

CONCEPTO 13970 DE 2009

(agosto 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

PARA: Doctora ISABEL CRISTINA MARTINEZ MENDOZA

Gerente Nacional de Atención al Pensionado

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficio GNAP 5568 de 2009 - Consulta Pensiones compartidas y aplicación del Decreto [510](#) de 2003

Respetada Doctora:

Acuso recibo del oficio de la referencia en el que solicita concepto jurídico relacionado con el tema de la compartibilidad pensional en tratándose de la situación de las Empresas Públicas de Medellín y de otra parte solicita información con relación a la debida aplicación del Decreto [510](#) de 2003 respecto de la viabilidad para realizar aportes retroactivos en el Sistema de Salud con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez, aclarando que para el efecto no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas en el Sistema Pensional por no haberse efectuado el pago correspondiente a Salud.

Sobre el particular es necesario hacer las siguientes precisiones:

Con relación al primer tema consultado, es menester recordar que de conformidad con el Decreto 3063 de 1989 aprobatorio del Acuerdo 044 del mismo año, una de las obligaciones del empleador versa sobre la inscripción oportuna al ISS de los pensionados por jubilación a su cargo cuando la prestación sea compartida, dado que dicho grupo poblacional se consideraba como afiliados forzosos al régimen de invalidez, vejez y muerte del Instituto.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 52 de la misma normativa, los empleadores que reconozcan pensiones de jubilación que deban ser compartidas o sustituidas en su totalidad por el ISS, una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas, deberán inscribir a los jubilados que se encuentren en estas condiciones en el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, inscripción que deberá efectuarse al día hábil siguiente a la fecha en que se reconozca la pensión de jubilación.

Así mismo, el artículo 53 del citado Decreto prevé que cuando el empleador no inscriba oportunamente ante el ISS a un jubilado suyo cuya pensión deba ser compartida, el Instituto procederá a hacerlo a solicitud de parte, sin perjuicio de las multas a que haya lugar y sin que sea viable efectuarlo en forma retroactiva, de donde se desprende que dicha afiliación no puede realizarse de manera oficiosa por parte del Instituto siendo de cargo del empleador el cubrimiento pleno de la obligación jubilatoria.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el marco jurídico puesto de presente y verificada la información fáctica puesta de presente, se advierte que aun cuando el empleador no efectuó en la oportunidad señalada en el artículo 52 del Decreto 3063 de 1989 la inscripción de los pensionados por jubilación al régimen de IVM del ISS, tal circunstancia no es óbice para que opere la compartibilidad de dichas pensiones dado que con posterioridad y a instancia de parte se realizó la afiliación al ISS a efecto de cumplir con el número mínimo de semanas para acceder a la pensión de vejez y en esa medida el ISS subroga en parte la obligación del empleador.

Vale la pena tener presente que la compartibilidad es un fenómeno jurídico que opera por mandato legal para las pensiones legales y las extralegales reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985 como se advierte de lo dispuesto en el Decreto [3041](#) de 1966 aprobatorio del Acuerdo 224 del mismo año, en el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto [2879](#) del mismo año y en el Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990⁽¹⁾, figura jurídica que como es bien sabido fue establecida con el objeto que el ISS subroga al empleador en parte de su obligación pensional primigenia; en esa medida, la entidad empleadora tiene la obligación de reconocer la prestación jubilatoria establecida en la Ley o Convención Colectiva⁽²⁾ y continuará cotizando al ISS hasta cuando el trabajador cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en cuyo momento el empleador solo asume el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión que reconoce el ISS y la que venía pagando como jubilación.

En cuanto a los tiempos a tener en cuenta para la pensión de vejez que reconoce el ISS en virtud de la compartibilidad, bajo la égida jurídica anotada se infiere que sólo pueden computarse aquellos aportes realizados en virtud de la afiliación bien como trabajador activo, ya como pensionado, como quiera que la “inscripción” o afiliación al ISS a efecto de compartir pensiones patronales surte efectos hacia el futuro, contrario sensu, no producirán efectos retroactivos.

