley 812 entró en vigencia el 27 de junio de 2003, fecha de su publicación²¹, la cual se debe tomar como referencia para establecer dos regímenes pensionales:

1. El de los docentes que ingresaran a partir del 27 de junio de 2003: la norma señaló, de manera expresa, que su régimen pensional sería el de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, con dos condiciones especiales: el requisito de la edad, unificado en 57 años para hombres y mujeres, y su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El de los docentes que se hubieren vinculado antes del 27 de junio de 2003, que el artículo 81 de la Ley 812 identifica de manera concreta como docentes nacionales, nacionalizados y territoriales. Dado que estas denominaciones son las establecidas y definidas por la Ley 91 de 1989, la referencia genérica al régimen establecido para el magisterio «en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia» de la

¹⁹ Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

²⁰ Ley 812 de 2003.

²¹ L.812/03, Artículo 137. «Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación...», la cual se surtió en el Diario Oficial No. 45.231 de junio 27 de 2003.

misma Ley 812, significa que se trata del régimen de la Ley 91 de 1989²² que continuaba vigente en virtud del artículo 115 de la Ley 115 de 1994.

Con el Acto Legislativo 01 de 2005²³ determinó la supresión de la mayoría de regímenes exceptuados en materia pensional.

Lo anterior permite concluir que, en materia pensional, el régimen exceptuado, que cobija a los maestros que se hubieron vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, no se le aplica a los que se vincularon con posterioridad a esa ley. Por lo tanto, no podría hablarse de la existencia de un régimen exceptuado, en materia pensional, para todos los maestros oficiales, sino solo para aquellos que se han mencionado.

En todo caso, esta aclaración no es determinante para las respuestas que se darán en la presente consulta, pues, como ya se mencionó, los cambios normativos descritos solo se refirieron al régimen prestacional de los docentes oficiales, especialmente, en materia de pensiones, mas no al sistema de salud que los cubre.

Para finalizar, los regímenes exceptuados en salud están taxativamente señalados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. De esta manera, y para lograr plena claridad acerca del concepto de regímenes exceptuados en salud, dichos sectores excluidos del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia son los siguientes:

1. Las Fuerzas Militares y de Policía.
2. El personal civil al servicio de las Fuerzas Militares y de Policía, vinculado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (diciembre 23 de 1993).
3. Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
4. Los servidores públicos y los pensionados de Ecopetrol, vinculados antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003²⁴.

2.2. Regímenes especiales

Teniendo claro que la Ley 100 de 1993 tuvo un fin unificador del Sistema de Seguridad Social en Colombia, y que las únicas excepciones expresas son las de los regímenes exceptuados, establecidas en el artículo 279 de la Ley 100, se concluye que los regímenes **especiales** en salud son aquellos que se han contemplado en leyes especiales, posteriores a la Ley 100, como lo es el régimen en seguridad social en salud de las universidades públicas.

Así las cosas, la Sala, tras un estudio del ordenamiento jurídico en materia de seguridad social en salud, encuentra que el artículo 57 de la Ley 30 de 1992²⁵ señala que «[l]as universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector

²² Por ejemplo, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988.

²³ Acto Legislativo 01 de 2005 (julio 22) «Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política». Artículo 2º. «El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.» Fue publicado en el Diario Oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005

²⁴ 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.

²⁵ Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior.

educativo». En tal sentido, el inciso tercero original de dicha norma determinaba las características de ese régimen especial, de la siguiente manera:

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley.

El inciso citado fue modificado por el artículo 1 de la Ley 647 de 2001²⁶, de la siguiente manera:

Artículo 1º.- El inciso 3º del artículo 57 de la Ley 30 de 1992, quedará así:

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal **y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.** [Negrillas fuera de texto].

El artículo 2 *ibidem* adicionó un párrafo al artículo 57 de la Ley 30 de 1992, que consagra:

Artículo 2º.- Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 57 de la Ley 30 de 1992:

Parágrafo. El sistema propio de seguridad social en salud de que trata este artículo, se regirá por las siguientes reglas básicas:

a) Organización, dirección y funcionamiento. Será organizado por la Universidad como una dependencia especializada de la misma, con la estructura de dirección y funcionamiento que igualmente se establezca para el efecto. Sin embargo, las universidades podrán abstenerse de organizarlo, para que sus servidores administrativos y docentes y sus pensionados o jubilados elijan libremente su afiliación a las entidades promotoras de salud previstas por la Ley 100 de 1993;

b) Administración y financiamiento. El sistema se administrará por la propia Universidad que lo organice y se **financiará con las cotizaciones que se establezcan en los términos y dentro de los límites máximos previstos en el inciso 1º del artículo 204 de la Ley 100 de 1993.** El sistema podrá prestar directamente servicios de salud y/o contratarlos con otras instituciones prestadoras de servicios de salud;

c) Afiliados. Únicamente podrá tener como afiliados a los miembros del personal académico, a los empleados y trabajadores, y a los pensionados y jubilados de la respectiva Universidad. **Se garantizará el principio de libre afiliación** y la afiliación se considerará equivalente para los fines del tránsito del sistema general de la Ley 100 de 1993 al sistema propio de las universidades o viceversa, sin que sean permitidas afiliaciones simultáneas;

d) Beneficiarios y plan de beneficios. Se tendrán en cuenta los contenidos esenciales previstos en el Capítulo III de la Ley 100 de 1993;

e) Aporte de solidaridad. **Los sistemas efectuarán el aporte de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.** [Negrillas fuera de texto].

²⁶ Por la cual se modifica el inciso 3º del artículo 57 de la ley 30 de 1992.

Entonces, la Ley 647 de 2001, que modificó el artículo 57 de la Ley 30 de 1992, autorizó a las universidades públicas para que, en desarrollo de su autonomía, organizaran un sistema propio de seguridad social en salud.

El párrafo adicionado a este último artículo consagra las reglas sobre organización, dirección, administración y funcionamiento del sistema de salud de las universidades. En particular, señala que el sistema será administrado por la propia universidad que lo organice y que se financiará con las cotizaciones que se establezcan, en los términos y dentro de los límites máximos previstos en el inciso primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, establece la obligación de los sistemas de salud de las universidades públicas de efectuar el aporte de solidaridad de que trata el mismo artículo.

Los artículos 1 y 2 de la Ley 1443 de 2011²⁷ modificaron el literal c del artículo 57 de la Ley 30 de 1993 y el artículo 2º de la Ley 647 de 2001, respectivamente, de la siguiente manera:

Artículo 1º. Modifíquese el literal c) del artículo 2º de la Ley 647 de 2001, el cual quedará así:

c) Afiliados. Únicamente podrá tener como afiliados a los miembros del personal académico, a los empleados y trabajadores de la respectiva Universidad, y a las personas que al término de su relación laboral se encuentren afiliadas al Sistema Universitario de Salud y adquirieran el derecho a la pensión con la misma Universidad o con el Sistema General de Pensiones.

Se garantizará el principio de libre afiliación y la afiliación se considerará equivalente para los fines del tránsito del Sistema General de la Ley 100 de 1993 al sistema propio de las universidades o viceversa, sin que sean permitidas afiliaciones simultáneas,

Artículo 2º. Adiciónese un literal al artículo 2º de la Ley 647 de 2001, así:

f) Para los efectos de la presente ley se dará aplicación a la Planilla Integrada de Aportes consagrada en el Decreto 1931 de 2006 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

Es claro, pues, que, a partir de la vigencia de la Ley 1443 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 647 de 2001, los empleados y los pensionados de las universidades oficiales pueden afiliarse al sistema de salud especial que estas constituyan o al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud consagrado en la Ley 100 de 1993, de conformidad con el principio de libre afiliación.

Como se observa, entonces, sin haberlo excluido del todo del Sistema General de Seguridad Social, la Ley 641 de 2001 (normativa posterior a la Ley 100 de 1993) permitió la existencia de un régimen especial en salud para las universidades estatales, el cual debe entenderse sujeto, en primer lugar, a las disposiciones especiales contenidas en dicha ley y en las otras que la hayan modificado (como la Ley 1443), y en todo lo no previsto en tales normas, a los preceptos generales de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, se puede concluir que, a pesar de la pretendida universalidad del sistema de seguridad social en salud, existen los regímenes exceptuados, que están expresamente señalados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y un

²⁷ Por la cual se modifica el artículo 2o de la Ley 647 de 2001.

régimen especial de seguridad social en salud, que es el de las universidades públicas, consagrado en el artículo 1 de la Ley 647 de 2001.

Mientras que los regímenes exceptuados están previstos taxativamente en el artículo 279 de la Ley 100, los regímenes especiales que considere necesario crear el Legislador, de acuerdo con sus características, momentos y tipo de población a los que están dirigidos, podrían encontrarse dispersos en la normativa nacional.

3. La financiación del régimen de seguridad social en salud subsidiado

La misma Ley 100 dispuso que la población más pobre del país sería favorecida por el régimen de seguridad social en salud subsidiado, y facultó al Gobierno Nacional²⁸ para definir los criterios que deben aplicar las entidades territoriales, para definir los beneficiarios del sistema.

