

CONCEPTO 16626 DE 2005

(octubre 12)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctora Sandra Patricia Quevedo R.

Jefe Departamento Nacional de Conciliación

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: GNR – DC - 2554

Damos respuesta a su consulta formulada mediante oficio de la referencia, respecto a la procedencia de que las Madres Comunitarias, Empleadas del Servicio Doméstico y Trabajadores Independientes, puedan realizar desafiliación retroactiva y la documentación requerida para dicho efecto.

Al respecto manifestamos:

En primer lugar, tratándose del tema de Madres Comunitarias, el literal C del artículo [16](#) del Decreto 1406 de 1999 clasifica como trabajador independiente a aquél que no se encuentre vinculado laboralmente a un empleador, mediante contrato de trabajo o a través de una relación legal y reglamentaria. Característica ésta dada por el Decreto 1791 de 1990 aprobatorio del Acuerdo No. 052 de 1990, a las Madres Comunitarias, al considerar que ellas contribuyen voluntariamente como miembros de la comunidad, en el desarrollo del programa de los “Hogares de Bienestar” realizando una actividad socialmente importante y necesaria para la comunidad, en los sectores más pobres del país a los cuales pertenecen.

El mencionado Decreto 1791 de 1990 en su artículo 7 establece que:

“El presente régimen de excepción se aplica a las madres comunitarias que, por no tener vinculación laboral con ninguna entidad pública o privada, no son afiliadas a otra entidad de previsión social o al mismo instituto a través del régimen general para los trabajadores asalariados u otro régimen especial”.

Armonizando los preceptos citados, podemos concluir, que las madres comunitarias para efectos de afiliación y recaudación de aportes se asimilan, por ministerio de la ley, a trabajadores independientes.

En segundo lugar, trataremos lo relacionado con las Empleadas del Servicio Doméstico, las cuales conforme al inciso 3o del párrafo del artículo [25](#) del Decreto 1406 de 1999, también se asimilan a trabajadores independientes para efectos de la recaudación de aportes; lo anterior en concordancia con lo establecido en el literal B del artículo 16 ibídem.

En tercer lugar, procederemos a estudiar a los Trabajadores Independientes así:

El Decreto 806 de 1998 en el inciso tercero del artículo [57](#) señala:

“El empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberá para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los períodos atrasados a la Entidad Promotora de Salud, la cual brindará atención inmediata”.

De otra parte, el artículo [43](#) del Decreto 1406 de 1999, señala:

“El traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una entidad promotora de salud, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, se hará efectivo a partir del momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS a la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliado”.

Agrega el artículo [60](#) del Decreto 1406 de 1999, que tanto empleadores como trabajadores independientes, deben pagar a la Entidad Promotora de Salud con la cual se encuentre en deuda la totalidad de los valores a su cargo, es decir, lo correspondiente a cotizaciones atrasadas, como los que se hayan ocasionado por intereses y sanciones si fueren procedentes, con el fin de poder obtener una nueva afiliación al Sistema.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta el concepto N.U.R.C. 8001.1.96640 del 16 de octubre de 2001 de la Superintendencia Nacional de Salud, que en la parte pertinente dice:

“Compartimos el criterio expuesto respecto a la dificultad que tienen los trabajadores independientes en cuanto a la demostración plena para la desafiliación retroactiva: sin embargo, ello no obsta para que el independiente siguiendo los principios generales de derecho pueda comprobar fuerza mayor que no pueda resistir y le haya impedido cotizar.”

Como se desprende de lo expuesto, una vez asimiladas tanto las Madres Comunitarias como las Empleadas del Servicio Doméstico, como Trabajadoras Independientes la desafiliación retroactiva no es procedente, a menos que compruebe “la fuerza mayor irresistible”, de que habla el ente vigilante, por lo cual podría eventualmente y según las pruebas que se aporten ordenarse la desafiliación retroactiva, de lo contrario deberá cancelar la deuda correspondiente.

Por último, analizaremos en que consiste la fuerza mayor irresistible, partiendo de su concepto; para lo cual la Ley 95 de 1890 artículo 1o., lo define en los siguientes términos:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público ". (subrayado fuera de texto).

La Jurisprudencia se ha pronunciado de manera reiterada sobre la misma materia, de donde se destaca lo siguiente:

"Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1o de la ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito...

Si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de

los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989.". (subrayado fuera de texto).

