

CONCEPTO 2605 DE 2006

(marzo 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctora Carneza Devia Valderrama

Vicepresidente Riesgos Laborales

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: VPRL. No. 0984 Estudio Negación Prestaciones Económicas

Mediante oficio remitido a esta Dirección, solicita estudio de la negación de Prestaciones Económicas cuando el empleador se encuentra en mora por concepto de las cotizaciones al Sistema de Riesgos Profesionales

Sobre el particular manifestamos:

Esta Dirección en reiteradas oportunidades se ha pronunciado respecto del tema, destacando que en el Sistema de Riesgos Profesionales, se cubren unas contingencias que surgen específicamente del hecho de prestarse el servicio para el cual el trabajador ha sido contratado, por lo que existe un nexo necesario entre la actividad empresarial del empleador y la potencialidad del daño que de la misma pueda resultar para el empleado, lo cual brinda una explicación a la mecánica de cubrimiento que supone ubicar la carga de las cotizaciones exclusivamente en cabeza del empresario, a la vez que le adjudica al mismo la facultad de decisión sobre la administradora a la cual se vincule para que ella atienda a sus trabajadores.

La afiliación tiene por finalidad liberarlo del pago de los riesgos laborales: prestaciones asistenciales y económicas; esta obligación se origina en el hecho de que los riesgos son creados por el empleador y nacen de la existencia de la relación laboral.

La Ley con el propósito de proteger a los trabajadores de las contingencias o daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, ha impuesto la obligación a los empleadores de trasladar ese riesgo a entidades especializadas en su administración, mediando una cotización a cargo exclusivamente del empleador y ha determinado claramente las prestaciones a las que tendrán derecho los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional, es decir, que las obligaciones de afiliación y de cotización al sistema de riesgos profesionales son asuntos que conciernen al empleador.

Así las cosas, al presentarse la mora en el pago de las cotizaciones implica un grave incumplimiento de las obligaciones del empleador, lo que le ocasiona sanciones administrativas y financieras como lo señala el parágrafo del artículo [161](#) de la Ley 100 de 1993:

“... La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse

efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente”.

Ahora bien, analizando el tema de la mora en los aportes, el artículo 17 del Decreto 1772 de 1994 contempla las acciones de cobro de la siguiente manera:

“Corresponde a las entidades administradoras de riesgos profesionales entablar las acciones de cobro contra los empleadores, por las cotizaciones que se encuentren en mora, así como por los intereses de mora que se generen, pudiendo repetir contra los respectivos empleadores por los costos que haya demandado el trámite pertinente.

... De conformidad con el artículo [23](#) del Decreto 1295 de 1994, las cuentas de cobro que elaboren las entidades administradoras de riesgos profesionales por las sumas que se encuentran en mora prestarán mérito ejecutivo”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 17118, del 5 de marzo de 2002, MP. Dr. Francisco Escobar Henríquez, manifestó:

... “Pues bien, en torno al asunto la Sala ya definió en sentencia de noviembre 2 de 2001, radicación 16344, que esta modalidad de desafiliación mal puede entenderse forzosa o inexorable para las entidades administradoras, ya que éstas, según las circunstancias, tendrán la posibilidad legal de condonarla, tomando en consideración las particularidades de cada caso, máxime que poseen la alternativa de adelantar las acciones de cobro en los términos del artículo [23](#) del aludido Decreto 1295 de 1994, disposición que respalda a las gestoras de los riesgos profesionales para que en el evento de que si, atendiendo las razones o justificaciones que encuentren en la respectiva situación, optaren por mantener la afiliación, en todo caso les asista el derecho de cobrar las cotizaciones pendientes con los intereses de mora, conforme lo establece el Decreto Reglamentario 1772 de 1994, artículo 17, de forma que en principio su patrimonio no sufriría desmedro.

Así las cosas, frente al hecho de las cotizaciones en mora, las ARP deben definir si se acogen a la desafiliación automática y en caso afirmativo comunicarlo así al empleador y al afiliado a fin de que conozcan el hecho y asuman las graves consecuencias del mismo. Y es que aún cuando la norma no contempla expresamente éste procedimiento, debe entenderse inherente a su preceptiva, en desarrollo de garantías constitucionales como el derecho de defensa e igualmente de los principios y finalidades propias de la Seguridad Social como sistema y como derecho individual irrenunciable.