De acuerdo con el artículo 211 de la Ley 100 de 1993, el régimen subsidiado «es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley».

Así las cosas, atendiendo al principio de universalidad y solidaridad, y ante la dificultad para efectuar cotizaciones por parte de los afiliados a este régimen, su financiación constituye una situación compleja, al igual que la definición de las fuentes de recursos que deben utilizarse para tal fin.

En concordancia con lo anterior, el artículo 214 *ibidem*, modificado por el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, establece las siguientes fuentes de financiamiento de la unidad de pago por capitación (UPC)²⁹, en este régimen:

Artículo 214. Recursos para aseguramiento. La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales
 1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud [...].
 2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar [...].
 3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen [...].
 4. Los recursos de regalías [...].
 5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.
2. **Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)**
 1. **Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.**
[...] [resalta la Sala].

²⁸ Artículo 213 de la Ley 100 de 1993.

²⁹ La unidad de pago por capitación (UPC) es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema de salud para cubrir las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud, en los regímenes contributivo y subsidiado.

Igualmente, como ya se citó, el legislador del 2011 estableció que el aporte de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales a la financiación de la UPC del régimen subsidiado sería siempre de 1.5 puntos, mientras que el de los afiliados al régimen contributivo sería de *hasta* ese monto (es decir, que podría ser inferior).

En el mismo sentido, el artículo 45 de la Ley 1428 de 2011 confirió la potestad al Ministerio de la Protección Social para definir el porcentaje de la cotización que se paga en el régimen contributivo, conforme al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin exceder del 1.5%.

Artículo 45. Distribución de los recursos de la cotización del régimen contributivo. El Ministerio de la Protección Social definirá hasta el uno punto cinco (1.5) de la cotización, previsto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que se destinarán a la financiación de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga. [Subrayamos].

Asimismo, el artículo 2.6.4.2.1.1 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, al enunciar los recursos que son administrados por la Adres, distintos de los que son propiedad de los entes territoriales, señaló:

Artículo 2.6.4.2.1.1. Cotizaciones y aportes al SGSSS. Son recursos de las cotizaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS los provenientes de:

[...]

4. Aportes de los regímenes especial y de excepción correspondientes al porcentaje de solidaridad a que se refiere el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, esa reducción de punto cinco (0.5) puntos en los aportes de los pensionados del régimen contributivo en salud, no hace que estos, al igual que los afiliados a los regímenes especiales y exceptuados dejen contribuir al financiamiento del sistema contributivo en la proporción establecida por el inciso 1, del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, que establece que para el caso de los integrantes de los regímenes exceptuados y especiales, la citada contribución será de un uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización, al igual que los pensionados de estos regímenes, misma que se destinará al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, previsto para financiar el Régimen Subsidiado.

En síntesis, se aprecia que las regulaciones vigentes establecen una amplia gama de fuentes de financiación para el régimen subsidiario en salud, las que se pueden clasificar en cuatro grupos: (i) los recursos específicos para el financiamiento de la unidad de pago por capitación³⁰; (ii) los recursos para la financiación de la salud pública, la atención primaria y la promoción y prevención³¹; (iii) los recursos adicionales de la Adres (antes, Fosyga), y (iv) los recursos para el Fondo de Salvamiento y Garantía del Sector Salud (FONSAET)³².

4. Cuantía y distribución de la cotización en salud, en el régimen contributivo

³⁰ Artículo 44 de la Ley 1438 de 2011.

³¹ *Ibidem*, artículo 42.

³² *Ibidem*, artículo 50.

4.1 Artículo 204 de la Ley 100 de 1993

Como ya se mencionó, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 fijó originalmente el monto y la distribución de la cotización aplicable a todos los afiliados del régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, en los siguientes términos:

Artículo. 204.-. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.³³

(El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222)³⁴.

Parágrafo. 1º La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

Parágrafo. 2º Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.

Parágrafo. 3º Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Con fundamento en la anterior disposición, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 806 de 1998³⁵, modificado por el Decreto 1703 de 2002³⁶ en concordancia

³³ Inciso modificado por la Ley 1122 de 2007.

³⁴ Este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-577 del 4 de diciembre de 1995, por considerar que en el mencionado inciso las funciones que le otorgan al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud vulneran la estructura orgánica de la rama ejecutiva del poder público y desconocen las calidades del Presidente como suprema autoridad administrativa y jefe de Gobierno (C.P., artículo 189).

³⁵ Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. Los artículos 26 y 66 de este decreto disponen:

Artículo 26. Afiliados al régimen contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas

con lo dispuesto en los Decretos 3615 de 2005³⁷ y 2313 de 2006³⁸, reglamentó la afiliación de personas independientes, con ingresos diferentes a los originados en una relación laboral o en mesadas pensionales, cuya cotización está totalmente a su cargo, pues no tienen empleador. Tampoco existe norma expresa en la Ley 100 que permita trasladar esta obligación a la parte contratante, cuando dichos afiliados celebran contratos de prestación de servicios y otros no laborales.

La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en relación con el tratamiento que el Legislador le otorga a los trabajadores dependientes e independientes, con respecto a la asunción de esta obligación y la distribución de las cargas, manifestó lo siguiente, en la Sentencia C-560 de 1996:

La distinta situación jurídica y material en que se encuentra una y otra clase de trabajadores, justifica, en principio, desde el punto de vista objetivo, de su razonabilidad y racionalidad, y de la finalidad perseguida por el legislador, que a los trabajadores independientes se les exija el pago íntegro de la totalidad de las cotizaciones con que deben contribuir al sistema de seguridad social. No se descarta que en un futuro el legislador pueda, consultando las variables propias de las relaciones que surgen entre los trabajadores independientes y sus contratantes y las posibilidades económicas de aquél, crear mecanismos que garanticen la seguridad social para dichos trabajadores en condiciones similares a las que corresponden a los trabajadores vinculados a través de contratos de trabajo. Lo que justifica que los trabajadores independientes deban pagar la totalidad de la cotización al sistema de seguridad social, es la libertad que la Constitución le otorga al legislador para diseñar el sistema o los sistemas de seguridad social que mejor se adecuan a las finalidades que ésta debe cumplir dentro del Estado Social de Derecho, y para disponer que ella se extienda de manera progresiva, cuantitativa y cualitativamente. El legislador ha establecido un régimen distinto entre trabajadores dependientes e independientes, en cuanto a la base de sus cotizaciones y el monto y distribución de éstas, apoyado en el hecho de que la naturaleza, modalidades y condiciones de las relaciones laborales con los trabajadores dependientes son

personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

b) Los servidores públicos;

c) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios;

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]. (El texto subrayado fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la Sentencia 3403 de 2004). [...]

Artículo 66. Base de cotización de los trabajadores independientes. La base de cotización para los trabajadores independientes será determinada sobre los ingresos que calcule la EPS de acuerdo con el sistema de presunción de ingresos definido por la Superintendencia Nacional de Salud. En ningún caso el monto de la cotización de los trabajadores independientes podrá ser inferior al equivalente al 12% de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

³⁶ Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Capítulo V establece las reglas para personas con ingresos diferentes a los originados en una relación laboral o en mesadas pensionales, e incentivos a la afiliación. El Decreto 2400 de 2002 modificó el artículo 7 del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002, en materia de afiliación de miembros adicionales del grupo familiar.

³⁷ Por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

³⁸ Por el cual se modifica el Decreto 3615 de 2005.

diferentes a la de los trabajadores independientes que se considera razonable, sin descartar que de acuerdo con la futura política macro económica y social del Estado, sea posible el establecimiento de una regulación normativa diferente que disponga una forma de cotización más favorable a dichos trabajadores.

En los mismos términos, la regla general aplicable a las personas que gozan de pensión es que la cotización de salud está totalmente a su cargo. Sobre este particular, dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993:

Artículo. 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.

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.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales. [...]³⁹ [subrayas fuera del texto original].

De este modo, la Corte Constitucional determinó que la cotización prevista en el inciso primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable a quienes están afiliados al régimen contributivo en salud, también comprende a las personas independientes y pensionadas, quienes forman parte del sistema, en calidad de afiliados, como se pudo apreciar en el capítulo anterior.

4.2. Ley 1122 de 2007⁴⁰. Antecedentes y alcance

Con la Ley 1122 de 2007, se introdujo la primera restructuración al orden financiero y administrativo del Sistema General de Salud, establecido originalmente en la Ley 100 de 1993.

La finalidad de la citada ley está enunciada en su artículo 1:

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

El artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 modificó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así:

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-126/00: “La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. Por consiguiente, **bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud.** En la medida en que la persona se pensiona, cesa la relación laboral y el patrono deja de sufragar las dos terceras partes de la cotización del trabajador”.

⁴⁰ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Artículo 10. Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). [Subrayas fuera de texto].

Como se aprecia, el artículo citado incrementó el monto de la cotización del régimen contributivo en salud del 12% al 12,5% del ingreso base de cotización, a partir del 1 de enero de 2007. En tal sentido, dispuso que el empleador asumiría el 8.5% de la cotización, es decir, le incrementó un 0,5%, mientras que mantuvo la del trabajador en el 4%.

