

CONCEPTO 13067 DE 2005

(agosto 23)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctora Yolanda Aguirre Navarro

Jefe Departamento Comercial

Seccional Cundinamarca y D.C.

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficio No. 0621-08094

Damos respuesta al oficio de la referencia, mediante el cual formula varios interrogantes los cuales procederemos a responder en su orden:

1.- Un empleador ha venido efectuando el pago de aportes de sus trabajadores a los Sistemas de Salud, Pensión y Riesgos Profesionales desde el año de 1995 hasta la fecha sin que exista radicación del formulario de Afiliación a los tres sistemas, lo anterior por omisión del empleador

El artículo [10](#) del Decreto 1161 de 1994, señala:

“Cuando se reciban cotizaciones de personas que no aparezcan vinculadas a la respectiva administradora o fondo de pensiones, las administradoras, inmediatamente detecten el hecho y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción, abonarán las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados.

Así mismo, las administradoras deberán requerir a la persona que haya efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de la misma. Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó”.

En este punto, se hace necesario citar, el concepto emitido por la Superintendencia Bancaria con ocasión de la consulta elevada por esta Dirección el 15 de junio de 2001, sobre el tema materia de estudio:

“...Si una persona que no está vinculada a la administradora cotiza a ésta, se presenta lo que en el Artículo [10](#) del Decreto 1161 de 1994 se denomina “Consignaciones de personas no vinculadas”, evento en el cual la administradora inmediatamente detecte el hecho “y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción”, debe abonar el valor recibido en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados y notificar a quien haya efectuado la consignación, para que proceda a su legalización. Y agrega la norma: “Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó”.

Por lo anterior, una persona que “sin haber cumplido con la formalidad plena de diligenciar y

presentar ante la administradora del riesgo el respectivo formulario de afiliación, realice el pago oportuno y consecutivo de las cotizaciones correspondientes”, no debe presentarse en una administradora de pensiones, pues, cumpliéndose las normas, con la primera consignación de cotizaciones en esas condiciones la administradora lo notificaría al interesado.

Ahora bien, para aquellos casos en los cuales el empleador se encuentra cotizando al Sistema de Riesgos Profesionales por sus trabajadores, sin haber cumplido con el requisito de afiliación previa, mediante el diligenciamiento del formulario correspondiente, el inciso tercero del artículo 6o del Decreto 1772 de 1994 estipula: “Será responsable del pago de las prestaciones de que trata el Decreto 1295 de 1994, la entidad administradora de riesgos profesionales que haya recibido, o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurra cualquiera de las consecuencias de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.”

Sobre el particular, también la Superintendencia Bancaria, por medio del concepto 2001042981-1 del 3 de diciembre de 2001 manifestó: “... De la verificación a la autoliquidación de las cotizaciones, necesariamente deben surgir los casos en que un empleador cotice por uno de sus trabajadores sin haber diligenciado el correspondiente formulario de afiliación y por lo tanto es en ese momento en que la ARP debe proceder a requerirlo para que subsane dicha situación o, de lo contrario, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo [54](#) del Decreto 1406 de 1999, al efectuar la imputación del pago y no existir afiliado a quien aplicar los valores cotizados debe proceder a la devolución, so pena de incurrir en enriquecimiento sin justa causa.”

“...Por lo anterior consideramos que en los casos como el expuesto en su consulta excepto por lo relacionado con los trabajadores independientes cuya afiliación no está reglamentada y por lo tanto no deben existir cotizaciones, en los que el empleador cotice por uno o varios de sus trabajadores en forma oportuna y consecutiva, sin surtirse previamente el proceso de afiliación, sería procedente considerarlos afiliados para efectos de la causación de las prestaciones del sistema, ya que, en nuestro criterio, serían aplicables las reflexiones hechas en relación con el Sistema General de pensiones. Por lo demás, frente a eventuales procesos judiciales el Instituto contaría con pocas posibilidades de fallo favorable, dada la apariencia de normalidad y legalidad de la relación contractual entre el empleador del trabajador respecto del cual se dio el siniestro laboral y la ARP, apariencia aquella de la que también sería responsable la ARP en la medida en que no cumpliera sus deberes legales en materia de verificación y control de las autoliquidaciones y cotizaciones.”

De acuerdo con los preceptos y los conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria, forzoso es concluir, que si la Administradora llámese de Pensiones, de Salud o Riesgos Profesionales, no advirtió a tiempo que el empleador estaba realizando pagos por un trabajador que no estaba afiliado, materializado en conductas tales como no hacer la correspondiente verificación, recibir recursos de no vinculados, no abonarlos en la cuenta correspondiente y no notificar del hecho a los interesados, considera este Despacho que produce efectos jurídicos frente a la administradora, en forma similar a como ocurre con las afiliaciones corrientes.