En efecto, se advierte en primer lugar que la desafiliación automática implica una drástica sanción al patrono, quien deberá asumir el riesgo profesional de su empleado, fuera de que en cualquier caso ha de responder por las cotizaciones pendientes y soportar eventuales medidas administrativas. Pero debe entenderse también y ello es lo más grave que el hecho perjudica en modo especial al trabajador destinatario de la Seguridad Social excluido del sistema, dado que ante un siniestro podría quedar en el desamparo por la insolvencia actual o futura del empleador.

Así las cosas, frente a una medida sancionatoria tan rigurosa lo mínimo que se impone para que pueda ser jurídicamente eficaz es que los afectados se enteren de ella en forma adecuada, a fin de que den las explicaciones que estimen necesarias, formulen objeciones o en general adopten las medidas conducentes a remediarla. Pues no es aceptable, verbigracia, que el afiliado conozca su desprotección ante el siniestro, cuando la administradora le niegue los derechos que reclame, o, lo que es peor, no se entere nunca debido a su muerte, y los familiares derecho habientes se vean

en una situación de desamparo o de litigio.

Adicionalmente a las anteriores observaciones y desde otra óptica, importa considerar que si las administradoras siguen percibiendo cotizaciones una vez detectada la mora o no las devuelven en un plazo prudencial, enterando debidamente a los interesados de la decisión de acogerse a la desafiliación automática, es dable presumir que prefirieron sanear la situación y dejar vigente la afiliación, sin perjuicio de las acciones de cobro arriba referidas”.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C –250 de 2004, al declarar la inexequibilidad del párrafo 2o del artículo [16](#) del Decreto 1295 de 1994 en el aparte pertinente se pronunció:

“ Esta declaración de inexequibilidad no se aplica obviamente a la situación del empleador que no ha hecho la afiliación previa a una ARP de sus trabajadores, como se señaló. Tampoco significa que el empleador moroso quede exento de las sanciones que acarrea este hecho, pues, son otras las disposiciones del mismo Decreto las que contienen el procedimiento a seguir para el caso de la mora en el pago del empleador al sistema de riesgos profesionales. Ni puede, mucho menos, entenderse que no queda obligado a asumir la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales, pues, la ARP puede repetir contra el empleador moroso por los gastos que ha pagado al trabajador con ocasión del siniestro. Y en este sentido diversas disposiciones de la Ley [100](#) de 1993, de la Ley [828](#) de 2003 y del propio Decreto [1295](#) de 1994 y sus decretos reglamentarios, así consagran esta acción de repetición”

“Es decir, que cuando las disposiciones legales establecen que los empleadores que incumplan con el pago de las cotizaciones al sistema de riesgos de salud asumen los riesgos de sus trabajadores, debe interpretarse en el sentido de que la ARP cubre los riesgos correspondientes y puede repetir contra el empleador por los costos que ha pagado al trabajador.

Agrega la Corte “Además, la Ley [828](#) de 2003 “por la cual se expiden normas para el control de la evasión al sistema de seguridad social”, consagró medidas más severas para quienes incumplan entre otras obligaciones, el deber de cotizar oportunamente al sistema de protección social.

En relación con el supuesto riesgo, sobre el riesgo planteado por uno de los intervinientes, de que con la declaratoria de inexequibilidad se incentivaría el incumplimiento a cargo de los empleadores, la Corte respecto de una objeción semejante, en la sentencia C-800 de 2003, **explicó que no se trata de aminorar las cargas del empleador incumplido**, y citó el contenido de disposiciones de la Ley [828](#) antes mencionada.”

Finalmente, observa la Corte que “la asunción de los riesgos profesionales por el Sistema General de Riesgos Profesionales, no es asunto que se deba considerar desde el punto de vista económico de manera particular e individual, pues precisamente por tratarse de un riesgo de carácter social, su incidencia financiera obedece a cálculos actuariales de índole matemática, en los que se tiene en cuenta no sólo el número general de trabajadores afiliados al sistema, sino la probabilidad de los siniestros para socializar el riesgo y evitar responsabilidades individuales de los empleadores, con lo cual se benefician éstos y los trabajadores.”

Además, las administradoras de riesgos profesionales frente al incumplimiento contractual patronal de sus obligaciones de financiación tienen una serie de mecanismos que les permite hacer efectivo dichos derechos, tales como las acciones de cobro ejecutivas con sus intereses moratorios; sanciones estas previstas por los artículos [23](#), [91](#) y [92](#) del Decreto 1295 de 1994, y las de control a la evasión del sistema de seguridad social contempladas en la Ley [828](#) de 2003.

