



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá, D.C., abril veinticuatro (24) de 2007

Radicación: 1806

Número: 11001-03-06-000-2007-00009-00

Referencia: Alcance del artículo 10 de la ley 1122 de 2007. Incremento en la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud aplicable a los trabajadores **independientes y pensionados**

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, formula consulta a la Sala sobre el alcance del artículo 10 de la ley 1122 de 2007, en particular sobre la viabilidad jurídica de aplicar el porcentaje del incremento del monto de la cotización al sistema de seguridad social en salud a los trabajadores independientes y pensionados, en los siguientes términos:

“1. ¿El incremento en la cotización al sistema general de seguridad social en salud es de carácter general y por ello debe ser cubierto por todos los afiliados al régimen contributivo del sistema, independientemente de quien asuma el mayor valor?

2.- En caso de que la respuesta anterior fuere positiva ¿El mayor valor de la cotización para quienes carecen de empleador sigue las reglas generales y debe ser asumida en un 100% por el afiliado?

3.- En caso de que la respuesta a la primera pregunta fuere negativa ¿Qué grupos de afiliados están obligados a él?

4.- Si el incremento sólo está destinado a aquellos grupos de población que están obligados a cotizar al sistema general de pensiones ¿Las personas no obligadas a cotizar al sistema general de pensiones están exoneradas del incremento en la cotización al sistema general de seguridad en salud?

Como antecedente de la consulta, el señor Ministro señala que aunque el artículo 10 de la ley 1122 de 2007 fue claro al establecer que el incremento de la cotización para el sistema de seguridad social en salud pasó del 12% al 12.5% y consagrar que ese medio punto adicional sería asumido por los empleadores y no por los trabajadores, existen algunas dudas de interpretación en torno al aumento del aporte para los pensionados y trabajadores independientes.

La entidad consultante manifiesta que alrededor del tema se han planteado dos posiciones, la de quienes consideran que el incremento del 0.5% al sistema de seguridad

social en salud está dirigida exclusivamente a los trabajadores dependientes que pertenezcan al sistema general, especial y de excepción consagrados en la ley 100 de 1993, y no cobija a otros grupos de afiliados obligatoriamente al sistema; y una segunda, según la cual el incremento de la cotización es general y debe seguir las reglas establecidas en las leyes que regularon el sistema general de seguridad social en salud, es decir, en el caso de los trabajadores independientes y pensionados, el aumento debe estar en su totalidad a cargo del afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de establecer el alcance de las reformas introducidas en materia de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS- por la ley 1122 de 2007, es preciso referirse a las disposiciones legales consagradas en la ley 100 de 1993 que creó dicho sistema y específicamente a las reglas aplicables en materia de afiliación y cotizaciones.

1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Carta, la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el fin de garantizar el derecho irrenunciable de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

Este régimen está conformado por el sistema general de pensiones, el sistema de seguridad social en salud, el sistema de riesgos profesionales y el sistema de servicios sociales complementarios¹.

En particular, la ley 100 de 1993 al regular el sistema general de seguridad social en salud y la prestación de éste servicio público esencial, consagra, entre las reglas aplicables al mismo, la “afiliación obligatoria” de todos los habitantes, en los siguientes términos:

Prevé el artículo 153 de la ley 100:

“Artículo. 153.- Fundamentos del servicio público. *Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes: (...)*

“Obligatoriedad. *La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago (...)*”.

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.

Al respecto, disponen los artículos 201 y 202 de la ley 100 de 1993:

“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”.*

¹ Ley 100 de 1993. Artículo 8º.

“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 ibídem prevé que serán afiliados al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 de la misma ley, el cual prevé:

“1. (...) las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos², 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.”³

En los mismos términos el artículo 155 de la ley 100 dispone que los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados son integrantes del sistema general de seguridad social en salud. En todos los casos el derecho de afiliación es correlativo a la obligación de cotizar o aportar al sistema en el monto que para estos efectos determine el legislador, máxime cuando una parte de los recursos que por este conducto se recaudan, están destinados al fondo de solidaridad y garantía, con el fin de financiar el régimen subsidiado de salud, al cual pertenece la población sin capacidad de pago para cubrir el monto de la cotización.

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

El artículo 204 de la ley 100 de 1993 fijó el monto de la obligación de cotización aplicable **a todos** los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, que pertenecen al régimen contributivo, 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.*⁴

*(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)*⁵.

² Corte Constitucional. C-711 de 1998.