Por último, nótese que una persona en esa situación, ante el silencio del administrador, presume ser afiliado y seguramente asume de buena fe que la entidad en quien depositó su confianza, cumple legítimamente sus funciones como administrador de los recursos, que han de servir de base en un momento dado, para cubrir cualquier contingencia.

2.- Una persona que se encuentra desaparecida desde el año 2003, sin que se conozca su paradero a la fecha, el empleador esta obligado a continuar cotizando por él, puede presentar el empleador

la respectiva novedad de retiro, qué documentos deben soportar la presentación del retiro, se debe continuar con la prestación de servicios de sus beneficiarios por cuanto tiempo.

La Ley 282 de 1996 en artículo 22 brinda protección efectiva a las víctimas del secuestro, mediante el amparo económico de la persona secuestrada, en forma particular de sus beneficiarios y a la vez, busca contrarrestar en parte, las consecuencias de tan lamentable insuceso al establecer, de manera genérica, el pago de salarios y prestaciones.

De otro lado, en desarrollo de lo previsto en los artículos 22 y 23 de la ley 282 de 1996, fue expedido el Decreto 1923 del mismo año, por el cual se reglamentó el funcionamiento del seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de las personas víctimas de secuestro, el que en su artículo 1o dispone: que el seguro colectivo tendrá la naturaleza de seguro de cumplimiento, a fin de garantizar el pago de los salarios y prestaciones sociales, por parte del patrono o empleador, a la persona que en el momento de ser víctima de secuestro, tenga vigente una relación contractual o se encuentre vinculado como servidor público del Estado, a partir del día en que se produjo el secuestro y hasta que ocurra su liberación o se compruebe su muerte.

A su vez, el inciso 2o del artículo 5o del Decreto Reglamentario 1923 de 1996, establece que la indemnización se pagará sólo hasta por un término máximo de cinco (5) años, contados a partir de la certificación de la condición de secuestrado, expedida por el director del programa presidencial para la defensa de la libertad personal, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 8o de la misma disposición legal.

De otra parte el artículo 10 de la Ley 589 de 2000, señala, que la autoridad judicial que conoce o dirige el proceso por el delito de desaparición forzada, podrá autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, a alguno de los padres o de los hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo. Quien sea autorizado, actuará como curador de conformidad con las leyes civiles sobre la materia, hecho lo anterior, el funcionario judicial remitirá estas diligencias a la autoridad competente, quien adoptará en forma definitiva las decisiones que considere pertinentes, entre otras, a quien actúe como curador para que continúe percibiendo el salario u honorarios a que tenga derecho el desaparecido.

Ahora bien, como lo explica la Corte Constitucional en Sentencia C-400 de 2003, con ponencia del H.M. Dr. Jaime Córdoba Triviño, el régimen de la Ley 282 de 1996, reguló implícitamente el ámbito temporal de protección del derecho a la continuidad en el pago del salario y las prestaciones sociales del trabajador secuestrado pues indicó que el seguro de cumplimiento operaría "a partir del día en que se produjo el secuestro y hasta que ocurra su liberación o se compruebe su muerte" pero que "en cualquier caso la indemnización por evento se pagará sólo hasta por un término máximo de cinco (5) años contados a partir de la certificación de la calidad de secuestrado, expedida por el Director del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal".

Por tanto, de acuerdo con esa normatividad, los beneficiarios de los servidores públicos y los trabajadores particulares que han sido víctimas del delito de secuestro, implícitamente tienen derecho recibir el pago de los salarios y prestaciones sociales a partir del día en que se produjo el secuestro y hasta que ocurra su liberación o se compruebe su muerte y, en caso de incumplimiento del empleador, se hace efectivo, hasta por el término de cinco años, el seguro de cumplimiento suscrito para el efecto por el Fondo Nacional para la Defensa de la Libertad Personal. De esta manera, se dio lugar a un término de protección mayor a aquél de dos años

fijado por las Salas de Revisión de esta Corporación cuando, en distintos pronunciamientos, protegieron los derechos fundamentales del trabajador secuestrado y su familia.

Agrega la corte, que del nuevo régimen contenido en la Ley 589 de 2000 se infieren varias situaciones constitucionalmente relevantes, a saber, “.. por una parte, existen unos bienes constitucionales en juego pues las reglas de derecho referidas se orientan, en primer lugar, a proteger el derecho al mínimo vital de las familias de las víctimas de tales delitos pues se trata de evitar que tales familias, aparte de la tragedia que plantea la desaparición o el secuestro de sus seres queridos, queden condenadas a la ruina económica y a la ausencia de los recursos necesarios para su subsistencia. En segundo lugar, ese nuevo régimen protege también el derecho a la seguridad social pues no puede perderse de vista que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado y un derecho irrenunciable de segunda generación consagrado en el artículo 48 del Texto Superior y que bajo ciertas condiciones puede adquirir la calidad de derecho fundamental por conexidad. Tampoco puede olvidarse que el artículo 5 de la Carta le impone al Estado el deber de amparar a la familia como institución básica de la sociedad y que el artículo 44 consagra también, como un mandato ineludible para el Estado y la sociedad, la protección integral de la familia.”

