

CONCEPTO 1151588 DE 2012

(Diciembre 3)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

Bogotá D.C.

Asunto. Contrato Realidad - Aportes a Sistema de Seguridad Social - Pensiones.

En atención a su solicitud de concepto jurídico sobre la metodología para la liquidación de aportes a seguridad social cuando se ha declarado la existencia de una relación laboral por sentencia judicial contrato realidad, es pertinente tener en cuenta los siguientes puntos:

1. Normas a considerar:

- Ley [100](#) de 1993

- Decreto [1748](#) de 1995, modificado por el artículo [17](#) del Decreto 3798 de 2003.

- Decreto [1887](#) de 1994.

- Ley [1066](#) de 2006

- Circular 069 del 11 de Agosto de 2006 (Por medio de la cual la DIAN imparte instrucciones para la aplicación de lo dispuesto en el artículo [12](#) de la Ley 1066 de 2006)

2. Precedente jurisprudencial a aplicar:

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001- 03-25-000-2006-00068-00(1266-06)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P: Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación No. 38776. Acta No. 02. Bogotá, D. C., primero (1) de febrero de dos mil once (2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P: Eduardo Villegas López. Radicación No. 36234. Acta No. 13. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010).

Corte Constitucional Sentencia T-125/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

3. Problema Jurídico/Tema:

Metodología para la liquidación de aportes a seguridad social cuando se ha declarado la existencia de una relación laboral por sentencia judicial - contrato realidad.

3. Consideraciones:

Considerando que la declaración de una relación laboral por vía judicial puede representar diferentes consecuencias desde el punto de vista de la situación de seguridad social en pensiones

de los actores involucrados en el proceso judicial, es pertinente analizar la omisión en la afiliación y las reglas sobre aportes y/o cotización al sistema de seguridad social con el fin de determinar las reglas aplicables en cada situación en cuanto que el tratamiento jurídico de la omisión es diferente del previsto para la mora en aportes.

a. Reglas básicas de afiliación

El artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993⁽¹⁾ dispone, como principios rectores del sistema general de seguridad social pensiones, la obligatoriedad de la afiliación y la libre selección de cualquiera de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual o COLPENSIONES en caso de seleccionar el Régimen Prima Media con Prestación Definida.

Ahora bien, el artículo [13](#) de la ley 100 de 1993 debe leerse de conformidad con lo dispuesto por los artículos [3](#), [11](#) y [13](#) del Decreto 692 de 1994, que definen las reglas básicas sobre afiliación estableciendo particularmente cuales son los regímenes pensionales y dos aspectos fundamentales para contestar el objeto de la consulta:

Artículo [11](#) Decreto 692 de 1994. El diligenciamiento de la selección y la vinculación al sistema: Que se refiere a la selección inicial de régimen y administradora, selección que se materializa con la manifestación que en dicho sentido debe realizar el empleado al empleador⁽²⁾.

Artículo [13](#) Decreto 692 de 1994. La permanencia de la afiliación: Que se traduce en que la afiliación es vitalicia, es decir, la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia, y además, es independiente de la realización de cotizaciones y del régimen pensional que elija⁽³⁾.

De lo anterior es posible concluir que la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, y que en esa medida no es un acto que sea susceptible de reiterarse en el tiempo.

b. Afiliación y cotización:

De conformidad con lo señalado en el literal anterior, y de acuerdo al precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, es importante distinguir entre afiliación y cotización y, en este orden de ideas, es claro que estos conceptos si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son entidades jurídicas distintas, y que están llamadas a producir efectos jurídicos totalmente diferentes:

1) La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y, por tanto, se constituye en la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél. De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran fundamento todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

2) La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social que se deriva de la afiliación, de manera que mientras la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada con cargo a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica⁽⁴⁾.

En consecuencia esta distinción permite concluir que la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se

cubran efectivamente⁽⁵⁾.

c. Omisión de afiliación:

La omisión de la afiliación trae como consecuencia directa la posibilidad de trasladar al Sistema General de Pensiones una reserva actuarial o un título pensional, con el fin de que esas semanas laboradas se contabilicen en el reconocimiento del derecho pensional del trabajador, de conformidad con lo dispuesto por el Parágrafo del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, siendo importante señalar que ésta posibilidad sólo se materializa si se traslada el valor de la reserva actuarial o el título pensional respectivo a satisfacción de la entidad administradora seleccionada por el trabajador.