³ Corte Constitucional. C-663 de 1996. *“No aparece comprometido ni resquebrajado el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores independientes con capacidad de pago, por el hecho de que la Ley 100 de 1993 los haya incluido dentro de una de las categorías de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto la afiliación contemplada por el legislador no es un elemento exclusivamente ligado a la libre opción individual de asegurar o no los propios riesgos sino una forma razonable de vincular a quienes precisamente gozan de capacidad de pago al eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social, merced a su contribución. Eso es lo propio del Estado Social de Derecho y lo que resulta de la función que el Constituyente ha encomendado a las autoridades de la República, las cuales deben “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Es la propia Constitución, la que consagra paladinamente la proposición de la cual se queja el demandante, es decir, la de que la seguridad social se garantice “a todos los habitantes”, como derecho irrenunciable”.*

⁴ Inciso modificado por la ley 1122 de 2007

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de diciembre 4 de 1995. Inciso declarado inexecutable.

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 1998⁶, modificado por el decreto 1703 de 2002⁷, 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, precisamente porque no tienen ningún tipo de vínculo laboral con base en el cual se pueda distribuir dicha obligación a un tercero, como tampoco existe norma expresa en la ley 100 que permita trasladar esta obligación a la parte contratante cuando dichos afiliados celebran contratos 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 su obligación y la distribución de las cargas, en la Sentencia C-560 de 1996, manifestó:

“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

⁶ Decreto 806 de 1998.- 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 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 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.

⁷ Decreto 1703 de 2002. Capítulo V. *De 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 7o. del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002 en materia de afiliación de miembros adicionales del grupo familiar.*

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 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 en su totalidad a su cargo. Sobre este particular dispone el artículo 143 de la ley 100 de 1.993:

“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.

“Parágrafo transitorio.- Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al seguro de IVM y hasta el momento de la cuota patronal.”⁸ (Negrilla fuera del texto original).

De este modo 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, que como se pudo apreciar en el capítulo anterior hacen parte del sistema, en su calidad de afiliados.

En relación con la aplicación a los pensionados de la regla general consagrada en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, el legislador en norma especial de transición, reconoció el derecho a un reajuste mensual de su pensión, por efectos de la elevación en la cotización para salud derivada de la aplicación de esta ley, a quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte.

⁸ 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”.

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 con respecto a los trabajadores independientes con capacidad de pago y a los pensionados.

3. Ley 1122 de 2007. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

La ley 1122 de 2007 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 que éste se inserta.

Dispone el artículo 10 de la ley 1122 de 2007, en comentario:

“Artículo 10. Modifícase el inciso 1° 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%)”. (Negrilla fuera del texto original).

2.1. Antecedentes legislativos.

Lo primero que advierte la Sala 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 diez y siete (17) proyectos de ley, cuyas propuestas tenían diferente alcance.⁹ 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 contenido en el artículo 10 de la ley 1122 de 2007, tuvo origen en el proyecto de ley 67 de 2006 presentado ante el Senado, que lo promovió como un mecanismo para garantizar el derecho de todos los habitantes de acceder a la salud, al afirmar que el fortalecimiento de los mecanismos de

⁹ *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.*

financiación del sistema se traducía en la ampliación de los índices de cobertura para alcanzar la universalización del mismo.

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 sobre dicho artículo, se lee:

“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.”¹⁰

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”¹¹, que implicaba, en los precisos términos utilizados por el legislador, “profundizar y ampliar los niveles de solidaridad interna del actual sistema contributivo”¹² 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”**, y no sólo con los del sector asalariado o dependiente, que como se pudo apreciar anteriormente, constituyen sólo una categoría de afiliados a este régimen.

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”**¹³.

¹⁰ Gaceta del Congreso No. 286 del 11 de agosto de 2006.

¹¹ Gaceta del Congreso No. 485 del 26 de octubre de 2006.

¹² *Ibíd.* Página 3

¹³ Gaceta del Congreso No.510 del 3 de noviembre de 2006. Página 17

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 frente al pago de la cotización en 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 acumulado de ley disponían:

“Artículo 54.- Cotización de contratistas independientes o por presunción de rentas.- A fin de garantizar que estas personas y sus familias queden obligatoriamente afiliadas al régimen contributivo se establece lo siguiente:

a) *En los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural a favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría (...) la parte contratante deberá en forma obligatoria realizar la afiliación y pago de aportes al sistema. (...). Para tal efecto el valor del contrato correspondiente se mensualizará por el término del tiempo contractual y sobre el equivalente al 40% de la mensualidad inferida se calculará la cotización correspondiente del (...), la cual será pagada en dos terceras partes por el contratante y una tercera parte por el contratista. (...)*

b) *Los trabajadores independientes agrupados en organizaciones legalmente constituidas, cotizarán con base en el 12% de un valor determinado mediante presunción de ingresos que para tal efecto aplique la EAS con base en los factores y normas que define la CRSISALUD. El gobierno reglamentará el sistema de presunciones de ingreso con base en la información del nivel de educación, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. La Superintendencia Nacional de Salud establecerá el cruce de información con la DIAN para establecer y actualizar la base de datos de este grupo de afiliados.”*

“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.¹⁴*

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, en lo atinente a los recursos parafiscales que ingresan al sistema por concepto de cotizaciones o aportes, siempre incluyó los provenientes de sectores independientes y pensionados, en la medida en que en ella se trató de revisar lo concerniente a 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 presentada 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 dicha ponencia para segundo debate al proyecto de ley, se expuso:

¹⁴ Gaceta del Congreso 510, 514, 586 de 2006. Ponencia para primer debate proyecto de ley 02/06 Cámara y 040/06 Senado.