En cuanto al alcance de los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, ha señalado la jurisprudencia:

"La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. (...) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 13 de 1962. Estos criterios fueron reiterados mediante sentencia de la misma Sala de la Corte, en sentencia de mayo 31 de 1965.". (Hemos subrayado).

"...[la] imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 27 de 1974....." (subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, se concluye, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito:

- a) En cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito.
- b) Los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser alegados y probados por quien los invoca. Es decir, la carga de la prueba la debe soportar quien invoca tales hechos y no quien debe valorarlos.
- c) Debe tratarse de hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su

previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente.

d) No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.

e) Los hechos no deben ser atribuibles a la culpa, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca.

Teniendo en cuenta lo antes señalado en el sentido de que no es posible jurídicamente catalogar de antemano un posible hecho como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito y que dependiendo de ello se generan los criterios para determinar la responsabilidad, atentamente sugerimos analizar cada caso una vez se presente, para lo cual se deberá observar los hechos particulares que rodearon y que pueda justificar la falta de pago de sus obligaciones parafiscales.

Ahora bien, en cuanto a la desafiliación al Sistema General de Pensiones, en aplicación de los artículos [19](#) de la Ley 100 de 1993 concordante con el artículo [28](#) del Decreto 692 de 1994, todos los trabajadores independientes eran afiliados voluntarios al Sistema de Pensiones y en consecuencia responsables por la totalidad de su cotización, por lo que estaban facultados legalmente a decidir si pagaban o no sus aportes a este Sistema, sin que fuera necesario presentar novedad de retiro, pero sólo se le tendrían en cuenta para su historia laboral, aquellos períodos pagados con el IBC correcto conforme a las normas vigentes, y en forma oportuna.

Con la Ley 797 de 2003, la anterior clasificación varió sustancialmente, como lo explica el artículo [30](#) de ésta misma Ley modificatorio del artículo [15](#) de la Ley 100 de 1993.

Dispuso este último texto legal que a partir de su vigencia, existen dos clases de afiliados al Sistema General de Pensiones, los obligatorios y los voluntarios, dentro de los primeros se encuentran:

En forma obligatoria, entre otros, 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.

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.

Dentro de esta última clasificación se encuentran los trabajadores independientes cuyos ingresos no estén derivados de un contrato de prestación de servicios o de cualquiera otra modalidad con una entidad Estatal o del sector privado, ni pertenezcan al grupo de población amparada por un subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional quienes conservan la posibilidad de decidir si pagan o no su aporte a este Sistema.

En cuanto a la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social de las personas naturales que ejecutan contrato de prestación de servicios, el inciso 1o del artículo [23](#) del Decreto 1703 de 2002, señalaba que en los contratos en donde este 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 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.

De otra parte, el artículo [4](#) de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993 señala que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deben efectuarse las 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.

A su vez, el artículo [10](#) del Decreto 510 de 2003, establece que de conformidad con lo previsto por el artículo [15](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [3](#) de la Ley 797 de 2003, las personas naturales que prestan 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, deberán estar afiliados al Sistema General de Pensiones y su cotización deberá corresponder a los ingresos que efectivamente perciba el afiliado.

Así mismo, el segundo inciso del artículo [3](#) del Decreto 510 de 2003, determina que la base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas y expuesto lo anterior, se tiene que el artículo [4](#) de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993, al determinar que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios se estará en la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones está modificando tácitamente lo previsto en el Decreto [1703](#) de 2002, ya que la Ley [797](#) de 2003 no fija un plazo determinado después del inicio del contrato para que surja el deber de cotizar, por tal razón, independientemente de la duración del contrato, siempre el contratista estará en la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones teniendo en cuenta para ellos los parámetros establecidos en el artículo [10](#) del Decreto 510 de 2003, durante la vigencia del contrato.

Finalmente, frente a la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales de los trabajadores independientes, entendiéndose como tales: toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, se tiene que dicho aspecto ha sido reglamentado como voluntario a través del Decreto 2800 de 2003, es decir, siendo la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales por parte de los contratistas voluntaria, deben manifestar por escrito en el texto del contrato y en las prórrogas del mismo, la intención de afiliarse o no al Sistema General de Riesgos Profesionales.

En los anteriores términos esperamos absolver su consulta.

Cordialmente,

EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

Vo.Bo. RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad: 5444

2005.06.03



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