El Consejo de Estado ha sentado precedente judicial en la correcta aplicación de ésta figura, en cuanto que conceptualiza al título pensional, también denominado como reserva actuarial, como aquel emitido por las empresas privadas que tenían a su cargo el pago de las pensiones de sus empleados antes de la entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993, con el fin de que la administradora de pensiones tenga en cuenta ese tiempo laborado cuando vaya a efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez de dichos trabajadores que, como afiliados obligatorios del régimen general de pensiones, escogieron el régimen de prima media con prestación definida y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta las siguientes premisas:

El título pensional corresponde al cálculo actuarial que están obligados a trasladar a COLPENSIONES las empresas o empleadores del sector privado con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, efectuaban directamente el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el régimen de prima media y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha

El marco normativo del título pensional se aplica a aquellos eventos en que el empleador haya omitido la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones. En efecto, ese cálculo actuarial se establece bajo la misma legislación y metodología prevista para los títulos pensionales, tal y como lo señala el artículo [17](#) del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo [57](#) del Decreto 1748 de 1995, modificado a su vez por el artículo [15](#) del Decreto 1474 de 1997⁽⁶⁾.

Finalmente, es importante considerar el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia que señala la necesidad de entender que la omisión de la afiliación es un concepto que se asimila, en sus consecuencias, a la falta de reporte de novedad de ingreso por parte del empleador⁽⁷⁾.

En este orden de ideas, para todo efecto, debe tenerse en cuenta que la afiliación al sistema no se “reactiva” con las diferentes novedades reportadas al sistema en la vida laboral del afiliado, pues la afiliación al sistema es una sola y de carácter vitalicio, de ésta manera, si un empleador no reporta la novedad de ingreso se asimila a la omisión de afiliación con base en tres supuestos:

Dado que el responsable del reporte de novedad de ingreso laboral es el empleador, ante la omisión o incumplimiento de esta obligación, el empleado quedaría desprotegido de manera absoluta de las prestaciones del sistema general de seguridad social y,

Ante la omisión de reporte de novedad de ingreso laboral por parte del empleador, COLPENSIONES no tendría posibilidad de generar la cuenta de cobro respectiva por cuanto no tiene oportunidad de conocimiento de esta obligación, y en este orden de ideas, se encontraría en

imposibilidad de cumplir con sus funciones de fiscalización y cobro.

Las consecuencias de la omisión de afiliación son responsabilidad exclusiva del empleador⁽⁸⁾.

d. Mora en los aportes

Frente a este punto es importante señalar la importancia de distinguirse entre la mora del empleador en el pago de las cotizaciones y la omisión del deber de afiliar a sus trabajadores, pues si bien, en ambos casos, las consecuencias negativas recaen en cabeza del empleador, su 'normalización' está dispuesta legalmente de manera diferente, por cuanto que, mientras para la mora en el pago de aportes o cotizaciones está establecido el cobro de lo adeudado más los intereses respectivos, frente a la omisión en la afiliación la solución está en el traslado del título pensional o la reserva actuarial respectiva⁽⁹⁾.

Lo anterior es así según lo dispuesto por los artículos [22 \(10\)](#) y [23 \(11\)](#) de la Ley 100 de 1993 y el artículo [28](#) del Decreto 692 de 1994⁽¹²⁾ que responsabilizan al empleador del pago de los aportes al sistema de seguridad social y que el incumplimiento de esta obligación genera un interés moratorio, que debe liquidarse de conformidad con lo establecido por el artículo [12](#) de la Ley 1066 de 2006⁽¹³⁾ y por Circular 069 del 11 de Agosto de 2006 (Por medio de la cual la DIAN imparte instrucciones para la aplicación de lo dispuesto en el artículo [12](#) de la Ley 1066 de 2006) que dispone:

"Tasa de interés moratorio

~"Con la nueva determinación de la tasa de interés moratorio, contemplada en el artículo [12](#) de la Ley, se introducen los siguientes cambios:

Se deroga el inciso segundo del artículo [634](#) del Estatuto Tributario, lo cual se traduce en que los intereses no se liquidarán a la tasa vigente a la fecha del pago, sino que frente a los mismos se aplica el sistema de causación diaria.