En este orden de ideas al tener la Administradora de Riesgos Profesionales a su disposición los medios jurídicos que le permiten hacer exigible el pago de las cuotas patronales, no se puede excusar del pago de una prestación cuando el empleador está en mora, dado que como se enunció oportunamente, si bien es cierto el pago de aportes a la Administradora de Riesgos Profesionales constituye una obligación a cargo exclusivo del empleador, cuyo incumplimiento no se le puede trasladar al trabajador, máxime cuando éste último desconoce tal situación, vulnerándose en este punto la certeza del legítimo proceder dentro de la relación empleador – ARP de la cual no es partícipe.

En cuanto al principio general del derecho invocado en el escrito de consulta, para endilgar la culpa exclusiva al empleador, es necesario recordar que dicho principio subyace a una relación contractual de derecho privado, la cual se encuentra fundada en la igualdad entre las partes, circunstancia que no es predicable de las relaciones obrero patronales que no se ubican en el mismo plano de igualdad, porque la situación de subordinación en que se encuentra quien ofrece su fuerza de trabajo se origina en el hecho de que los riesgos son creados por el empleador y nacen de la existencia de la relación laboral, quien a su vez se libera del reconocimiento de los riesgos laborales con la afiliación y pago oportuno de las cotizaciones, lo que equivale a trasladar el riesgo a la Administradora de Riesgos Profesionales.

Con lo anterior, forzoso es concluir que como bien lo cita en oficio de consulta “no le conviene a la ARP negar las prestaciones por dichos pagos extemporáneos, como quiera que el Departamento de Recaudo y Cartera del Instituto no imputa pagos conforme a los establecido en el Decreto [1406](#) de 1999, además por existir una probabilidad muy alta de ser condenados mediante fallo judicial y porque la información del Instituto es escasa para confrontar si los ciclos pagados extemporáneamente fueron cotizados con intereses moratorios” como tampoco existe el sistema eficaz para determinar la mora al instante, lo cual permitiría la notificación tanto al empleador como al trabajador de las consecuencias en que se incurre en caso de la ocurrencia del siniestro.

Coadyuvando nuestra conclusión encontramos otros pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto:

"El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, **lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes "el derecho irrenunciable a la seguridad social."** Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales." **(Sentencia T-751/98)**

“En cuanto a la mora en el pago de los aportes, según el artículo [53](#) de la Constitución Política de Colombia, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno de las pensiones legales y a sus

reajustes periódicos, por tal razón, **se obliga al empleador a efectuar la totalidad de la cotización al sistema general de riesgos profesionales** (artículo [16](#) y [21](#) del decreto 1295 de 1994). En caso de que suceda el riesgo por accidente de trabajo o por enfermedad profesional, la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado el trabajador, será responsable del pago de las prestaciones correspondientes. **Una vez se efectúe la afiliación del trabajador, la entidad que asume los riesgos profesionales es responsable del pago del siniestro, siempre y cuando el empleador no se encuentre en mora de más de dos cotizaciones periódicas (artículo [16](#) decreto 1295 de 1994), regla ésta que no ha de ser interpretada literalmente para darle una aplicación mecánica y lesiva de los derechos del trabajador, puesto que la entidad administradora, tiene a su disposición los medios jurídicos que le permiten hacer exigible el pago de las cuotas patronales, y no puede excusarse del pago de una prestación cuando el trabajador no se ha desafiliado del sistema. (Sentencia T-072 de 1997)**

“El reconocimiento y pago de las pensiones legales es un derecho constitucional de los trabajadores asalariados que goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, el cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliar y cotizar a la seguridad social, derecho que es irrenunciable. La mora patronal en el pago de menos de 2 cuotas no puede traducirse en negación de derecho a la pensión de invalidez al trabajador, como quiera que el Estado debe garantizar el cumplimiento del principio de efectividad del derecho "irrenunciable" a la seguridad social, para lo cual dispuso una serie de mecanismos judiciales y administrativos que permiten el cobro de las cuotas en mora. **Es desproporcionadamente gravoso para el trabajador que éste tuviese que asumir solo las consecuencias de omisiones ajenas a su culpa, por cuanto las "consecuencias legales de esa renuencia no pueden afectar el derecho fundamental del trabajador a la seguridad social". Mientras que la entidad administradora tiene a su disposición los medios jurídicos que le permite hacer exigible el pago de las cuotas patronales**”. Sentencia T-143/98.

Cordialmente,

EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

Rad: 2130

2006.02.24



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