Aunado a lo anterior, también podrán tenerse en cuenta los tiempos servidos sin afiliación al ISS, por mandato de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo [1](#) del Decreto 1160 del mismo año –aplicable por reenvío del artículo [45](#) del Decreto 1748 de 1995, normas que en una interpretación armónica señalan que en los casos de compartibilidad pensional con entidades del sector público considerados como empleadores del sector privado en virtud de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, todo el tiempo de servicios se tendrá en cuenta para el reconocimiento de una sola pensión que reconoce el Instituto de Seguros Sociales por efecto de la compartibilidad pensional, y que en tratándose del tiempo de servicios prestados éste se convalidará a través del traslado de la reserva actuarial correspondiente en los términos del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, en el marco de la convalidación de tiempos laborados y no cotizados por una empresa que omitió la afiliación al ISS de sus jubilados en razón de la compartibilidad pensional, en el concepto DJN-US [16283](#) del 15 de diciembre de 2008 esta Dirección expresó lo siguiente:

“(…) Para estos casos en los cuales se pretendan validar dichos tiempos sin afiliación- para efectos pensionales con total independencia si se trata de ciclos anteriores o posteriores a 1o de abril de 1994, el artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003 modificadorio del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que dicho cómputo es procedente siempre y cuando el empleador traslade el valor de la reserva actuarial a satisfacción de la entidad administradora, de modo que **es éste el único procedimiento legal admisible para que los empleadores omisos subsanen el incumplimiento de la obligación legal de afiliar a los trabajadores a un sistema de aseguramiento que les permita acceder a una pensión de vejez o a una pensión compartida de vejez en el caso de los jubilados una vez cumplidos los requisitos legales para el efecto**”.

En cuanto a la viabilidad para realizar aportes retroactivos en salud con el fin de convalidar aportes pensionales cuando estos no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez de acuerdo con lo ordenado en el Decreto [510](#) de 2003, dicho decreto en su artículo 3 señala lo siguiente:

“ARTÍCULO [3o](#). La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo”.

“La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

“PARÁGRAFO. Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del parágrafo primero del artículo [5o](#). de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo [18](#) de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos”.

“Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. **De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión y le serán devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos**”. RESALTADO NUESTRO

Como se observa de lo anterior, el segundo inciso del parágrafo de la norma en comentario señala claramente la consecuencia jurídica para el interrogante formulado, en el sentido de indicar que cuando la base de cotización de los aportes efectuados en salud y pensiones es diferente, aquellos aportes en pensiones que excedan los de salud no se tienen en cuenta para la liquidación de la pensión y serán devueltos al afiliado según la fórmula de cálculo para la indemnización sustitutiva para el caso del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Por lo anterior y en aplicación estricta de la norma en cuestión, cuando la prestación por vejez fue reconocida y hubo aportes a pensiones que no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión reconocida por mandato del Decreto [510](#) de 2003, estos deberían devolverse al afiliado bajo la fórmula que se utiliza para calcular la indemnización sustitutiva de donde se estimaría improcedente realizar aportes retroactivos al sistema de salud.

Empero, de acuerdo con las últimas directrices del Ministerio de la Protección Social a través de los cuales es viable el pago retroactivo de los aportes en salud con el objeto de convalidar semanas de cotizaciones en el Sistema Pensional, esta Dirección no evidencia óbice alguno para que una vez reconocida la pensión y pagados posteriormente los mayores valores en el Sistema de Salud proceda una reliquidación de la prestación.

Al respecto en el concepto DJN-US [14375](#) del 5 de octubre de 2006 esta Dirección tuvo la

oportunidad de pronunciarse sobre la viabilidad para pagar mayores valores adeudados al Sistema de Salud a efecto de convalidar semanas de cotizaciones en pensiones que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de una pensión, veamos:

“1. “Una persona que se encontraba afiliada como beneficiario en el Sistema de Seguridad Social en Salud en una EPS, y como cotizante en el Sistema General de Pensiones, puede pagar de manera retroactiva los aportes en salud, sobre la misma base que cotizaba para pensiones?. En el evento de ser esto posible ante quien se deben realizar los pagos y cuál sería el procedimiento a seguir?”