Por otro lado, la misma norma incrementó, en 0.5%, la tasa de cotización a salud que tuvieron los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales, y dispuso que tal aumento sería a cargo de los respectivos empleadores.

Asimismo, estableció que, en ambos casos (régimen subsidiado del SGSSS y regímenes exceptuados y especiales), el aporte que debía destinarse, con cargo a estas cotizaciones, a la subcuenta de solidaridad del Fosyga (hoy en día, Adres), para financiar el régimen subsidiado del Sistema de Salud, sería de uno punto cinco puntos (1.5%).

A continuación, la Sala revisará las modificaciones que la Ley 1122 de 2007 introdujo en materia de seguridad social en salud y en la obligación de cotizar al sistema, así como los antecedentes legislativos de la misma, con el fin de identificar el alcance del artículo décimo, especialmente con respecto a quienes cobija dicha modificación.

La Ley 1122 tuvo por objeto realizar algunas modificaciones y ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios y extender la cobertura de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén.

Esto quiere decir que las reformas introducidas por la ley no pretenden, ni pretendieron, reemplazar el régimen de seguridad social en salud contemplado en la Ley 100 de 1993, ni modificar sus fundamentos o principios. Por ende, sus disposiciones, en particular la contenida en el artículo décimo, deben interpretarse dentro del marco legal en el cual se insertó.

4.2.1. Antecedentes legislativos

Lo primero que se advierte al estudiar los antecedentes legislativos de la Ley 1122 de 2007 es que la reforma en ella contenida fue el resultado de la acumulación de

diecisiete (17) proyectos de ley, cuyas propuestas tenían diferentes alcances.⁴¹ De ahí que, en el curso de su trámite, algunas de las iniciativas fueron objeto de modificación, supresión o adición.

En particular, sobre el punto objeto de análisis, la Sala encuentra que la iniciativa con base en la cual se previó incrementar el monto de la cotización para el sistema de salud tuvo origen en el Proyecto de Ley 67 de 2006, presentado ante el Senado, que promovió dicha medida como un mecanismo para garantizar el derecho de acceder a la salud, en cabeza de todos los habitantes, al afirmar que el fortalecimiento de los mecanismos de financiación del sistema se traduciría en la ampliación de los índices de cobertura, para alcanzar su universalización.

Preveía el proyecto inicialmente concebido:

Artículo 1º A partir de la vigencia de la presente ley la cotización al régimen contributivo de salud será del 13% del salario base de cotización incluidos los regímenes de excepción de que trata la ley 100 de 1993. El punto adicional de cotización estará a cargo del empleador en un ciento por ciento (100%). Hasta dos puntos porcentuales de la cotización serán trasladados al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

En la exposición de motivos se lee, sobre dicho artículo:

El aumento **de un punto de solidaridad en la contribución del régimen contributivo** constituye una fuente adicional y permanente de recursos que contribuye significativamente al logro de la cobertura universal comoquiera que representa cerca de 800.000 millones de pesos adicionales cada año para tal propósito. Adicionalmente esta contribución realiza los principios de equidad y solidaridad consagrados en nuestra Constitución Política en la medida en que se trata de un aporte parafiscal de las personas con mayores ingresos que permite redistribuir el ingreso hacia ciertas personas de menores ingresos con el fin de garantizar el servicio público esencial de la salud.

En la actualidad el país, con corte al 31 de diciembre de 2005, cuenta con 15.500.000 colombianos afiliados al régimen contributivo de salud, 1.200.000 afiliados a los regímenes de excepción (ECOPETROL, Fuerzas Armadas y magisterio) y 18.600.000 afiliados al régimen subsidiado de los cuáles 16.500.000 son bajo la modalidad de subsidios plenos y 2.100.000 bajo la modalidad de subsidios parciales. Lo anterior representa que cerca de 6.000.000 de colombianos carecen actualmente de seguridad social.

Del análisis de las fuentes de financiación que de conformidad con la legislación vigentes están destinadas al régimen subsidiado de salud se concluye que con dichas fuentes no es posible garantizar cobertura universal para el año 2010 garantizando la sostenibilidad futura.⁴²

A partir de esta iniciativa, el Congreso de la República analizó los avances de la Ley 100 de 1993, los indicadores de salud de la población y los problemas de financiación del sistema y concluyó que sólo era posible alcanzar la cobertura universal para el año 2010, si se hacía un «esfuerzo adicional en financiación»⁴³, que implicaba, en los precisos términos utilizados por el legislador, «profundizar y

⁴¹ Proyectos 01 de 2006 Cámara; 018 DE 2006 Cámara; 084 de 2006 Cámara; 130 de 2006 Cámara; 137 de 2006 Cámara; 140 de 2006 Cámara, 141 de 2006 Cámara, 20 de 2006 Senado; 26 de 2006 Senado; 38 de 2006 Senado; 67 de 2006 Senado; 116 de 2006 Senado; 122 de 2006 Senado; 143 de 2006 Senado y 01 de 2006 Senado.

⁴² Gaceta del Congreso n.º 286 del 11 de agosto de 2006.

⁴³ Gaceta del Congreso n.º 485 del 26 de octubre de 2006.

ampliar los niveles de solidaridad interna del actual sistema contributivo»⁴⁴ de seguridad social en salud.

Por eso, la propuesta financiera que se debatió en el seno de esa corporación contaba con los «**recursos provenientes de aportes del régimen contributivo**, del Gobierno Nacional, de las entidades territoriales y otras fuentes» [se resalta].

Esta es la razón por la cual, en los diferentes debates se insistió en la necesidad de revisar el «Régimen contributivo, el cual se financia en su totalidad con aportes de patronos, trabajadores, pensionados e independientes con capacidad de pago, es decir, recursos generados principalmente en la economía formal»⁴⁵.

Prueba de lo anterior es que, en el curso del debate del proyecto acumulado, se presentaron iniciativas tendientes a concretar la responsabilidad del empleador y del trabajador en el pago de la cotización a salud, en los casos de existencia de una relación laboral; así como la de los pensionados y los trabajadores independientes.

En efecto, las disposiciones pertinentes del proyecto de ley acumulado disponían:

Artículo 58. Cotización para pensionados. - A fin de propiciar la equidad y favorecer la capacidad adquisitiva del pensionado, sus cotizaciones quedarán así:

- a) Para mesadas hasta de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la totalidad de la cotización será asumida con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional.
- b) Para mesadas entre 4 y 6 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esta proporción será de 6% sobre lo devengado a cargo del pensionado y el restante a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional.
- c) Para mesadas superiores a diez el monto total de la cotización estará a cargo del pensionado.⁴⁶

Lo cierto es que la reforma al esquema de financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993, en particular, lo relativo a los recursos parafiscales que ingresan a dicho sistema por concepto de cotizaciones o aportes, siempre ha incluido los provenientes de las personas independientes y pensionadas, en la medida en que, con dicha reforma, se buscó revisar y ampliar los ingresos que se recaudan en el régimen contributivo, frente a las metas contempladas en materia de cobertura.

En concordancia con lo anterior, el informe de la ponencia presentado para segundo debate, al explicar la propuesta financiera del proyecto, enfatizó en la importancia de elevar la cotización obrero patronal, con cargo a los empresarios, a la par que insistió en que el incremento del porcentaje de la cotización debía ser aplicable al régimen en su conjunto. En tal documento, se dijo:

Se plantea elevar la cotización obrero patronal con cargo a los empresarios en un cero punto cinco por ciento pasando el total de la cotización de 12 a 12.5% de los cuales 1.5 puntos quedarán asignados al régimen subsidiado, incluidos los regímenes especiales y de excepción [...]

⁴⁴ *Ibidem*, página 3.

⁴⁵ Gaceta del Congreso n.º 510 del 3 de noviembre de 2006, página 17

⁴⁶ Gacetas del Congreso 510, 514, 586 de 2006. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 02/06 Cámara y 040/06 Senado.

Con base en esta exposición, se incrementa el porcentaje de la cotización al régimen contributivo. Y se establece el porcentaje a cargo del empleador.⁴⁷

4.2.2. Alcance e interpretación

Ahora bien, para la debida interpretación de esta norma, es importante detenerse, en primer lugar, en su contenido. Como se indicó atrás, esta disposición modificó el inciso primero del artículo 204 (original) de la Ley 100 de 1993, principalmente en el sentido de: *i)* aumentar el aporte para el régimen contributivo de salud, del 12% al 12.5% del ingreso base de cotización; *ii)* establecer que dicha contribución se distribuya entre los empleadores y los empleados, así: 8.5% a cargo de los empleadores y 4% a cargo de los trabajadores; *iii)* disponer que el 1.5% de esta cotización debía ser trasladada a la subcuenta de solidaridad del Fosyga (ahora, Adres) para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado; *iv)* elevar, en 0.5%, las cotizaciones que «hoy tienen», para salud, los regímenes exceptuados y especiales; *v)* establecer que dicho incremento sería «a cargo del empleador», y *vi)* ordenar que esta tarifa adicional (0.5%) se destine a la subcuenta de solidaridad, para completar el 1.5% a que hace referencia ese artículo.

