

000100

En cumplimiento de la función contenida en el numeral 1º del artículo 4º del Decreto 507 de 2013, de asesorar y apoyar en materia jurídica a las distintas dependencias de la Secretaría Distrital de Salud y de adelantar el análisis jurídico sobre temas propios de la Entidad y en aras de dar respuesta a las solicitudes, esta Oficina Asesora Jurídica se permite dar respuesta a la petición del asunto, mediante el presente concepto que emite, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES:

Mediante el radicado del Asunto, se solicita a esta Oficina emitir concepto sobre la obligación de seguir cotizando cuando ya se han cumplido los requisitos para tener el derecho a esta prestación.

Señala la solicitante que actualmente tiene en trámite ante el Fondo de Pensiones Porvenir solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez normal, razón por la que en su decir no se encuentra obligada a cotizar para pensión, por el contrato No. XXXX de 2019 con el cual se encuentra vinculada como contratista a esta entidad.

Adjunta certificación de Porvenir de fecha Noviembre 18 de 2019 informando que se encuentra en trámite actualmente la pensión de vejez normal de la solicitante ante esa administradora.

Así mismo, consulta verbalmente el supervisor a ésta Oficina, si puede validar la cuenta de cobro y aceptarla sin que la contratista cotice a pensión de acuerdo a su solicitud.

II. PROBLEMA JURÍDICO:

1.- ¿Existe obligación de continuar cotizando a pensión cuando se considera por la solicitante que ya tiene cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez?

2º.- ¿Puede el supervisor del contrato validar las cuentas de cobro mensuales y aceptarlas en adelante, sin que la contratista cotice a pensión de acuerdo a la solicitud de ésta?.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE.

La Ley 100 de 1993 sobre el tema consultado dispone lo siguiente:

“Artículo 15. Modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

*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.

También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se registrarán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley.

Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso...

Artículo 17. Modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. **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.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.

ARTÍCULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta 60 años de edad si es hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo.

PARÁGRAFO 1º. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrán en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley;
- d) El número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión:

e) Derogase el párrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

f). En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.

PARÁGRAFO 2º. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente Ley, se entiende por semana cotizada el período de 7 días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.

PARÁGRAFO 3º. No obstante el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

PARÁGRAFO 4º. A partir del primero (1º.) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

ARTÍCULO 59. Concepto. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título.

Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.

ARTÍCULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Las cuentas de ahorro personal, serán administradas por las entidades que se autoricen para tal efecto, sujetas a la vigilancia y control del Estado.

c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;

d) El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado Fondo de Pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora;

e) Las entidades administradoras deberán garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran;

f) El patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de la rentabilidad mínima de que trata el literal anterior y el desarrollo del negocio de administración del fondo de pensiones;

g) El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, en los términos de la presente Ley, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional;

h) Tendrán derecho al reconocimiento de bonos pensionales los afiliados al régimen que hayan efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente;

i) En desarrollo del principio de solidaridad, el Estado aportará los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes, y aquéllos cumplan las condiciones requeridas para el efecto;

j) El control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la Superintendencia Bancaria.

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 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 500 semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

ARTÍCULO 62. *Cotizaciones Voluntarias. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.*

ARTÍCULO 63. *Cuentas Individuales de Ahorro Pensional. Las cotizaciones obligatorias y voluntarias se abonarán a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Cada afiliado sólo podrá tener una cuenta.*

Las administradoras deberán enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas.

Las sumas existentes en las cuentas individuales de ahorro pensional, sólo podrán ser utilizadas para acceder a las pensiones de que trata este Título, salvo lo dispuesto en los artículos 85 y 89 de la presente Ley” (negrilla fuera de texto).

El Decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.3.1.1 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores.

En el caso del régimen solidario de prima media con prestación definida, la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener su pensión de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, a su cargo, para aumentar el monto de su pensión.

En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la obligación de cotizar cesa cuando se cause la pensión de invalidez o de sobreviviente o cuando el afiliado opte por pensionarse anticipadamente. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, en cuyo caso el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dura la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta dos (62) años de edad si es hombre” (negrilla fuera de texto).

Respecto de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social por parte de los contratistas del Estado, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, señala que:

“ARTÍCULO 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, **requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones** y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

(...) El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta...

PARÁGRAFO 1°. Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud,

pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación... (negrilla fuera de texto).

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre contratación con recursos públicos”, ha establecido lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. De los Aportes al Sistema de Seguridad Social. El inciso segundo y el parágrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así: “Artículo 41 (...) Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente” (negrilla fuera de texto).