“R/ Al respecto, el Ministerio de Protección Social en el concepto jurídico 3539 del 21 de junio de 2006 absolvió a plenitud el tema materia de consulta en los siguientes términos: “(...) si la persona que debe tener la calidad de cotizante, se encuentra afiliada como beneficiaria compensada en el régimen contributivo, encontrándose en consecuencia vigente su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante el período en el que manifiesta su intención de pagar los aportes al régimen contributivo en salud en calidad de cotizante que por Ley debió efectuar, **la EPS en consideración a lo anterior, deberá proceder a recaudar los aportes y girarlos al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, conforme a las normas vigentes**”.

“Lo anterior frente a lo consultado quiere decir, que si una persona estaba afiliada como beneficiaria de otro cotizante en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al existir una afiliación como beneficiaria a la EPS, **esta entidad puede recaudar los aportes que la persona quiera efectuar para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el inciso 2º del parágrafo del artículo 3º del Decreto 510 del 5 de marzo 2003.**” (Subraya y negrilla nuestra).

“2. “Partiendo de la idea que estos pagos si se pueden hacer, con los periodos cancelados, se convalidarían las semanas que estaban afectadas por la omisión y podrán ser tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de pensiones de invalidez, vejez y sobrevivencia?”

“R/ Como se advirtió en el numeral anterior, las sumas que recaude la E.P.S. por concepto de aportes tienen por objeto el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, aclarando que dichas cotizaciones constituyen una sanción y en ningún caso podrán ser contabilizados por períodos de carencia en el Sistema de Salud como bien lo señala el memorando interno No. 2567 de 2004 de la Dirección General de Financiamiento del Ministerio de Protección Social.”

“3. “Pueden los beneficiarios de una pensión para sobrevivientes, de manera retroactiva pagar los aportes en salud del causante, quien cotizaba para pensión, lo anterior con el propósito de convalidar las semanas que les permitan acceder al reconocimiento de la pensión para sobrevivientes?”

“R/ Acudiendo a la hermenéutica del Ministerio de Protección Social en el concepto jurídico 3539 del 21 de junio de 2006, y habida consideración que el Decreto 510 de 2003 es reglamentario de disposiciones generales aplicables al Sistema General de Pensiones sin distinción sobre el tipo de pensión, es dable afirmar que los beneficiarios de un causante a quienes les fue negada la pensión de sobrevivientes por efecto del impago de aportes al Sistema de Salud según lo dispuesto en el citado decreto, podrán pagar retroactivamente la suma correspondiente a los períodos dejados de cancelar en el Sistema de Salud, para que se tengan en

cuenta los ciclos cotizados al Sistema Pensional con arreglo al procedimiento señalado por el Ministerio de Protección Social y bajo el entendido que el causante se encontraba afiliado al Sistema de Salud en el Régimen Contributivo como cotizante o beneficiario compensado, o como beneficiario en el Régimen Subsidiado de Salud”.

“4. “En el evento en que una pensión ya se hubiese solicitado y estos pagos se hicieren con posterioridad, la fecha de causación de la pensión se alteraría?”

R/ Con relación a este interrogante es necesario aclarar que la viabilidad para pagar retroactivamente aportes en salud para convalidar períodos en pensión bajo la óptica del Ministerio de Protección Social, no implica la modificación de la causación de la pensión de sobrevivientes, pues como es lógico, el hecho generador de esta prestación es la muerte del causante afiliado o pensionado“.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS
Director Jurídico Nacional

RAMG/odpm

Rad 7419

Compartibilidad y Decreto [510](#) de 2003

NOTAS AL FINAL:

1. V. Art. [16](#) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.
2. V. Arts. [16](#) y [18](#) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