Los intereses generados hasta el 28 de julio de 2006 se calcularán y causarán a la tasa vigente para dicha fecha, esto es al 20.6396, realizando un corte y acumulación de los rubros adeudados a esa fecha; tratándose de facilidades que se hayan declarado incumplidas, los intereses causados a 28 de julio de 2006 corresponderán a la tasa mas alta entre la pactada en el acuerdo y la vigente a la fecha del corte; esto es, al 28 de julio de 2006. A partir del 29 de julio de 2006 los intereses se causarán con la tasa efectiva de usura vigente para cada mes certificada por la Superintendencia Financiera. La tasa vigente para el mes de julio, es de 22.6296 y para el mes de agosto de 22.5396. Cada mes la tasa varia y es señalada mediante comunicado por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, en consecuencia, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Normalización de Cartera no habrá lugar a la expedición de decretos para estos efectos.

La nueva tasa de interés moratorio se calculará dentro del contexto del interés compuesto, utilizando como referencia la Tasa de Usura, la cual es certificada como una Tasa Efectiva Anual (E.A.), por lo que se hace necesario utilizar la fórmula que de acuerdo con la técnica financiera permite obtener el resultado esperado. La tasa de usura a que hace referencia la Ley, es aquella máxima permitida por la Ley y certificada en forma mensual por la Superintendencia Financiera de Colombia". (Subraya fuera de texto).

4. Conclusión

De conformidad con lo señalado en los apartes anteriores las premisas que orientan la consulta elevada frente a la declaratoria de relación laboral en un proceso judicial por aplicación del principio de realidad, la liquidación y cobro de los aportes al sistema general de seguridad social pensiones debe realizarse por los siguientes parámetros:

La afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, y que en esa medida no es un acto que sea susceptible de reiterarse en el tiempo.

La afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.

El marco normativo del título pensional se aplica a aquellos eventos en que el empleador haya omitido la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones.

La mora del empleador en el pago de las cotizaciones y la omisión del deber de afiliar a sus trabajadores tiene consecuencias diferentes, pues en el primer evento procede el cobro de lo dejado de aportar más intereses y, en el segundo, el traslado del cálculo actuarial.

El cobro de aportes más intereses sólo es posible cuando existan cotizaciones y/o aportes realizados por el empleador, razón por la cual, ante la inexistencia de cotizaciones y/o aportes en la relación laboral procede el respectivo cobro del cálculo actuarial.

El no reporte de la novedad de ingreso por parte del empleador equivale en sus consecuencias jurídicas a las previstas para la omisión de afiliación.

La omisión de afiliación conlleva, de manera necesaria, el traslado del cálculo actuarial por parte del empleador a COLPENSIONES de conformidad con lo previsto por el literal d) del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993.

Cordial saludo,

GERMAN ERNESTO PONCE BRAVO

Gerente Doctrina

Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General

NOTAS AL FINAL:

1. Ley 100 de 1993. Características del sistema general de pensiones. Artículo [13](#). a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.

2. Parágrafo 4 Artículo [11](#) Decreto 692 de 1994. "Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado" (Subraya fuera del texto).

3. Corte Constitucional Sentencia T-[235](#)/2002

4. Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 9 de septiembre de 2009, radicación 35211
5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P: Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación No. 38776. Acta No. 02. Bogotá, D. C., primero (1) de febrero de dos mil once (2011). Ver además en el mismo sentido sentencia de 9 de septiembre de 2009, radicación 35211.
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00068- 00(1266-06)
7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P: Eduardo Villegas López. Radicación No. 36234. Acta No. 13. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010).
8. Ibídem.
9. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2007014853-001

10. Artículo 22 Ley 100 de 1993: “El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio...”

11. Artículo 23 Ley 100 de 1993: “Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso”.

12. Artículo 28 del Decreto 692 de 1994: “Sin perjuicio de las demás sanciones que puedan imponerse por la demora en el cumplimiento de la obligación de retención y pago, en aquellos casos en los cuales la entrega de las cotizaciones se efectúe con posterioridad al plazo señalado, el empleador deberá cancelar intereses de mora a la tasa que se encuentre vigente por mora en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios. Dichos intereses de mora, deberán ser autoliquidados por el empleador, sin perjuicio de las correcciones o cobros posteriores a que haya lugar...”.

13. Artículo 12 de la Ley 1066 de 2006 “Determinación de la tasa de interés moratorio. Para efectos tributarios y frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a partir del 1° de enero de 2006, la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

“Las obligaciones con vencimiento anterior al 10 de enero de 2006 y que se encuentren pendientes de pago a 31 de diciembre de 2005, deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora transcurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha a la tasa y condiciones establecidas en el inciso anterior”.



Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de marzo de 2018

