

Bogotá D.C.,

08SE2019120300000009518 del 18 de marzo de 2019
Al responder por favor citar este número de radicado

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 02EE2018410600000031450 del 06 de junio de 2018 donde solicita respecto de: *“Una mujer mayor de 50 años debe afiliarse al SGSSI?, ¿una persona sin vinculo laboral ni de prestación de servicios de servicios debe afiliarse al SGSSI?”*.

Respetado Señor (a), reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud relacionada en el Asunto. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, *“Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo “*, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Caso concreto

En relación con sus inquietudes, nos permitimos señalar lo siguiente:

La Constitución Política establece en su Artículo 48 la **Seguridad Social** el cual se encuentra caracterizado como un **derecho irrenunciable prestacional y progresivo**, además de ser un servicio público esencial cuya prestación la podrán realizar entidades públicas o privadas, siendo sus recursos de naturaleza parafiscal es decir de destinación específica y por ello no se pueden utilizar para fines diferentes a ella.

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co





De conformidad con el mandato constitucional se expide la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.*”, que ratifica la naturaleza de derecho y servicio público irrenunciable, su artículo 6° prevé como objetivos del mismo entre otros, garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.

Así mismo, en el artículo 6 de la citada Ley se prevé:

“ARTÍCULO 6o. OBJETIVOS. *El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:*

1. *Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.*
2. *Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.*
3. *Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias*, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.*

En el Artículo 8° de la ley en comento, establece que el Sistema de Seguridad Social Integral, esta conformado por los regímenes generales establecidos para **pensiones, salud, riesgos profesionales** y los servicios sociales complementarios que se definen en esta ley.

Debe darse claridad, que el Derecho a la Seguridad Social en **Salud**, en un **derecho universal**, es decir garantiza la protección para **todas las personas**, sin ninguna discriminación, ya sea a través de cualquiera de sus dos **Regímenes Contributivo o Subsidiario en SALUD**.

Debe darse claridad, que las normas reglamentarias del Sistema General de Seguridad Social en **Salud**, no han establecido **condicionamiento alguno referente a la edad del cotizante**, que impida su afiliación como aportante independiente al régimen Contributivo o afiliado al Régimen Subsidiado.

Sin embargo, consideramos que es importante estar afiliado al sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de que se garantice el cubrimiento a las prestaciones económicas y asistencias en el Régimen Contributivo o las prestaciones asistenciales en salud en el régimen Subsidiado.



De ahí, que en el artículo Artículo 2.1.3.2 del Decreto 780 de 2016 por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” establece:

“Artículo 2.1.3.2 Obligatoriedad de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia, salvo para aquellas personas que cumplan los requisitos para pertenecer a uno de los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente.” (Subrayado Fuera de Texto).

Ahora bien, respecto de la obligatoriedad de afiliación al Sistema General en **Pensiones**, La Ley 797 de 2003 “*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.*”, señala:

En su artículo 3º, modificatorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece que serán afiliados al Sistema General de **Pensiones** los siguientes:

“1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de **contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes** y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Parágrafo 1º. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:

a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley;...” (Resaltado Fuera de Texto).

2. **“En forma voluntaria:** Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley”. (Resaltado y Subrayado Fuera de Texto).



“Artículo 4º. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen..” (Subrayado Fuera de Texto).

Así las cosas y teniendo en cuenta las normas precitadas entendemos que **durante la vigencia de la relación laboral** y/o del **contrato de prestación de servicios** es un deber efectuar cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas con base en el salario o ingreso que devengue.

Dicho de otra manera, la obligatoriedad de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones y por ende la de cotizar al Sistema, la tienen todas las personas residentes en el país, siendo Trabajadores Independientes, cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv).

En este contexto, la **Circular Externa 032 del 23 de Mayo 2007** expedida por el entonces Ministerio de la Protección Social, norma que conserva su vigencia en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 explica los demás eventos legales en los cuales existe excepción de cotizar a los regímenes pensionales tanto de prima media con Prestación Definida como de Ahorro Individual con Solidaridad y dice:

“En este sentido, se debe tener en cuenta que la Ley ha establecido los eventos en los cuales una persona no se encuentra obligada a afiliarse al Sistema General de Pensiones, siendo uno de los criterios de exclusión contar con determinada edad, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”.

Así, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida dicha excepción se encontrar reglamentada, en el artículo 2 del Decreto 758 de 1990, artículo vigente de acuerdo al inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 que establece: **ARTICULO 31 CONCEPTO (...)** *serán aplicables a este Régimen (Prima Media con prestación Definida) las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez, y muerte a cargo del instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta Ley”.*, a su vez, la Circular Conjunta 001 de 2005 del Ministerio de protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, establece que “Lo señalado por la Ley 100 de 1993 en este artículo (Refiriéndose al artículo 31), implica que se aplica el artículo 2 del Decreto 758 de 1990, relativo a que personas se encuentran excluidas del seguro de invalidez, vejez, y muerte “- Así el Decreto 758 de 1990 dispone:



“ARTÍCULO 2o. PERSONAS EXCLUIDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. <Ver Notas del Editor> Quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:

- a) Los trabajadores dependientes que al inscribirse por primera vez en el Régimen de los Seguros Sociales, tengan 60 o más años de edad;
- b) Los trabajadores independientes que se afilien por primera vez con 50 años de edad o más, si se es mujer, o 55 años de edad o más, si se es varón;

Con respecto al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, la norma que regula la exclusión del deber de cotizar a Pensión, él es Artículo 61 de la ley 100 de 1993 el cual dispone:

“ARTÍCULO 61. PERSONAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

- a. Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.
- b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

De conformidad con las citadas normas, las personas que han cumplido determinada edad y que estén imposibilitadas para completar las semanas necesarias para acceder a la pensión de (vejez), o que efectivamente hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez o de invalidez o se encuentren pensionados, no están obligadas a cotizar en los regímenes pensionales descritos.