El artículo 3º de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que estarán afiliados al Sistema General de Pensiones:

*“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**”* (negrilla fuera de texto).

El inciso 1º del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, señala que:

*“Artículo 23. Cotizaciones en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, **en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en 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 y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud...**”* (negrilla fuera de texto).

De otra parte, el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, previó como medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes, lo siguiente:

*“La celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios **estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al Sistema de Protección Social**, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional...”(negrilla fuera de texto).*

IV. ANÁLISIS JURÍDICO:

Se procede a estudiar y analizar la situación planteada por la contratista, encontrando que:

Como se señaló el Decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.3.1.1 dispone que: *“En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la obligación de cotizar cesa cuando se cause la pensión de invalidez o de sobreviviente o cuando el afiliado opte por pensionarse anticipadamente”.*

Como se observa la norma transcrita es específica y posterior para el Régimen de Ahorro Individual al cual pertenece la consultante, que establece 3 casos en los cuales puede “cesar” la obligación de cotizar al Régimen, como son:

- 1º.) Cuando se cause la pensión de invalidez,
- 2º.) Cuando se cause la pensión de sobreviviente, o
- 3º.) Cuando el afiliado opte por pensionarse anticipadamente.

Como lo manifiesta la contratista su trámite es el normal para pensión de vejez ante Porvenir; no encontrándose en ninguno de los eventos en que la Ley permite que cese la obligación de cotizar a éste Régimen.

De conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1833 de 2016, el considerar que se cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no está incluido dentro de los eventos en que cesa la obligación de cotizar para los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, por cuanto esta es la norma aplicable por ser posterior (al artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que es la norma general) y especial (para el Régimen de Ahorro Individual al que pertenece la contratista consultante).

No obstante lo anterior, tenemos de otro lado una serie de disposiciones legales que imponen el deber a la entidad pública contratante de verificar el cumplimiento de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos profesionales), so pena de incurrir en causal de mala conducta, siendo sujeto de investigación y sanción disciplinaria ante la omisión de este deber legal.

De otra parte, en el evento en que aplicara la norma general la sola afirmación del cotizante de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es insuficiente para que la entidad contratante a través del supervisor considere cumplidos los requisitos de Ley para acceder a la pensión de vejez. La única prueba fehaciente que le puede dar la certeza al

supervisor de que se cumplen los requisitos para la pensión es el acto del Fondo que reconoce la prestación al contratista.

Es así, que la única entidad o autoridad competente para determinar si el cotizante cumple con los requisitos legales *sine qua non* para acceder a la pensión de vejez por el Régimen de Ahorro Individual es el Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el contratista aportante.

Además, el contrato de prestación de servicios No. XXXX de 2019, acorde con la normatividad que regula la materia contempla la obligación para el contratista de cotizar al Sistema General de Seguridad Social Integral, en el modo y en los porcentajes establecidos por la Ley.

V. CONCLUSIÓN

Esta Oficina Asesora Jurídica, de acuerdo a lo antes expuesto, considera lo siguiente:

1.- ¿Existe obligación de continuar cotizando a pensión cuando se considera por la solicitante que ya tiene cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez?

De conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1833 de 2016, el considerar que se cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no está incluido dentro de los eventos en que cesa la obligación de cotizar para los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, por cuanto esta es la norma aplicable por ser posterior (al artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que es la norma general) y especial (para el Régimen de Ahorro Individual al que pertenece la contratista consultante).

Por tanto, si existe el deber de seguir cotizando al Sistema de Pensiones.

2º.- ¿Puede el supervisor del contrato validar las cuentas de cobro mensuales y aceptarlas en adelante, sin que la contratista cotice a pensión de acuerdo a la solicitud de ésta?.

La única entidad o autoridad competente para determinar si el cotizante cumple con los requisitos legales *sine qua non* para acceder a la pensión de vejez por el Régimen de Ahorro Individual es el Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el contratista aportante.

Por tanto, la entidad estatal a través del supervisor del contrato debe cumplir con su deber legal de verificar y exigir el cumplimiento de la obligación de cotizar al SGSS (salud, pensión y arl) hasta que se pronuncie el Fondo de Pensiones concediendo la pensión respectiva. En el entretanto, el contratista aportante debe en concepto de esta Oficina, continuar cumpliendo con la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA, no tiene efectos vinculantes, pudiendo ser acogido o no, tal como lo indica el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de abril de 2010. Radicación 11001 0324 000 2007 00050 01 C.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA al señalar: “Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra”.

Cordialmente,

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Luz Inés Sandoval E/Abogada OAJ

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**