

MEMORANDO

OAJ - 2022-2200-0000319-3

PARA: **CATALINA MARÍA YUCUMA CARVAJAL**
Coordinadora Grupo de Contratación

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: Enero 24 de 2022

ASUNTO Requisito afiliación al sistema general de seguridad social integral para futuros contratistas

Cordial saludo,

1. TEMA OBJETO DE ESTUDIO

¿Puede el ICETEX suscribir un contrato de prestación de servicios con un afiliado a un régimen prestacional exceptuado por ley de realizar los aportes al sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993?

2. MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política de 1991:**

“**ARTICULO 6.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

- **Ley 100 de 1993:** “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables 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.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

ARTÍCULO 7o. ÁMBITO DE ACCIÓN. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley.

ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

Página 1 | 5
F416
V2

[...]

3.12 **Libre escogencia.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

3.18 **Irrenunciabilidad.** El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley,* ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

[...]

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma¹. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.”

- **Sentencia C-173-96 del 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.**

“TRABAJADOR DE ECOPETROL-No se le aplica régimen de Ley 100 de 1993

Se tiene que los supuestos de hecho invocados por el demandante para fundamentar la supuesta desigualdad entre los pensionados por Ecopetrol y los pensionados a que alude la ley 100 de 1993, son distintos pues, ya se ha dicho, los primeros se rigen por la convención colectiva de trabajo que les permite obtener mayores y mejores prestaciones. La diferencia, entonces, es componente propio de la negociación colectiva derivada de la libertad y autonomía con que actúan las partes, aunque esa circunstancia no los pone a salvo de infringir, en ocasiones, el principio de igualdad, evento en el cual, el juez de constitucionalidad está obligado a tomar las decisiones encaminadas a restablecerlo. No es ese el caso en el proceso que se examina.”

3. CONSIDERACIONES

Con apoyo en la jurisprudencia señalada en el acápite precedente, resulta claro que, la misma Corte Constitucional admite que la existencia de regímenes prestacionales distintos al régimen general de seguridad social no vulnera per se el derecho a la igualdad constitucional, consagrado en el artículo 13 de la carta política de 1991.

Por el contrario, dicho cuerpo colegiado enfatiza en el hecho que, la existencia de sistemas prestacionales especiales responde claramente a la necesidad de hacer efectiva la garantía de los derechos adquiridos por los trabajadores que, por características especiales, demandan un trato diferente del que reciben los demás beneficiarios del sistema de seguridad social integral.

Dicho esto, hemos de recordar que la prestación del servicio público esencial de seguridad social descansa en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación y en tratándose del sistema de seguridad social

¹ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-173-96 del 29 de abril de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

en salud, tenemos que agregar los atinentes a la libre escogencia por parte de los ciudadanos, que se materializa justamente en la posibilidad de elegir la red de prestadores del servicio de su preferencia, sin dejar de mencionar por supuesto, el principio de irrenunciabilidad que va íntimamente ligado al acceso al servicio público esencial de salud.

Con lo dicho previamente tenemos entonces que la seguridad social concebida como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida no se reduce al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, por el contrario, esta misma ley contempla en su artículo 279 regímenes especiales exceptuados que, en la práctica, apuntan como se dijo en precedente, a hacer efectiva la garantía de los derechos adquiridos por los trabajadores que, en razón de circunstancias especiales, requieren un trato diferente del que reciben los demás beneficiarios del sistema de seguridad social integral.

La jurisprudencia traída a colación en el acápite de sustento normativo se refiere a una sentencia en la que se analizó la constitucionalidad del precitado artículo, por cargos de violación al derecho a la igualdad por vía del régimen especial de pensiones previsto en él para los miembros de la fuerza pública, y también contempla valiosas líneas de interpretación en torno a la naturaleza y razón de ser de los regímenes especiales exceptuados de aquel contemplado en la Ley 100 de 1993, entre las que se destacan las siguientes:

“En varias oportunidades, esta Corte ha precisado que la existencia de regímenes especiales de seguridad social no vulnera en sí misma la igualdad, pues la finalidad de esas regulaciones es “la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”[1]. Así, la sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, al declarar la constitucionalidad de los apartes del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100, que excluían de ese régimen “a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989”, señaló expresamente sobre este punto:

[...]

Por las razones anteriores la Corte considera que **el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución**, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero **si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio** en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta (subrayas no originales)”

Nótese entonces que, el elemento en común de los regímenes especiales descansa en la garantía del acceso a las personas al servicio de seguridad social integral con un nivel de protección igual o superior al régimen previsto en la normativa general.