“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 (...)

“Con base en esta exposición, se incrementa el porcentaje de la cotización al régimen contributivo. Y se establece el porcentaje a cargo del empleador.”¹⁵

4. Aplicación general del incremento del monto de la cotización a trabajadores independientes y pensionados.

Los antecedentes legislativos reseñados en el capítulo anterior permiten a la Sala identificar como características de la reforma contenida en la ley 1122 de 2007, en relación con el incremento del monto de las cotizaciones, las siguientes:

- No modifica la estructura, ni el alcance del principio de solidaridad que informa el sistema general de seguridad social en salud creado por la ley 100 de 1993.
- Los dos regímenes, el contributivo y el subsidiado, se mantienen como fueron concebidos por el legislador de 1993. En consecuencia, la obligación de afiliación al régimen contributivo, de los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, permanece inmutable.
- El monto de la cotización aplicable a dicho régimen sigue siendo de carácter general, por ende, independiente de quien deba asumir el valor del incremento, esté cobija a todos los afiliados al mismo.
- El fortalecimiento del esquema financiero del sistema de seguridad social en salud de la ley 1122 de 2007, se funda en el incremento de los recursos que provienen del régimen contributivo en su conjunto y no solamente de un sector de sus afiliados –los trabajadores dependientes y sus empleadores–.

En consecuencia, el hecho de que en la ley aprobada no se hubiese especificado, para el caso de afiliados independientes y pensionados, quién debía asumir el medio punto de incremento en la cotización, no significa que para los afiliados independientes se hubiesen derogado las condiciones de cotización establecidas por el artículo 204 de la ley 100 de 1993.

Incluso, en concordancia con lo anterior, el artículo 18 de la misma ley regula el aseguramiento de los independientes cuando celebren contratos de prestación de servicios, con el fin de prevenir que eludan el cumplimiento de su obligación.

“Artículo 18. Aseguramiento de los independientes contratistas de prestación de servicios. *Los independientes contratistas de prestación de servicios cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral.*

Para los demás contratos y tipos de ingresos el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas, la región de operación, la estabilidad y estacionalidad del ingreso.

¹⁵ Gaceta del Congreso 562 del 23 de noviembre de 2006.

Parágrafo. *Cuando el contratista pueda probar que ya está cotizando sobre el tope máximo de cotización, no le será aplicable lo dispuesto en el presente artículo.”.*

Asimismo, la falta de especificación acerca de quien debía asumir el medio punto de incremento en la cotización, tampoco significa que en el caso de los pensionados, se hubiese derogado la regla general prevista en el artículo 143 de la misma ley, según la cual la cotización está totalmente a su cargo, pues éstos hacen parte del sistema de seguridad social en salud y en esa calidad están afiliados al mismo, con la obligación de cotizar.

En concordancia con lo expuesto, la Sala concluye que tanto los asalariados como los grupos de población con capacidad de pago, entre quienes se encuentran los trabajadores independientes y los pensionados, están obligados a contribuir a la universalización del sistema, a través de la cotización fijada por el legislador para quienes hagan parte del régimen contributivo; por lo tanto el incremento contemplado en el artículo 10 de la ley 1122 de 2007, debe ser asumido por éstos en su totalidad.

Finalmente, con respecto al incremento que los pensionados deben pagar en la cotización para salud, es importante observar que la ley 1122, a diferencia de lo dispuesto por el legislador en la ley 100 de 1993, no se pronunció sobre el derecho al reajuste de las pensiones con el fin de que los pensionados pudiesen atender el pago de dicho incremento, punto que debió ser materia de reflexión por parte del legislador, toda vez que afecta su poder adquisitivo al gravar con medio punto adicional su mesada pensional.

LA SALA RESPONDE:

1. El incremento en la cotización al sistema general de seguridad social en salud es de carácter general y por ello debe ser cubierto por todos los afiliados al régimen contributivo del sistema en la forma que determina la ley 100 de 1993.
- 2.- El mayor valor de la cotización que deben pagar los trabajadores independientes y los pensionados está a cargo del afiliado en un 100%.
- 3.- No se presenta la hipótesis que se plantea en la tercera pregunta formulada a la Sala.
- 4.-El incremento del medio punto en la cotización contemplado en el artículo 10 de la ley 1122 de 2007, no sólo está destinado a aquellos grupos de población que están obligados a cotizar al sistema general de pensiones, sino a quienes en calidad de pensionados están obligados a cotizar al sistema general de seguridad en salud.

Transcríbese al Señor Ministro de la Protección Social, y a la Secretaría Jurídica de la presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA
Conjuez