Como se aprecia, este precepto se refirió a dos grupos distintos de personas: *i)* en primer lugar, los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993), y *ii)* en segundo lugar, los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales de dicho Sistema.

Con respecto al primer conjunto de individuos, la norma incremento la tarifa de la cotización para el régimen contributivo, del 12 al 12.5%, y estableció su distribución entre empleadores y empleados (para el caso de los afiliados dependientes). Asimismo, dispuso el deber de contribuir a la subcuenta de solidaridad, con el 1.5% de dicha cotización, para el financiamiento del régimen subsidiado.

Con respecto al segundo grupo, el precepto se limitó a incrementar **la tarifa que tuvieran en ese momento** (conforme a las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 o a las normas especiales que los regulen), **en el 0.5%**, y ordenó, igualmente, el pago de una contribución del 1.5% para el régimen subsidiado (del SGSSS).

Como se aprecia, entonces, la ley no pretendió igualar la tarifa de la cotización que deben pagar, para salud, los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los vinculados a los regímenes exceptuados y especiales, pues estos últimos pueden tener (y tienen, de hecho) tarifas diferentes.

Por ejemplo, en el caso de aquellos docentes cuya vinculación sea territorial o nacionalizada, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sobre el monto del aporte a salud fijado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, es así como los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizan sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico

⁴⁷ Gaceta del Congreso 562 del 23 de noviembre de 2006.

asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Lo que sí unificó el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 fue el porcentaje que de dichas cotizaciones que debe destinarse a la subcuenta de solidaridad del Fosyga (actualmente, Adres), para la financiación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior significa que, independientemente de la tarifa de la cotización que hubiera resultado a cargo de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales, y de sus respectivos empleados, según el caso (la cual, como se indicó, podría ser superior o inferior al 12.5%), luego del incremento del 0.5% decretado por la Ley 1122, el 1.5% de dicha contribución debía (y debe) destinarse a la financiación del régimen subsidiado en salud, a través de la subcuenta de solidaridad.

Esta conclusión se ratifica con lo dispuesto en el artículo 214, numeral 2-1, de la Ley 100 de 1993, al señalar que una de las fuentes de financiación del régimen subsidiado en salud es: «[u]no punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo» [se destaca]. Es relevante mencionar que el texto citado corresponde a la redacción actual de la norma, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, es decir, con posterioridad tanto a la Ley 1122 de 2007 como a la Ley 1250 de 2008, lo que denota claramente la voluntad del Legislador de mantener inalterado el porcentaje del aporte solidario que se debe destinar al régimen subsidiado en salud, independientemente de los cambios efectuados en la tarifa de dicha cotización a cargo de empleadores, empleados, independientes o pensionados, según el caso.

Por otro lado, es importante señalar que, como la norma que se menciona estableció que el aumento del 0.5% de las cotizaciones de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales estaría «a cargo del empleador», y los pensionados no tienen empleadores, debe concluirse que el referido incremento no cobijó a los **pensionados** vinculados a los citados regímenes de salud.

A este respecto, vale la pena recordar, en primer lugar, que los aportes o cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social constituyen contribuciones parafiscales y, por lo tanto, tributos, como se explicará más adelante, naturaleza jurídica que también comparten las contribuciones efectuadas a otros sistemas de salud permitidos por la ley (pues tienen las mismas características, aunque distintos destinatarios). También, debe advertirse que, al señalar el Legislador la persona (natural o jurídica) que tendrá a su cargo el pago de determinada contribución, o parte de ella, está indicando el deudor o *sujeto pasivo* de la respectiva obligación, que es uno de los elementos esenciales de los tributos, como también se expondrá.

Así, no resulta válido, en principio, que el sujeto pasivo de esta contribución parafiscal, o de parte de ella, sea modificado por las autoridades administrativas, ni por los jueces, mediante la interpretación de la ley, para establecer que este tributo (o una parte de él) deba ser pagado por una *persona distinta* de aquella que señaló expresamente el Legislador. Una disposición administrativa o una hermenéutica judicial que concluyeran esto irían en contra de los principios de representación popular y de legalidad, en materia tributaria, tal como se desarrollarán en este concepto.

Por lo anterior, la Sala debe concluir que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 **no aumentó la cotización** para salud de aquellos afiliados a los regímenes exceptuados y especiales que fueran **pensionados o jubilados**, pues, si fuera así, el incremento habría tenido que ser asumido, necesariamente, por dichas personas, y no por los empleadores (que no tienen), como lo ordenó la ley. En consecuencia, tal aumento solo pudo haberse generado para la cotización de los empleados o trabajadores vinculados a los mismos regímenes.

Aclara la Sala que esta situación no es igual para los pensionados del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubiertos por la Ley 100 de 1993, pues, en relación con ellos, la primera parte del artículo 10 de la Ley 1122 (que modificó el inciso primero del artículo 204 de la Ley 100) impuso una tarifa igual y general del 12.5%, sin distinguir entre empleados, pensionados e independientes.

Además, a estos pensionados les resulta aplicable lo previsto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente que «[l]a 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».

Finalmente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-838 de 2008, con la que resolvió sobre las objeciones presentadas por el Presidente de la República contra el Proyecto de Ley n.º 026 de 2007, Senado - 121 de 2007, Cámara, que se convirtió en la Ley 1250 de 2008, mencionó que el incremento en la tasa de cotización para salud, del 12% al 12.5%, había resultado también aplicable a los pensionados, con cargo a sus propios ingresos, por lo que el Legislador quiso remediar esta situación, bajando de nuevo el porcentaje al 12%. Lo explicado por la Corte en dicha providencia debe entenderse referido a los pensionados vinculados al régimen contributivo en salud, y no a los afiliados a otros sistemas, pues, como se verá más adelante, fue a los primeros a quienes el artículo 1 de la Ley 1250 redujo la cotización a salud, para que continuara siendo del 12%, como se explicará a continuación.

4.3. La modificación realizada por la Ley 1250 de 2008 respecto del monto de la cotización de los pensionados

El artículo 1 de la Ley 1250 de 2008⁴⁸ adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, con la finalidad de reducir nuevamente la cotización de los pensionados al régimen contributivo en salud, del 12,5% al 12%, así:

Artículo 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones

[...]

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, ~~la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008~~⁴⁹. [Negrilla fuera de texto].

⁴⁸ 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 párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6o de la Ley 797 de 2003.

La Sala revisará, a continuación, las modificaciones que la citada ley introdujo en la obligación de cotizar al sistema, por parte de los pensionados, así como los antecedentes legislativos de la misma.

4.3.1. Antecedentes legislativos

La Sala, al estudiar los antecedentes del proyecto de ley, encuentra que el propósito inicial del proyecto que el Gobierno radicó ante el Congreso, según fue explicado en la exposición de motivos, consistía en adicionar el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la reforma introducida mediante el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 había generado «un impacto en el ingreso de los pensionados, cuya mesada pensional se encuentra alrededor de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, sin que la mesada pueda aumentarse, más allá del incremento anual previsto por la ley».

Para remediar este impacto en los ingresos de los pensionados que reciben alrededor de un salario mínimo, el Gobierno planteó, inicialmente, redistribuir el incremento en las cotizaciones, de manera que los pensionados que perciben mesadas altas lo asumieran en mayor proporción que aquellos que solo recibían mesadas iguales o cercanas al salario mínimo. Así, se mantenía indemne el propósito de la Ley 1122 de 2007, de incrementar globalmente las contribuciones parafiscales al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de extender su cobertura, hasta hacerla universal, pero no se afectaban las mesadas de los pensionados de bajos ingresos, tal como se consignó en la Gaceta del Congreso n.º 345 del 26 de julio de 2007:

Para las mesadas pensionales que no superen un (1) salario mínimo legal mensual será del 12,0% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a un (1) salario mínimo legal mensual y menores o iguales a dos (2) salarios mínimos legales mensuales será del 12,2% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales y menores o iguales a tres (3) salarios mínimos legales mensuales será del 12,3% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a tres (3) salarios mínimos legales mensuales y menores o iguales a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales será del 12,5% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales y menores o iguales a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales será del 12,6% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales y menores o iguales a diez (10) salarios mínimos legales mensuales será del 12,7% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y menores o iguales a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales será del 12,8% del ingreso base de cotización, para mesadas superiores a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales y menores o iguales a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales será del 12,9% del ingreso base de cotización y para mesadas superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales será del 13,0% del valor del ingreso base de cotización.

El propósito que perseguía el Gobierno con la anterior propuesta legislativa era el siguiente, según lo explicado en la respectiva exposición de motivos:

El Gobierno Nacional presenta a consideración del honorable Congreso una adición al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al ser modificado dicho artículo

⁴⁹ Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-430 de 2009, con efectos desde la fecha de promulgación de la ley, es decir, el 27 de noviembre de 2008.

mediante la Ley 1122 de 2007, incrementando en 0.5 puntos la cotización para el Régimen Contributivo de Salud, se generó un impacto en el ingreso de los pensionados, cuya mesada pensional se encuentra alrededor de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, sin que la mesada pueda aumentarse, más allá del incremento anual previsto por la ley.