No obstante, la H. Corte Constitucional desde una óptica garantista de los derechos a la Seguridad Social, Mínimo Vital y Vida Digna en la Sentencia T 861 de 2014 en forma similar a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia concluyó que **no existía imposibilidad para que una persona que haya accedido a la indemnización sustitutiva, pudiera seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con el propósito de pensionarse por otros riesgos diferentes al amparado por la indemnización reconocida**, frente a ello preciso:

“Sobre este asunto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 20 de noviembre del año 2007¹, estudió un caso similar al que se analiza por la Sala en esta ocasión.

(...)

¹ Radicación No.30123, MP. Camilo Tarquino Gallego



*“La Sala de Casación estimó que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiese recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. **Manifestó que, si bien, con base en lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, quedan excluidos del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, quienes hubiesen recibido la indemnización sustitutiva, no debe entenderse que se encuentran cobijados por dicha exclusión, quienes tienen la posibilidad de pensionarse por un riesgo distinto al que corresponde la indemnización sustitutiva.***

Así, señaló que si alguien recibe la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, no podría pensionarse por esa contingencia, pero sí podría hacerlo por un riesgo distinto, por ejemplo, por invalidez, sobre la base de que se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles. Lo contrario, conduciría al total desamparo del afiliado y el flagrante desconocimiento de los principios que irradian el derecho a la Seguridad Social.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, sostuvo en aquella oportunidad lo siguiente:

“A juicio de la Sala, no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.”

(...)

Dicha línea, fue reiterada de manera reciente por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencia del 19 de febrero de 2014, señaló:

(...)



Ahora bien, sobre el caso bajo examen, y el interrogante formulado para fijar su objeto, la Sala manifiesta que, bajo ciertas circunstancias, **no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado haya recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.** En efecto, si bien es cierto que, en principio –y según lo ha señalado esta Sala-, están excluidas del Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, las personas que hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, tal regla general no cubre aquellas personas que, como el demandante, continúan aseguradas para otro tipo de contingencias, con lo cual se abre la posibilidad de que ellas se beneficien de una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

Así lo expresó la Corte, en la sentencia referida por el Tribunal en su proveído (CSJ SL, 20 de nov. 2007, Rad. 30123) [...].

[...].

Consecuente con su reiterada postura, la Sala debe decir que, después de haberse concedido por el ISS una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, si el beneficiario de ésta continúa cotizando al Sistema para otras contingencias, no hay impedimento para que las semanas tenidas en cuenta para otorgar dicha indemnización se considere para reconocer otra prestación correspondiente a una contingencia diferente, como lo es el de invalidez².”

Del recuento jurisprudencial expuesto se concluye que, según las posición de la Sala de Casación Laboral de La Corte Suprema de Justicia, **una persona que ha recibido la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, puede continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, para efectos de pensionarse por un riesgo distinto a aquel por el cual se le reconoció la indemnización sustitutiva.** (lo subrayado y resaltado fuera de texto).

Así las cosas, quien recibe la devolución de saldos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o la indemnización Sustitutiva de la pensión de Vejez en el régimen Solidario de Prima Media con prestación Definida, acorde con la Jurisprudencia de las altas Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, debería continuar cotizando para el sistema de Pensiones con el fin de cubrir contingencias

² Radicación n° 46194, MP. Carlos Ernesto Molina Monsalve. En la misma sentencia, la Corte Suprema considera lo siguiente: “Tema que igualmente se trató en la sentencia de la CSJ SL, 25 marzo 2009, Rad. 34014, y que aplica, mutatis mutandi, al asunto bajo examen. También se hizo referencia a la misma posibilidad en sentencia más reciente, CSJ SL, 24 de mayo 2011, Rad. 39504, en la cual se puntualizó: Por último, se ha de precisar que la jurisprudencia de la Sala tiene establecido **que aún se haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, las semanas que sirvieron de base para su cálculo pueden ser tenidas en cuenta pero para efectos de una prestación por riesgo distinto como la invalidez o la muerte** (sentencias de 20 de noviembre de 2007, rad. N° 30123, ratificada en la de 25 de marzo de 2009, rad. N° 34014)”.



El empleo
es de todos

Mintrabajo

derivadas de otros riesgos diferentes por los cuales recibió la devolución de saldos o la Indemnización Sustitutiva, siendo una opción voluntaria del afiliado.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(ORIGINAL FIRMADO)

DENNYS PAULINA OROZCO TORRES

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a
Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Jorge E. Segura Revisó: Marisol P Aprobó: Dennys O

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co