Finalmente, frente al fundamento constitucional del deber de continuar pagando los salarios u honorarios del trabajador secuestrado o desaparecido, señala la Corte en este mismo pronunciamiento:

“En los casos de secuestro y desaparición forzada del trabajador, concurren los requisitos que activan el deber de solidaridad a favor de su núcleo familiar dependiente. Así, es evidente que cuando el salario que aporta la persona desaparecida o secuestrada es el ingreso que sustenta las condiciones materiales que garantizan la vida en condiciones dignas de los integrantes de la familia, la suspensión de su pago, por el sólo hecho del secuestro o la desaparición forzada, entra en contradicción con el cumplimiento del deber de solidaridad, pues lo que debe esperarse del empleador particular o público, de acuerdo con los postulados superiores enunciados, es la continuación en el suministro de la prestación económica, para que así no se exponga a los familiares del afectado con el delito a la vulneración de derechos fundamentales.

Por lo demás, que la relación laboral del trabajador con su empleador y el principio de solidaridad se conjugan para que en casos especiales se generen derechos y deberes correlativos, es un punto que ya ha sido explorado por la jurisprudencia de esta Corporación. De tal manera que en el caso presente se está ante el reconocimiento de un derecho y la correlativa imposición de un deber que constituye sólo una derivación más de esa relación y de ese principio.

De esta forma, el deber del Estado de proteger la vida y la libertad de todas las personas residentes en Colombia y el principio de solidaridad surgen como las fuentes constitucionales de los deberes correlativos al derecho a la continuidad en el pago de los salarios del trabajador secuestrado o desaparecido. El reconocimiento de este derecho constituye una clara manifestación del contenido social de la democracia constitucional colombiana y si bien él genera unos costos que hasta hace poco no eran asumidos ni por el Estado ni por la sociedad, ellos deben asumirse, al menos si lo que se quiere es que la faceta social del Estado social de derecho deje de ser una afirmación retórica para asumirse como una realidad en pleno proceso de construcción.

Finalmente, si bien el derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios impone una obligación a cargo del Estado y de los empleadores particulares, nada se opone a que puedan operar instrumentos alternos de garantía que, como el seguro de cumplimiento u otros, puedan diseñarse o concebirse para el efecto. Es decir, la institución se orienta a que se respeten los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de las familias de los secuestrados y desaparecidos mediante la continuidad en el pago de su salario u honorarios, indistintamente de los mecanismos que puedan contemplarse para que tal pago se haga efectivo.”

En consecuencia, debe quedar claro que no se trata de un derecho que debe reconocerse automáticamente tras la desaparición de una persona sino **de un derecho cuyo reconocimiento está supeditado al ejercicio razonable de una facultad que la ley le confiere a la autoridad que investiga el secuestro o la desaparición forzada** pues ella cuenta, en razón de la conducción del proceso, con los elementos de juicio requeridos para inferir fundadamente si se está o no ante uno de tales delitos y para, en caso de así establecerlo, ordenar que se continúe con el pago de los salarios u honorarios. Es decir, la imposibilidad de determinar la estructura típica del delito a partir del solo hecho de la pérdida de libertad de la persona y la necesidad de vincular a éste con el obrar deliberado de terceros, así no sean identificados o declarados penalmente responsables, impone recaudar elementos de juicio y valorarlos pues sólo de esa manera se acredita esa estructura y se genera el derecho a la continuidad en la remuneración.

Finalmente, en cuanto a la continuidad de la prestación de servicios a los beneficiarios del desaparecido, éste se debe continuar prestando siempre y cuando subsistan las cotizaciones respectivas.

3.- Un ciudadano solicita información de uno de nuestros afiliados sin demostrar ningún parentesco y tampoco se trata de autoridad competente, se cuestiona si se está en la obligación de suministrar la información sin la respectiva autorización o poder. Si la base de datos goza de protección legal.

En cuanto a la protección del derecho al hábeas data, respecto a la actualización contenida en las bases de datos de las entidades del Sistema General de Seguridad Social, encontramos apartes de la Sentencia T- 486 del doce (12) de junio de dos mil tres (2003) - Sala Cuarta de Revisión de la Corte constitucional- Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, manifestándose en los siguientes términos:

“El artículo [15](#) de la Carta Política reconoce a todas las personas el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ellas se hayan recogido en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. Esta prerrogativa, que la jurisprudencia constitucional y la doctrina denominan como el derecho al hábeas data, pretende resolver la tensión existente entre el derecho a la intimidad (art. [15](#) C.P.) y el derecho a la información (Art. [20](#) C.P.). Es claro que existen determinados datos que, al pertenecer al fuero íntimo del individuo, están excluidos del conocimiento público, por lo que no podrán ser parte de bases de datos de libre acceso, sin que con ello se vulneren derechos fundamentales de su titular. Estos casos, que son definidos doctrinariamente bajo la categoría de información sensible están cobijados por la protección preferente derivada del derecho a la intimidad.