[...]

Así, los pensionados cuyo IBC es la mesada pensional, deben a raíz de la entrada en vigencia de la citada Ley 1122 de 2007, cotizar el 12,5% de su mesada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El incremento en la citada cotización, tuvo por razón de ser contribuir en la financiación de la cobertura universal en salud, junto con otros mecanismos de financiación hoy establecidos en la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, resulta necesario modificar la norma frente a los pensionados cuya mesada pensional se encuentra alrededor de un salario mínimo legal mensual, quienes ven mermados sus ingresos al incrementar la cotización a salud en medio punto (0.5%), para un total del 12.5%.

Ahora bien, los recursos previstos para la ampliación de cobertura continúan siendo indispensables, por lo cual no resulta posible que este mayor valor que ahora se recauda deje de contribuir para la ampliación de cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es importante en este punto señalar que, en términos generales, los pensionados sólo ven incrementado su ingreso una vez al año, por el Índice de Precios al Consumidor, IPC, salvo quienes devenguen una pensión igual a un (1) salario mínimo legal mensual, quienes siempre mantendrán esta mesada, de manera que el incremento en la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud puede hacer neutro el incremento, o incluso puede llegar a implicar la pérdida de valor adquisitivo de la pensión, si el IPC resulta inferior al valor de los 0.5 puntos porcentuales que se han incrementado en la cotización.

No obstante lo anterior, como se indicó anteriormente, el mayor valor derivado del incremento en la cotizaciones, debe continuar ingresando a los recursos del Régimen Subsidiado de Salud, por lo que se propone redistribuirlo, entre aquellos pensionados que perciben las mesadas más altas, es decir entre la población pensionada que recibe mayores subsidios del Estado para el pago de su pensión, minimizando el impacto respecto de quienes tan sólo perciben una mesada pensional entre 1 y 3 salarios mínimos mensuales, cuyas mesadas promedio están entre \$511.685 y \$1.061.638. [Se resalta].

Visto lo anterior, se tiene que la finalidad del proyecto de ley presentado inicialmente era redistribuir del incremento entre los pensionados obligados a pagarla, proporcionalmente a la capacidad contributiva de cada uno de ellos.

Las Comisiones Séptimas Constitucionales conjuntas, que dieron primer debate al Proyecto de Ley número 026 de 2007 Senado, 121 de 2007 Cámara, así como las plenarias de la Cámara de Representantes y del Senado de la República aprobaron el artículo 1 del proyecto presentado por el Gobierno con una modificación, que consistió en exonerar a toda la población pensionada del incremento del 0.5% en las cotizaciones a salud para el régimen contributivo, dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.

[...]

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008.

En el presente caso, se evidencia que el Congreso decidió excluir a los pensionados del aumento del 0.5% de incremento en la cotización.

Sin embargo, esta reducción en la carga tributaria no hizo que los pensionados dejaran de contribuir al financiamiento de dicho sistema, especialmente en el régimen subsidiado, pues la cotización del 12% del ingreso base, con la que continuaron contribuyendo, involucra factores de solidaridad. En efecto, de las cotizaciones o aportes que debían pagar al Sistema de Salud, se debía seguir destinando el 1.5% a la subcuenta de solidaridad del entonces Fosyga, para ayudar a financiar el régimen subsidiado.

Debe recordarse, en todo caso, que los pensionados asumen, a su cargo, la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, y no solamente una proporción de ella, como sucede con los asalariados.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-838 de 2008, en la que revisó las objeciones presidenciales contra el Proyecto de Ley n.º 026 de 2007, Senado, y 121 de 2007, Cámara, que se convirtió en la Ley 1250 de 2008, señaló:

[...] las razones que llevaron al Congreso a limitar el alcance del principio de solidaridad en relación con la obligación de los pensionados de contribuir a su universalización, encuentran apoyo en consideraciones que tienen importancia constitucional. Ciertamente, dichas razones apuntaron al reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que por regla general se encuentra la población pensionada, que no forma parte de la población laboralmente activa ni tiene acceso al mercado de trabajo, y que se encuentra en situación de debilidad por su edad⁵⁰, su condición de invalidez⁵¹, o por el fallecimiento de un familiar que proveía a su sustento⁵². Por tal razón, el Congreso quiso no afectar los ingresos de este grupo de cotizantes, liberándoles de aportar el 0.5% de incremento antes decretado. En este sentido durante el debate parlamentario se justificó así la modificación introducida por el Congreso:

“Si en la Ley 1122, lo que faltó fue aclarar la cotización en salud de los pensionados dentro del régimen contributivo, pues lo que debemos hacer en este proyecto de ley es dar la claridad correspondiente; por tal motivo, solicito que el artículo 10 de la Ley 1122 quede igual y que se incluya un parágrafo que defienda también los ingresos de los pensionados”⁵³. [Subrayas fuera del original].

A juicio de la Corte, este objetivo buscado por el Congreso de no afectar los ingresos de los pensionados encuentra soporte constitucional en aquellas normas superiores que dispensan protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13), como sucede justamente con quienes han sido acreedores al reconocimiento de una pensión. El logro de este objetivo justifica la atenuación del alcance del principio de solidaridad que se plasma en la disposición objetada, que

⁵⁰ [122] Pensión de vejez.

⁵¹ [123] Pensión de invalidez.

⁵² [124] Pensión de sustitución y pensión de sobrevivientes.

⁵³ [125] Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 127 de 2007 cámara, 26 de 2007 senado. Gaceta del Congreso 528 del 18 de octubre de 2007. Representante ponente: Pompilio Avendaño Lopera.

además no resulta desproporcionada, si se tiene en cuenta que, como se acaba de explicar, los pensionados aún así continúan contribuyendo a la financiación del Sistema de Salud de Salud Subsidiado, y en proporción aun mayor que la de los cotizantes asalariados, puesto que toda la cotización, equivalente al 12% del ingreso base, es asumida directamente por ellos y no compartida con los empleadores como sucede con los asalariados.

Así pues, la Corte concluye que al introducir la modificación al artículo 1o del proyecto de ley, que tendrá como efecto práctico exonerar a toda la población pensionada de la obligación de contribuir con un 0.5% adicional del ingreso base de cotización, lo que pretendió el Congreso fue restringir el alcance inicialmente dado al principio de solidaridad en la Ley 1122 de 2007, para dar eficacia a una de las manifestaciones constitucionales del principio de igualdad, cual es el de proteger a las personas en situación de debilidad manifiesta. Sin embargo, la mencionada restricción no puede considerarse desproporcionada, por cuanto los pensionados continúan aportando a la financiación del Régimen subsidiado, a través del porcentaje de su cotización que se destina a tal efecto.

“En la discusión del artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 que modifica el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece monto y distribución de las cotizaciones del régimen contributivo de salud; la discusión se centró en que no se afectarían los ingresos de los trabajadores y que el incremento fuera producto de aportes por parte de los empleadores. Fue así que sin el apoyo de la Bancada del Partido Liberal se aprobó un incremento en la cotización del régimen contributivo de salud del 0.5% a cargo de los empleadores, pero disminuyendo en ese mismo porcentaje el incremento que se haría desde enero de 2008 en la cotización en pensiones.

“La discusión de la Bancada de Gobierno en esa oportunidad fue para no lesionar ni menoscabar los ingresos de los trabajadores; menos podría ser para disminuir los ingresos de los pensionados que hoy tal vez no tienen grupos de presión que defiendan sus intereses y menos fuerzas para hacerlos ellos mismos.

“Si en la Ley 1122, lo que faltó fue aclarar la cotización en salud de los pensionados dentro del régimen contributivo, pues lo que debemos hacer en este proyecto de ley es dar la claridad correspondiente; por tal motivo, solicito que el artículo 10 de la Ley 1122 quede igual y que se incluya un párrafo que defienda también los ingresos de los pensionados”⁵⁴. (Negritas y subrayas fuera del original).

Las palabras del ponente en el párrafo anterior son elocuentes cuando explican que el propósito de la modificación consistía en aplicar criterios **de igualdad entre trabajadores asalariados y personas pensionadas, de cara a la obligación de contribuir a la extensión de la cobertura del sistema** de Seguridad Social en Salud. **El Congreso quiso que, así como los trabajadores no se habían visto afectados por el incremento del 0.5% en la cotización, los pensionados tampoco lo fueran.** Y ello en atención a su situación de vulnerabilidad.

Esta justificación de la exención generalizada, a juicio de la Corte no solo no contradice el principio de igualdad, sino que antes bien lo realiza. Pretende aplicar iguales beneficios a dos grupos de la población cotizante que dependen económicamente de una asignación mensual fija, generalmente derivada de la relación laboral, sea ella el salario para los trabajadores activos, o la mesada pensional para los pensionados.

