

CONCEPTO 11752 DE 2005

(agosto 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctor Charles Rodolfo Bayona Molano
Gerente Nacional Aseguradora ATEP
DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros
ASUNTO: VPRL 2549

Mediante oficio enviado a esta Dirección, remite oficio DATEP 2399 suscrito por la Jefe Departamento Aseguradora ATEP en el cual consulta sobre la responsabilidad que pueda tener esa Administradora de Riesgos Profesionales con relación al pago de prestaciones económicas y asistenciales por los presuntos accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores de la empresa AHC Fundiciones Ltda., teniendo en cuenta que al comprobar derechos, éstos tienen inconsistencias de tipo no afiliación y no pago de cotizaciones.

Al respecto manifestamos:

El Decreto 1772 del 3 de Agosto de 1994, por el cual se reglamenta la afiliación y las cotizaciones al Sistema de Riesgos Profesionales establece en su artículo 2 que:

“El empleador está obligado a afiliar a sus trabajadores desde el momento en que nace el vínculo laboral entre ellos”.

En su artículo 3 señala que:

“Los empleadores que tengan a su cargo uno o más trabajadores deben estar afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales.

La selección de la entidad administradora de riesgos profesionales es libre y voluntaria por parte del empleador”.

En el artículo 4 dispone que:

“Efectuada la selección, el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva entidad administradora, **mediante el diligenciamiento de un formulario provisto para el efecto por la entidad administradora seleccionada, establecido por la Superintendencia Bancaria**”.

Así las cosas, las consecuencias derivadas de la inobservancia de lo dispuesto en los artículos precedentes, es decir, no haber efectuado la afiliación a la Administradora de Riesgos Profesionales, estando obligado a hacerlo, serán responsabilidad exclusiva del patrono, toda vez que el empleador no le ha trasladado dicho riesgo a la Administradora.

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 6° 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.”

Adicionalmente la Superintendencia Bancaria, por medio del concepto 2001042981-1 del 3 de diciembre de 2001, sobre el particular 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 el concepto emitido por la Superintendencia Bancaria, forzoso es concluir, que si la administradora no advirtió a tiempo que el empleador estaba realizando pagos por un trabajador que no estaba afiliado, y éste, sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional, la administradora debe responder por las prestaciones a que haya lugar, es decir, debe reconocer, subsidio por incapacidad temporal, indemnización por incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, o auxilio funerario, prestaciones estas contenidas en el artículo [7](#)° del Decreto 1295 de 1994

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.

Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solo podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando este cobro se adelante por terceros.

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.”

Así las cosas, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades 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.

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.

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 puede excusarse del pago de una prestación cuando el trabajador no se ha desafiliado del sistema.

Cordialmente,

EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad: 6064

2005.07.15



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

