

Tibagué, 13 de junio de 2019.

DTJ- 029-2019-132

Doctor:

EDWIN CASTAÑO ESCOBAR

Personero Municipal

Dirección: Carrera 5 No. 4-29

personeria@rioblanco-tolima.gov.co

Rioblanco – Tolima

Beneficiario: PERSONERIA MUNICIPAL DE RI
Beneficiaria: OLGA MERCEDES CORDOBA ZAR - Area: 141
9-06-14 11:19:39 Folios: 3



CDT-RS-2019-00004541

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto del 28 de mayo de 2019.

De manera muy respetuosa me dirijo a Usted con el fin de dar contestación a su solicitud de concepto de fecha 28 de mayo de 2019.

Concepto Jurídico	011
Tema:	Aportes a la seguridad social
Problema Jurídico:	Mora en el empleador de realizar los aportes.
Fuentes formales:	Constitución Política Ley 100 de 1993 Código Sustantivo del Trabajo
Jurisprudencia	Sentencia T No. 234 de 2018

Sobre Este Concepto jurídico:

Conforme al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre las cuestiones en él planteadas.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Como es conocido la función primordial de la Contraloría Departamental del Tolima, es ejercer la vigilancia fiscal de las entidades territoriales del nivel departamental y municipal, descentralizadas y por servicios.

Así que de manera muy general procedemos a dar respuesta al caso planteado, una vez estudiada la normatividad relacionada con el caso propuesto.

1. Normatividad:

Constitución Política

El Artículo 48 de la Constitución Política

Artículo 48. Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en



sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

El Artículo 53 dispone

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

El Código Sustantivo del Trabajo

El Artículo 14 del CST dispone lo siguiente:

El artículo 14 del Código Sustantivo de Trabajo es claro al señalar que "Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".

Ley 100 de 1993

En los Artículos 22 a 24 la Ley 100 de 1993, disponen sobre las obligaciones del empleador respecto de los aportes a la seguridad social. Lo siguiente;

ARTÍCULO 22. Obligaciones del Empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

ARTÍCULO 23. Sanción Moratoria. 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.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

ARTÍCULO 24. Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

ARTÍCULO 57. Cobro Coactivo. De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con prestación definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos.

2. Jurisprudencia

Sobre el cobro de los aportes a la seguridad social la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

4. Omisión en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones a cargo del empleador por la no afiliación.

4.1. La Constitución Política, dispone en su artículo 48 que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que se debe garantizar a todos los colombianos. Esta garantía constitucional está consagrada, a su vez, en distintos instrumentos internacionales como en la Declaración Americana de los Derechos de la Persona y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales se observa que la finalidad de este derecho es amparar a las personas contra las consecuencias normales de la vejez, la viudez, la invalidez, y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

4.2. Es por esto que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones colombiano, se consagró un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de prevenir dichas contingencias propias de los seres humanos inclusive, la muerte. Así las cosas, las normas dictadas para cumplir este fin, reconocieron derechos pensionales para aquellos afiliados a quienes les sobrevenga alguna de estas eventualidades, previo el cumplimiento de unos requisitos. En ese sentido, se establecieron prestaciones como la pensión de invalidez, de vejez, de sobrevivientes y la sustitución pensional.

4.3. Al interior de dicho sistema, se ha entendido que para brindar de manera efectiva una protección frente a las contingencias señaladas, es necesario que tanto empleadores como trabajadores cumplan con sus obligaciones legales para que, a su vez, les sean reconocidos sus derechos. En cuanto a los empleadores hay una obligación que cobra vital importancia en el ámbito del reconocimiento de prestaciones pensionales, y es el pago de aportes al sistema de seguridad social consagrado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a la obligación de realizar los aportes correspondientes por parte del empleador, se encuentra la posibilidad de garantizar su cumplimiento a través de la imposición de sanciones moratorias *"y una consecuente obligación en cabeza de las entidades administradoras de pensiones de los diferentes regímenes, en virtud de la cual deberán adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de tales obligaciones, claro está cuando el trabajador se encuentre afiliado al sistema"*. Respeto a lo anterior, la Ley 100 de 1993 señaló sanciones moratorias y acciones de recobro.

4.5. De lo anterior se extraen tres posibilidades que generan, además, diferentes responsabilidades:

i) Si el empleador omitió realizar la afiliación de un empleado al sistema general de seguridad social en pensiones, y dicha omisión se extendió *"por un periodo igual o superior al que la administradora general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida, es decir Colpensiones, requiere para el reconocimiento efectivo de una pensión de vejez en caso de haber sido afiliado a dicha entidad, le corresponderá al empleador negligente asumir el valor de dicha prestación periódica"*⁷², lo anterior debido al fenómeno de la subrogación del riesgo, el cual permite trasladar la obligación de reconocer y pagar las prestaciones que se generen para amparar las contingencias de vejez, invalidez y muerte a un fondo o administrador de pensiones, pero si no hay afiliación el riesgo no se desplaza, por lo tanto, la responsabilidad completa es del empleador.

(ii) Si el empleador omitió afiliar a su trabajador a un fondo de pensiones pero lo hace (afiliación) de manera tardía, la ley contempla la obligación que tiene el empleador de trasladar al sistema, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el empleado y que no fue cotizado por el patrono. Así, el fondo o administradora expide al empleador un cálculo actuarial de lo adeudado, correspondiente a los aportes que se debieron realizar desde el mismo momento en que inició la relación laboral, este hace el correspondiente pago, trasladando la responsabilidad pensional a la entidad, la cual, si se cumplen los requisitos para una prestación económica deberá ser quien la asuma.