⁵⁴ [127] Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 127 de 2007 cámara, 26 de 2007 senado. Gaceta del Congreso 528 del 18 de octubre de 2007. Representante ponente: Pompilio Avendaño Lopera.

No obstante el Gobierno cuestiona también esta exención, porque a su juicio implica dar un trato diferente y favorable a los pensionados, frente a otro grupo de la población cotizante que también se hace cargo enteramente del porcentaje del ingreso establecido como cotización obligatoria: este otro grupo es el de los trabajadores independientes. Al parecer del Ejecutivo, este último grupo está en la misma situación de los pensionados y no resulta beneficiado de la misma exención.

Sin embargo, a juicio de la Corte los trabajadores independientes no se encuentran en la misma situación de hecho que los pensionados. Lo anterior, por cuanto, como se dijo anteriormente, **la población pensionada forma parte de aquel grupo de personas que según la Constitución merece protección especial dada su situación de debilidad manifiesta, bien por razones de edad en el caso de la pensión de vejez, de incapacidad física o psíquica en el caso de la pensión de invalidez, o de debilidad económica en el caso de la pensión de sobrevivientes.** Situación de debilidad en la que no se hallan los trabajadores independientes, y que justifica el trato dispar dispensado por el legislador a unos y otros.

Al respecto, **la Corte encuentra que ciertamente el legislador da el mismo trato a todos los pensionados**, sin atender a diversa capacidad contributiva de cada uno de ellos. No obstante, estimar que esta exoneración general no es posible, arguyendo que el principio constitucional de igualdad lo impide, equivale a desconocer dos cosas: (i) Que la soberanía tributaria del Congreso de la República le permite no sólo gravar una actividad o hecho demostrativo de capacidad contributiva, sino también desgravarlo, es decir derogar el impuesto o contribución, o conceder una exención general respecto del mismo, en atención a múltiples objetivos constitucionales, como puede ser el fomento de una actividad económica (C.P. Art. 334), o la aplicación de criterios de igualdad frente a otros grupos de contribuyentes, como sucede en este caso. (ii) Que el incremento del 0.5% en la contribución parafiscal llamada cotización a salud, aplicado sobre la mesada pensional como base de liquidación, corresponde a una forma de tributo proporcional, por lo cual pesa relativamente lo mismo dentro del ingreso de cada uno de los contribuyentes⁵⁵.

Por lo cual, la exención generalizada decretada, analizada desde el punto de vista de la proporcionalidad, **implica relevar a todos los pensionados de una carga que pesa relativamente igual dentro de cada mesada pensional.** Por todo lo anterior, la Corte descarta la violación del principio de igualdad dentro del grupo de los pensionados. [Negritas del texto original; subrayas añadidas por la Corte Constitucional].

Como puede verse, la Corte señaló que la reducción de la cotización de los pensionados, del 12,5% al 12%, constituía un beneficio tributario para estos, que no implicaba que dejaran de contribuir a la financiación del Sistema de Salud, en el régimen subsidiado, pues el porcentaje de aporte que se mantuvo (12%) incluía el componente de solidaridad de que se destina al citado régimen (1.5%). Es decir, que, a criterio de la Corte Constitucional, la disminución del 0.5% de la cotización a cargo de los pensionados no afectó el monto del aporte solidario que estos hacen, para contribuir a la universalización del sistema.

En ese sentido, la Corte enfatizó que, si bien la disminución del aporte limitaba el alcance del principio de solidaridad, esto se justificaba por la realización del principio de igualdad, pues los pensionados, dada la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran muchos de ellos, ameritaban un trato especial.

Se resalta lo señalado por la Corte, cuando señala que la modificación perseguida con el proyecto de ley era la de otorgar una «exención generalizada», es decir,

⁵⁵ [128] Recuérdese que el impuesto se denomina proporcional, progresivo o regresivo, cuando de las rentas altas absorbe relativamente "igual", relativamente "más" o relativamente "menos" que de las rentas bajas, respectivamente.

aplicable «a toda la población pensionada», respecto de la obligación de contribuir con un 0,5% adicional del ingreso base de cotización, regla que buscaba proteger a las personas de este grupo poblacional que se encuentran en condición de debilidad manifiesta.

Además, la Corte Constitucional señaló que, así como los trabajadores asalariados no se habían visto afectados por el incremento del 0.5% en la cotización para salud (pues este aumento fue asumido por los empleadores), tampoco deberían verse afectados los pensionados.

4.4. Modificación de las Leyes 1607 de 2012⁵⁶ y 1819 de 2016⁵⁷

El artículo 31 de la Ley 1607 de 2012 adicionó el párrafo 4 al referido artículo 204, para exonerar del pago de aportes al régimen contributivo de salud a las sociedades y personas jurídicas y asimiladas, que sean contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta exención fue reiterada por el artículo 65 de la Ley 1819 de 2016, y se encuentra incorporada, actualmente, en el artículo 114-1 del Estatuto Tributario.

Si bien estas normas establecen una exención tributaria, en relación con el pago de las cotizaciones al Sistema de Salud, no son determinantes para el análisis de esta consulta, pues: *i)* solo benefician a cierto grupo de contribuyentes del impuesto de renta; *ii)* no se refieren a los pensionados, sino solo a los trabajadores que devenguen hasta diez salarios mínimos, y *iii)* no afecta a los empleados ni a los pensionados, sino únicamente a cierta clase de empleadores.

Por tales motivos, las disposiciones citadas no modificaron el monto de la cotización que los pensionados y jubilados, afiliados a los regímenes exceptuados y especiales en salud, deben pagar al sistema de salud al cual se encuentran vinculados.

4.5. Modificación de la Ley 2010 de 2019⁵⁸

Ahora, es importante precisar que el inciso adicionado al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, debe entenderse tácitamente derogado por el artículo 142 de la Ley 2010 de 2019, que añadió el párrafo 5º a la misma disposición, y estableció el porcentaje de la cotización para salud de los pensionados del régimen contributivo, de acuerdo con el monto de la mesada pensional, así:

Artículo 142. Adiciónese el párrafo 5 al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Parágrafo 5o. La cotización mensual en salud al régimen contributivo a cargo de los pensionados para los años 2020 y 2021 se determinará mediante la siguiente tabla:

⁵⁶ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

⁵⁷ Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

⁵⁸ Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron [sic] la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones.

Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)	Cotización mensual en salud
1 SMLMV	8%
>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV	10%
>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV	12%
>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV	12%
>8 SMLMV	12%

A partir del año 2022, se aplicará la siguiente tabla:

Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)	Cotización mensual en salud
1 SMLMV	4%
>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV	10%
>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV	12%
>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV	12%
>8 SMLMV	12%

Como se observa, a partir de la entrada en vigencia de esta ley, los aportes que deben hacer al Sistema de Salud los pensionados afiliados al régimen contributivo no consisten ya en una tarifa fija e igual para todos, sino en diferentes tarifas variables, en proporción al valor de la mesada pensional recibida, conforme a un criterio de progresividad. Adicionalmente, el porcentaje cambiará, a partir del año 2022, para los pensionados que devengan mesadas de un salario mínimo legal mensual vigente.

Como se puede apreciar, en el recuento anterior, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 ha sufrido múltiples modificaciones y adiciones, las cuales se sintetizan en el siguiente cuadro:

Texto original de la Ley 100 de 1993	Modificación artículo 10 de la Ley 1122 de 2007	Adición artículo 1 de la Ley 1250 de 2008	Adición artículo 31 de la Ley 1607 de 2012 ⁵⁹	Adición artículo 142 de la Ley 2010 de 2019
ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12	ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización <u>al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o</u> salario base de cotización, el cual no	ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no	ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo	ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la

⁵⁹ Declarado exequible por la Corte Constitucional, por los cargos analizados, en la Sentencia C-465 de 2014.

<p>% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.</p>	<p>podrá ser inferior al salario mínimo. <u>La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de</u></p>	<p>podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno</p>	<p>del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).</p> <p>La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.</p>	<p>subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).</p> <p>La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.</p> <p>PARÁGRAFO 1. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley.</p> <p>PARÁGRAFO 2. Para</p>
<p>El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso</p>				

<p>anterior y su distribución entre el Plan de Salud Obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207 y la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación de que habla el artículo 222.</p> <p>PARÁGRAFO 1. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley.</p> <p>PARÁGRAFO 2. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en</p>	<p><u>2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).</u></p> <p>El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el Plan de Salud Obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207 y la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación de que habla el artículo 222⁶⁰.</p> <p>PARÁGRAFO 1. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de</p>	<p>Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).</p> <p><u>La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensada, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008⁶¹.</u></p> <p>PARÁGRAFO 1. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de</p>	<p>PARÁGRAFO 1. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley.</p> <p>PARÁGRAFO 2. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la</p>	<p>efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.</p> <p>PARÁGRAFO 3. Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.</p> <p>PARÁGRAFO 4. A partir del 1º de enero de 2014, estarán exoneradas de la cotización al Régimen Contributivo de Salud del que trata este artículo, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p><u>PARÁGRAFO 5. La cotización mensual en salud al régimen contributivo a cargo de los pensionados para los años 2020 y 2021 se determinará mediante la siguiente tabla:</u></p>
---	--	--	--	--

⁶⁰ Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 1995, confirmada en la Sentencia C-663 de 1996.