En lo que respecta al régimen especial previsto para los trabajadores de ECOPELROL, la sentencia en cita con ponencia del magistrado Dr. **Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ**, precisó:

“TRABAJADOR DE ECOPETROL-Diferencia de regímenes/DERECHO A LA IGUALDAD-Diferencia de regímenes

La existencia de la negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales de algunos trabajadores, en este caso de Ecopetrol, no es motivo suficiente per se para invocar la violación del derecho fundamental a la igualdad, pues fue el mismo Constituyente y el legislador, debidamente autorizado por aquél, quienes han consagrado ese sistema y, en consecuencia, las condiciones de empleo y trabajo, como las prestaciones sociales y otros beneficios laborales, pueden ser distintos a los establecidos para otros sectores de trabajadores. La Convención Colectiva de Trabajo no puede equipararse a los actos del legislador, ya que ésta depende de la autonomía colectiva y la libre negociación; de allí que la diferencia de regímenes no comporte necesariamente un desconocimiento del principio de igualdad.”

Recordemos que el régimen especial de Ecopetrol nació producto de la negociación colectiva que terminó en la Convención Colectiva de trabajo que cubre a sus trabajadores sindicalizados y del Acuerdo No. 1 de 1977, aplicable al personal directivo, técnico y de confianza que voluntariamente se adhiera a él.

Tal negociación no es más que la expresión del derecho fundamental previsto en el artículo 55 de la carta política de 1991 y que garantiza la capacidad de los trabajadores y empresarios de constituir sindicatos o asociaciones para la defensa de sus intereses, actividad que deben llevar a cabo dentro del marco de las normas constitucionales y legales que la desarrollan.

Al referirse a la justificación de la existencia del régimen especial para los trabajadores de ECOPETROL, la honorable corte precisó:

“i. Justificación de la excepción contenida en la norma acusada respecto a los pensionados de ECOPETROL

Según los antecedentes legislativos que aparecen en las Gacetas del Congreso Nos. 395 y 397 de 1993, la decisión del Congreso de la República de sustraer a los trabajadores y pensionados de Ecopetrol de la aplicabilidad de la mayoría de normas del régimen de la ley 100 de 1993, tuvo como fundamento la existencia en dicha empresa de una Convención Colectiva de Trabajo que contiene, en muchos aspectos, beneficios y condiciones extralegales superiores a los que rigen para los demás servidores del Estado. En consecuencia, era necesario proteger los derechos adquiridos por los beneficiarios de ella, expuestos a ser vulnerados si se les hubiera hecho extensiva la vigencia de la citada ley.

Tal motivación se adecua a los cánones constitucionales, pues la diferencia de trato obedece a supuestos fácticos distintos, como es la existencia en Ecopetrol de un régimen laboral producto de la negociación colectiva, cuyo análisis sistemático permite detectar prerrogativas y beneficios superiores a los contenidos en la ley como mínimo obligatorio.

Ante esta circunstancia, considera la Corte que la disposición acusada no vulnera la Constitución, pues el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas generales, atendiendo razones justificadas, que en el caso sometido a estudio se fundamentaron en la protección de derechos adquiridos contemplados en el Acuerdo No. 1 de 1977 y la Convención Colectiva del Trabajo.”

Así las cosas, presentamos este estudio a manera de concepto, no sin antes dejar de mencionar que su alcance no es obligatorio de conformidad con lo establecido

en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 y que, en consecuencia, constituye criterio auxiliar de interpretación.

4. CONCLUSIONES

1. *¿Cumple el proponente con el requisito legal y procedimentalmente establecido, y se encuentra amparado por el régimen de excepción que alega apoyado en la normativa referida?*

Esta Oficina atina a interpretar que, en la medida que la misma Ley 100 de 1993 contempla en su artículo 279 una serie de regímenes de seguridad social integral especiales exceptuados de las disposiciones de aquella, un ciudadano que acredite su afiliación a uno de ellos puede suscribir un contrato de prestación de servicios.

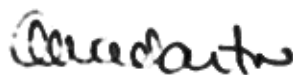
2. *¿Se considera hábil para suscribir contrato con el ICETEX, con la cotización que realiza al FOSYGA, aun cuando no obre en calidad de “afiliado” en el régimen de seguridad social en salud?*

En lo que concierne a este requisito, las cotizaciones que realiza un afiliado y/o beneficiario de un régimen exceptuado, se realizarán en la forma prevista en su régimen respectivo, tal como lo prevé el artículo 1° del Decreto 057 de 2015 y no podrá haber ni afiliaciones simultáneas ni utilización de los servicios de salud en dos regímenes.

3. *¿Es jurídicamente viable suscribirse contrato con este, u otros proponentes, que se encuentren en la misma situación que presenta el profesional?*

Íntimamente ligado con lo expuesto en precedente, en la medida que el ciudadano acredite su vinculación a un régimen especial de los exceptuados por la ley, es viable suscribir un contrato de prestación de servicios, toda vez que, los regímenes especiales detentan la misma legalidad que el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993.

Cordialmente,



ANA LUCY CASTRO CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Ricardo Cortés Pardo