(iii) Finalmente, si el empleador afilió cumplidamente al trabajador pero no hizo los pagos de las cotizaciones que debía, se está frente a la figura del *allanamiento a la mora* por parte del fondo o administrador de pensiones, ya que a este el legislador le ha dado la oportunidad de a través de instrumentos legales, perseguir el pago de dichos aportes.

De tal manera que las prestaciones económicas que se generen serán asumidas por el fondo o administradora con la posibilidad de acudir a los recursos judiciales o administrativos para lograr por parte del empleador moroso el pago de los aportes adeudados junto con los intereses a que haya lugar.

4.6. Específicamente, en el segundo caso que se presenta cuando el empleador afilia tardíamente a su empleado, como se dijo, debe solicitar al fondo o administradora de pensiones el cálculo actuarial (aportando los demás documentos que exija la entidad para el efecto) a partir del cual debe tomar la decisión de pagar dicho valor a la administradora y trasladar el riesgo o asumir las prestaciones económicas que puedan presentarse.

4.7. Es clara la intención del legislador al prever esta figura (pago del cálculo actuarial), y es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. De tal manera que si se hace la correspondiente afiliación del empleado por parte del empleador y se paga el valor del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados

4.8. Así las cosas, y al tratarse de obligaciones expresamente consagradas en la ley, no es posible que los empleadores se amparen en su propia culpa para evadir su cumplimiento y exonerarse de las consecuencias que puede acarrear su omisión. Por tanto, *"si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes, no puede*

quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional'. Así, dicha omisión no puede ser imputada al trabajador, ni mucho menos este deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, como la imposibilidad de acceder a una pensión que garantice las condiciones mínimas de una subsistencia digna, pues se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado.

Según la normativa expuesta efectuamos las siguientes

3. Conclusiones:

Conforme a la dispuesto en la Constitución Política de Colombia, la seguridad social es un servicio público que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Que la Ley 100 de 1993 en el Artículo 22 dispone que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Que el empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

4. El caso en concreto.

En el caso en concreto no se puede determinar porque motivos existió esta omisión de efectuar los descuentos de los aportes al sistema de seguridad social, evidentemente el error está en el diligenciamiento de la nómina, y no podemos atribuir responsabilidades, pudieron existir fallas humanas o técnicas, lo cierto es que frente a la normativa expuesta existe una mora en el pago de estos aportes por parte de la Personería Municipal de Rioblanco quien no efectuó pago del porcentaje que le correspondía ni efectuó el descuento del porcentaje correspondiente al trabajador de los aportes a pensión.

Por su parte, Colpensiones tiene las facultades legales para efectuar las correspondientes acciones de cobro.

De esta manera damos respuesta a lo solicitado por el peticionario

Sin otro particular,

Atentamente,



OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyecto:
FATA(PU)

Oficio 029

Juridica



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
MUNICIPIO DE RIOBLANCO
PERSONERÍA MUNICIPAL
NIT. 809.004.400-6



Oficio No. 300-DMP-0053-2019

Remitente: EDWIN CASTAÑO ESCOBAR
2019-05-27 10:58:04 Folios: 8



Rioblanco, Mayo 22 de 2019



CDT-RE-2019-00002160

Doctor
EDILBERTO PAVA CEBALLOS
CONTRALOR DEPARTAMENTAL
EDIFICIO GOBERNACIÓN DEL TOLIMA PISO 7
Ibagué Tolima.

Asunto: SOLICITUD AUDITORÍA Y/O CONCEPTO

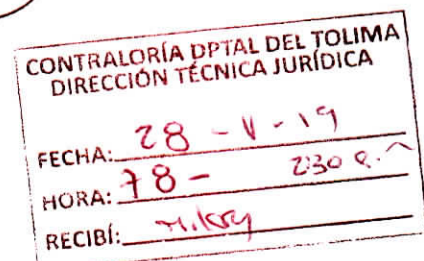
Respetado Doctor Pava:

La Personería Municipal de Rioblanco y dando cumplimiento a las funciones constitucionales y en especial las otorgadas en la Ley 136 de 1994, Artículo 178.

Atendiendo lo anterior me permito solicitar con el debido respeto, para que por su intermedio se proceda a conceptuar frente a la petición del Señor HECTOR VEGA QUIJANO personero para la vigencia 2004 - 2007 (anexo) sobre la viabilidad de esta, dejando de presente que los personeros son los ordenadores del gasto y ejecutores de las transferencias por lo que es por lo menos extraño que el referido peticionario, a pesar de haber ejercido como Personero en dicho periodo, presuntamente no se pagó los aportes a pensión pero dentro de las nóminas que reposan en esta entidad si se desembolsaron los valores con cargo al salario pero no los descuentos de ley para el caso pensión, salud y demás, y a la fecha pretende que dicha entidad desembolse tales emolumentos aprovechándose incluso de su propio yerro.

Cordial Saludo,


EDWIN CASTAÑO ESCOBAR
Personero Municipal



"Deberes, Derechos, Justicia y Sociedad"

CARRERA 5 No. 4-29 - Móvil 3172293678
personeria@rioblanco-tolima.gov.co