⁶¹ La expresión tachada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-430 de 2009.

<p>información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.</p> <p>PARÁGRAFO 3. Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.</p>	<p>Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley.</p> <p>PARÁGRAFO 2. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.</p> <p>PARÁGRAFO 3. Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo</p>	<p>esta Ley.</p> <p>PARÁGRAFO 2. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.</p> <p>PARÁGRAFO 3. Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.</p>	<p>cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.</p> <p>PARÁGRAFO 3. Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.</p> <p><u>PARÁGRAFO 4. A partir del 1º de enero de 2014, estarán exoneradas de la cotización al Régimen Contributivo de Salud del que trata este artículo, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementario s, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p>	<table border="1" data-bbox="1084 259 1391 799"> <thead> <tr> <th><u>Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)</u></th> <th><u>Cotización mensual en salud</u></th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td><u>1 SMLMV</u></td> <td><u>8%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV</u></td> <td><u>10%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV</u></td> <td><u>12%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV</u></td> <td><u>12%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>8 SMLMV</u></td> <td><u>12%</u></td> </tr> </tbody> </table> <p><u>A partir del año 2022, se aplicará la siguiente tabla:</u></p> <table border="1" data-bbox="1084 956 1391 1497"> <thead> <tr> <th><u>Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)</u></th> <th><u>Cotización mensual en salud</u></th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td><u>1 SMLMV</u></td> <td><u>4%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV</u></td> <td><u>10%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV</u></td> <td><u>12%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV</u></td> <td><u>12%</u></td> </tr> <tr> <td><u>>8 SMLMV</u></td> <td><u>12%</u></td> </tr> </tbody> </table>	<u>Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)</u>	<u>Cotización mensual en salud</u>	<u>1 SMLMV</u>	<u>8%</u>	<u>>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV</u>	<u>10%</u>	<u>>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV</u>	<u>12%</u>	<u>>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV</u>	<u>12%</u>	<u>>8 SMLMV</u>	<u>12%</u>	<u>Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)</u>	<u>Cotización mensual en salud</u>	<u>1 SMLMV</u>	<u>4%</u>	<u>>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV</u>	<u>10%</u>	<u>>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV</u>	<u>12%</u>	<u>>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV</u>	<u>12%</u>	<u>>8 SMLMV</u>	<u>12%</u>
<u>Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)</u>	<u>Cotización mensual en salud</u>																											
<u>1 SMLMV</u>	<u>8%</u>																											
<u>>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV</u>	<u>10%</u>																											
<u>>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV</u>	<u>12%</u>																											
<u>>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV</u>	<u>12%</u>																											
<u>>8 SMLMV</u>	<u>12%</u>																											
<u>Mesada pensional en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)</u>	<u>Cotización mensual en salud</u>																											
<u>1 SMLMV</u>	<u>4%</u>																											
<u>>1 SMLMV y hasta 2 SMLMV</u>	<u>10%</u>																											
<u>>2 SMLMV y hasta 5 SMLMV</u>	<u>12%</u>																											
<u>>5 SMLMV y hasta 8 SMLMV</u>	<u>12%</u>																											
<u>>8 SMLMV</u>	<u>12%</u>																											

	Nacional de Seguridad Social en Salud.			
--	---	--	--	--

5. Principio de legalidad de los tributos. Naturaleza jurídica de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud

5.1. El principio de legalidad de los tributos

La palabra «tributo» es un término genérico que abarca diferentes clases de exacciones dinerarias a favor del Estado, en desarrollo del deber que el artículo 95, numeral 9, de la Constitución Política impone a todas las personas, de «contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad».

El principio de legalidad de los tributos señala que solamente el Legislador ordinario, salvo algunas excepciones que establece la Constitución, está facultado para crear tributos. Este principio supone que tanto los contribuyentes como las autoridades administrativas y judiciales, al cumplir sus obligaciones, exigir sus derechos o ejercer sus potestades, en relación con la determinación, liquidación, declaración, pago y recaudo de los tributos, entre otros aspectos, deben sujetarse a los mandatos de la ley. Por lo tanto, no pueden modificar, sustituir, adicionar, corregir ni, en forma alguna, tergiversar o alterar lo dispuesto por el Legislador.

Es por esto que se ha dicho que el principio de legalidad en materia tributaria comprende dos aspectos principales, que algunos prefieren ver como principios, en sí mismos: *i)* la reserva de ley, es decir, el hecho de que solo el Legislador puede crear o autorizar la creación (en el caso de los tributos locales) de impuestos, tasas y contribuciones, y *ii)* el deber de sujetarse a la ley en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo cual exige que se tenga certeza sobre la determinación de los elementos esenciales del tributo.

Más allá del principio general de legalidad, que rige toda la disciplina del derecho administrativo, la legalidad en materia tributaria se relaciona, en sus orígenes, con el principio de la representación popular, que se expresa en el aforismo de la cultura inglesa conforme al cual no puede haber tributación sin representación⁶².

Sobre el significado y el alcance del principio de legalidad tributaria, y su relación con el principio de representación popular, la Corte Constitucional ha manifestado⁶³:

5. El principio de legalidad y certeza tributaria

5.1. El artículo 338 de la Constitución Política desarrolla el postulado de que no existe impuesto sin representación. Este precepto superior es así una expresión de los principios de representación popular y democrático representativo en el ámbito tributario, comoquiera que establece una restricción expresa, en el sentido que, salvo los casos específicos de potestad impositiva del Gobierno en los estados de excepción, solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos⁶⁴.

⁶² *No taxation without representation*. Se comenta que este principio tuvo su origen en la Carta Magna, de 1215.

⁶³ Sentencia C-594 del 27 de julio de 2010. Exp. N° D- 7978.

⁶⁴ “[11] Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C- 228 de 2010”.

De este modo, la norma constitucional, además de enunciar el principio de reserva legal en materia fiscal, objeto de posterior desarrollo, consagra el de legalidad tributaria que preside la creación de los gravámenes. En este sentido estipula que *“la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables, y las tarifas de los impuestos”*. [...]

5.2. Del principio de legalidad tributaria se deriva el de certeza del tributo, conforme al cual **no basta con que sean los órganos colegiados de representación popular los que fijen directamente los elementos del tributo, sino que es necesario que al hacerlo determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de esos componentes esenciales**. Esta exigencia adquiere relevancia a la hora de dar aplicación y cumplimiento a las disposiciones que fijan los gravámenes, pues su inobservancia puede dar lugar a diversas situaciones nocivas para la disciplina tributaria como son la generación de inseguridad jurídica; propiciar los abusos impositivos de los gobernantes⁶⁵; o el fomento de la evasión “pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y, por ende, en el cumplimiento de los fines del Estado⁶⁶”. [Negrillas de la Sala].

En la Carta Política, el principio de legalidad tributaria aparece reflejado en varias de sus disposiciones, entre ellas el artículo 150, numeral 12; el artículo 300, numeral 4; el 313, numeral 4; el artículo 338, y el 363.

El artículo 150, numeral 12, citado, dispone:

Artículo 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Los artículos 300, 313 y 338 recogen de manera más explícita el principio clásico de que no puede haber tributos sin representación, al preceptuar que únicamente los órganos colegiados de elección popular (Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos municipales o distritales) pueden establecer tributos en sus respectivos territorios, con la salvedad de que las asambleas y los concejos solo pueden hacerlo con sujeción a lo que disponga la ley que los autorice para ello (principio de legalidad). La expresión más diáfana de este principio se encuentra en el referido artículo 338, que dispone:

Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden

⁶⁵ “[12] Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 1995”.

⁶⁶ “[13] Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 2000”.

aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

Es pertinente agregar que el principio de legalidad de los tributos no es absoluto, pues la propia Constitución establece algunas excepciones puntuales: *i)* en los estados de excepción, el Gobierno Nacional puede establecer transitoriamente tributos (artículos 212, 213, 215⁶⁷ y 338⁶⁸); *ii)* en el caso de las tasas y las contribuciones, el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales pueden permitir que las autoridades administrativas fijen la tarifa de dichos tributos, con sujeción al sistema y al método para calcular los respectivos costos y beneficios, y a la forma de efectuar su reparto, que las mismas corporaciones públicas deben establecer (artículo 338); *iii)* el Gobierno Nacional está facultado para modificar los aranceles y tarifas concernientes al régimen de aduanas, de conformidad con la ley marco que en esta materia expide el Congreso (artículo 150, numeral 19, literal c, y artículo 189, numeral 25), y *iv)* por último, podría considerarse como una excepción parcial al principio de legalidad, mas no al de representación popular, la facultad que la Constitución confiere a las asambleas y los concejos para completar y precisar los elementos de los tributos locales que la ley cree o autorice, y para imponer su cobro en las respectivas entidades territoriales (artículos 300, numeral 4; 313, numeral 4, y 338).