Sin embargo, como ha tenido oportunidad de señalarlo esta Corporación, no todos los datos personales pertenecen a esta categoría, sino que buena parte de la información del individuo está

relacionada con la protección del interés general. Así, no sólo es permitido, sino necesario que se encuentre consignada en bases de datos a las que pueda accederse, en la medida en que su registro persigue el cumplimiento de fines constitucionalmente valiosos o, incluso, como se expondrá más adelante, la salvaguarda de derechos fundamentales.

En este sentido, el derecho al hábeas data concilia ambas posiciones, pues restringe el acceso indiscriminado a determinada clase de datos, en aras de la protección del derecho a la intimidad y prefigura un sistema normativo que, de un lado, permite al conglomerado conocer y utilizar la información valiosa para el tráfico jurídico y, de otro, faculta a su titular para que ejerza acciones destinadas a controlar las actividades de recolección, procesamiento y suministro del dato personal.

Con todo, la resolución de la tensión entre intimidad e información a favor de la protección del interés general cuando el dato personal se relaciona con ella, no queda en la simple posibilidad de acceso, sino que contiene el ejercicio correlativo de las facultades que confiere el derecho al hábeas data. En efecto, los sujetos concernidos en las bases de datos tienen, de conformidad con el artículo 15, el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que de ellos se consignen. Cada una de estas facultades permiten ejercer distintas acciones por parte del individuo, entre ellas, (i) identificar qué centrales de información contienen datos de los que es titular y quiénes las administran, (ii) exigir que la información consignada se ajuste a su realidad actual, es decir, que incorpore los hechos nuevos que modifiquen los datos incluidos en la base y (iii) exigir que la información consignada que no sea cierta, sea modificada o excluida, según el caso.

Igualmente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la protección del derecho fundamental al hábeas data hace necesaria la estipulación de una serie de principios relacionados con la administración de datos personales y la autodeterminación informática, que complementan las facultades reseñadas. Existe un principio de libertad, derivado de la cláusula general del artículo 16 Superior, que obliga a que la inclusión de datos esté precedida del consentimiento libre, previo y expreso de su titular, a su vez que impide la enajenación o cesión de la información bajo cualquier modalidad. El principio de necesidad, según el cual, debe existir una relación de correspondencia entre los datos recolectados y la finalidad de la base, lo que conlleva la exclusión de la información que no tenga tal relación. El principio de veracidad, que tiene sustento en la facultad de rectificación y del que se colige el deber que la información consignada se refiera a situaciones reales. El principio de integridad, que impide que los datos incluidos en las bases sean fraccionados o incompletos. **El principio de finalidad, de acuerdo con el cual el acopio, procesamiento y divulgación de datos debe obedecer a un objetivo definido con anterioridad y constitucionalmente legítimo.**

En estrecha relación con el principio anterior, está el de utilidad, que obliga a que la recolección, tratamiento y circulación de información, tenga un uso previamente determinado e identificable. **En el mismo grupo también se halla el principio de circulación restringida, según el cual los destinatarios de la información consignada deben coincidir con los sujetos autorizados para ello por su titular, quienes además deben tener relación con la finalidad que tenga la base”.**

En este orden de ideas y en aras de conservar el derecho fundamental del habeas data y los principios constitucionales descritos en la Sentencia antes relacionada, forzoso es concluir que para el suministro de información contenido en las bases de datos de las Entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, debe mediar autorización por parte del

titular, cuando dicha información sea solicitada por persona diferente a ella.

4.- Una afiliada en calidad de cotizante pensionada por sobrevivencia, que a la vez tiene un vínculo laboral activo y se encuentra cotizando simultáneamente por cada uno de sus vínculos, tiene su hijo de 5 años quien actualmente comparte la prestación de sobrevivencia y por ende también es cotizante, puede esta afiliada vincular a sus padres en calidad de beneficiarios directos?

El artículo [34](#) del Decreto 806 de 1998, define la conformación del grupo familiar para efectos de la cobertura en el Régimen Contributivo del Sistema de Salud y sobre la afiliación de los padres señala en el literal g):

“A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.”

De acuerdo con éste precepto, la afiliación de los padres de la cotizante como parte de su grupo familiar no es factible, toda vez que el hijo excluye ipso facto a los padres de la afiliada.

En los anteriores términos, esperamos absolver su consulta.

Cordialmente,

EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad: 8439 - 10708

2005.08.10



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