5.2. Naturaleza jurídica de los aportes o cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud

Ahora bien, aun cuando puede ser relativamente fácil distinguir un impuesto de una tasa o una contribución, no siempre resulta sencillo diferenciar una tasa de una contribución, lo que ha dado lugar a múltiples controversias y no pocas contradicciones, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Debe señalarse que, conforme a la jurisprudencia constitucional, lo que determina que un tributo sea un impuesto, una tasa o una contribución, ya sea fiscal o parafiscal, no es el nombre que el Legislador le asigne cuando lo crea, sino la naturaleza y las características que la ley le atribuya.

Con respecto a la naturaleza jurídica de las cotizaciones para el Sistema de Salud, la Corte Constitucional ha afirmado que:

La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional [sic], pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional [sic] de seguridad social en salud.

Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo

⁶⁷ Estados de guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia económica y social, respectivamente.

⁶⁸ Interpretado *contrario sensu*.

obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

Según las características de la cotización en seguridad social, **se trata de una típica contribución parafiscal**, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional [sic], ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud⁶⁹. [Resalta la Sala].

Como conclusión de lo anterior, se tiene que las cotizaciones o aportes que pagan al Sistema de Salud tanto los empleadores como los empleados, los pensionados y los independientes son *tributos*, que se originan en la soberanía fiscal del Estado, y que buscan financiar la prestación de este servicio público a toda la población residente en el país, de acuerdo con los principios de universalidad y solidaridad. Específicamente, corresponden a la categoría de las *contribuciones* y, más concretamente, de las *contribuciones parafiscales*, pues los recursos que con ellas se obtienen no ingresan al presupuesto general de la nación, sino que entran directamente al Sistema General de Seguridad Social.

Ahora bien, como tributos que son, están sujetas plenamente a los principios de representación popular y de legalidad, de tal manera que, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo el Legislador ordinario puede establecer sus elementos esenciales, como son el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable o la tarifa (excepto que, en relación con esta última, autorice a la autoridad administrativa para fijarla, conforme al sistema y al método que el mismo Legislador establezca).

La consideración anterior resulta importante para efectos de interpretar adecuadamente, conforme a la Constitución Política, las normas legales que sirven de fundamento al presente concepto.

6. Conclusiones generales

Con base en las consideraciones expuestas en los acápites anteriores, la Sala extrae las siguientes conclusiones generales, sobre las cuales se basará para responder las preguntas formuladas en esta consulta:

- i) Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política disponen que la Seguridad Social, en su componente de atención en salud, es un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se realiza bajo la organización, dirección y regulación del Estado.
- ii) La obligación de afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud es de carácter general y cubre a todos los habitantes, sin distinciones de ninguna clase, y su cumplimiento se realiza a través de los regímenes contributivo y subsidiado previstos en la Ley 100.
- iii) Los regímenes exceptuados en salud están señalados taxativamente en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dichos sectores excluidos del Sistema

⁶⁹ Corte Constitucional sentencia C-577/95 del 4 de diciembre de 1995.

General de Seguridad Social en Salud en Colombia son: *i)* las Fuerzas Militares y de Policía, *ii)* El personal civil al servicio de las Fuerzas Militares y de Policía, vinculado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (diciembre 23 de 1993), *iii)* los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, *iv)* los servidores públicos y los pensionados de Ecopetrol, vinculados antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003.

iv) Los regímenes especiales en salud son aquellos que se han contemplado en leyes especiales, posteriores a la Ley 100, como lo es el régimen en seguridad social en salud de las universidades públicas.

v) El financiamiento del sistema contributivo en salud está determinado en el inciso 1, del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, que señala que, para el caso de los integrantes de los regímenes exceptuados y especiales, la contribución será de un punto cinco puntos (1.5) de la cotización, al igual que a los pensionados de estos regímenes, misma que se destinará al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, previsto para financiar el Régimen Subsidiado.

vi) La cotización prevista en el inciso primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable a quienes están afiliados al régimen contributivo en salud, también comprende a las personas independientes y pensionadas, quienes forman parte del sistema, en calidad de afiliados.

vii) Las modificaciones realizadas al artículo 204 de la Ley 100 no pretendieron igualar la tarifa de la cotización que deben pagar, para salud, los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los vinculados a los regímenes exceptuados y especiales, pues estos últimos pueden tener (y tienen, de hecho) tarifas diferentes.

viii) Independientemente de la tarifa de la cotización que hubiera resultado a cargo de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales, y de sus respectivos empleados luego del incremento del 0.5% decretado por la Ley 1122, el 1.5% de dicha contribución debe destinarse a la financiación del régimen subsidiado en salud, a través de la subcuenta de solidaridad.

ix) La Ley 1122 de 2007 estableció que el aumento del 0.5% de las cotizaciones de los afiliados a los regímenes exceptuados y especiales estaría «a cargo del empleador», por lo tanto, el referido incremento no cobijó a los pensionados vinculados a los citados regímenes de salud.

x) Los aportes o cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social constituyen contribuciones parafiscales y, por lo tanto, tributos.

xi) A los pensionados del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el artículo 10 de la Ley 1122 (que modificó el inciso primero del artículo 204 de la Ley 100) impuso una tarifa igual y general del 12.5%, sin distinguir entre empleados, pensionados e independientes.

xii) La reducción en la carga tributaria no hizo que los pensionados dejaran de contribuir al financiamiento de dicho sistema, especialmente en el régimen subsidiado, pues la cotización del 12% del ingreso base con la que continuaron contribuyendo, involucra factores de solidaridad. En efecto, de las cotizaciones o aportes que debían pagar al Sistema de Salud, se debía seguir destinando el 1.5% a la subcuenta de solidaridad del entonces FOSYGA, para ayudar a financiar el régimen subsidiado.

xiii) Las cotizaciones o aportes que pagan al Sistema de Salud tanto los empleadores como los empleados, los pensionados y los independientes son *tributos*, que se originan en la soberanía fiscal del Estado, y que buscan financiar la prestación de este servicio público a toda la población residente en el país, de acuerdo con los principios de universalidad y solidaridad. Específicamente, corresponden a la categoría de las *contribuciones* y, más concretamente, de las *contribuciones parafiscales*, pues los recursos que con ellas se obtienen no ingresan al presupuesto general de la nación, sino que entran directamente al Sistema General de Seguridad Social.

xiv) Las contribuciones parafiscales, como tributos que son están sujetas plenamente a los principios de representación popular y de legalidad, de tal manera que, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo el Legislador ordinario puede establecer sus elementos esenciales, como son el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable o la tarifa (excepto que, en relación con esta última, autorice a la autoridad administrativa para fijarla, conforme al sistema y al método que el mismo Legislador establezca).

En el presente concepto,

III. LA SALA RESPONDE:

1. ¿La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, es aplicable a los pensionados de los regímenes de excepción y especiales, que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales?

No. Conforme a lo explicado en este concepto, la reducción de la cotización para salud, del 12.5% al 12%, efectuada por la Ley 1250 de 2008, solo benefició a los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es necesario aclarar, sin embargo, que lo anterior no significa, de manera alguna, que la tarifa de la cotización que deben pagar los pensionados afiliados a los regímenes exceptuados y especiales en salud sea o haya *continuado siendo* del 12.5%, pues: *i)* ninguna norma legal ha establecido que esta sea o haya sido la tarifa aplicable, por regla general, a los aportes o cotizaciones que deben pagar, por concepto de salud, los afiliados a tales regímenes excluidos y especiales, y *ii)* como se explica en este concepto, no puede interpretarse que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 haya incrementado, en el 0.5%, la cotización que estuvieran obligados a pagar, en ese momento, los afiliados a los regímenes de salud exceptuados y especiales.

Por lo tanto, la tarifa de los aportes que deben pagar los pensionados afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales es aquella que determinen, para cada régimen en particular, las normas que lo regulan, anteriores o posteriores a la Ley 100 de 1993 (según el caso), sin que dichas tarifas puedan entenderse incrementadas por la Ley 1122 de 2007, ni reducidas por la Ley 1250 de 2008.

2. ¿La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, conllevó a la disminución del aporte solidario de 1,5 puntos a 1 punto para los pensionados del Sistema General de

Pensiones y de los regímenes de excepción y especiales, que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales?

No. La reducción de la cotización al Sistema de Salud, del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, no conllevó a una disminución del aporte destinado a la subcuenta de solidaridad, para contribuir a la financiación del régimen subsidiado de salud, del 1.5% a 1%, ni para el caso de los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ni para el de los pensionados afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales.

Como se ha desarrollado en este concepto, el valor del aporte solidario mencionado (1.5%), es independiente de la reducción en el porcentaje de la cotización para el régimen contributivo de salud, efectuada por la Ley 1250 de 2012, y también es independiente del monto de la cotización que se aplique a los afiliados (pensionados o no) a los regímenes exceptuados y especiales.

Dicho aporte está previsto **actualmente** en los artículos 204 y 214 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 45 de la Ley 1428 de 2011 y en el artículo 2.6.4.2.1.1 del Decreto (reglamentario) 780 de 2016, como una de las fuentes de financiación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Remítase al ministro de Salud y Protección Social, y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Consejera de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala