



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

001033

OJ- _____ - 10

Bogotá, 24 MAY 2010

Doctor
HARVEY ZAMBRANO TORRES
Vicerrector Administrativo y Financiero
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad.

REF. Concepto Jurídico sobre cancelación de intereses de mora por concepto de aportes a Seguridad Social.

Apreciado Doctor Zambrano.

Teniendo en cuenta su oficio VAF-2010 de fecha mayo 13 de 2010, en el que requiere autorización para dar trámite a la solicitud de cancelación de intereses de mora por concepto de aportes en pensiones, fondo de solidaridad y salud del docente Eugenio Gutiérrez Cely, me permito manifestar lo siguiente:

1. *Del pago de las obligaciones.*

El Código Civil expresa sobre el pago lo siguiente:

"ARTICULO 1626. <DEFINICIÓN DE PAGO>. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

ARTICULO 1627. <PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACIÓN>. El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

ARTICULO 1628. <PAGOS PERIÓDICOS>. En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor.

ARTICULO 1629. <GASTOS OCASIONADOS POR EL PAGO>. Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales."

Así se expone el marco normativo sobre el particular.

2. *De la mora del deudor.*

El Código Civil establece los eventos en los que el deudor de una obligación se encuentra en mora, así:

"ARTICULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>. El deudor está en mora:

Página 1 de 9



1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin dárla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, sobre las obligaciones en dinero, el Código señala:

"ARTICULO 1617. <INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO>. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas."

De esta manera queda claro el marco normativo, que rige la materia.

3. De los intereses corrientes y los intereses moratorios

Para analizar el caso concreto es indispensable estudiar el concepto de interés corriente o remuneratorio y el de interés moratorio.

El interés remuneratorio es aquel que se cobra como rendimiento de un capital entregado a un tercero.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha indicado que:

"Los intereses corrientes son de índole remuneratoria y, en el caso impositivo, eminentemente "legales" o "convencionales" según provengan de la ley o del acuerdo de las partes."

El interés moratorio, es aquel interés sancionatorio, que se aplica una vez se haya vencido el plazo para que se reintegre el capital cedido o entregado en calidad de préstamo y no se haga el reintegro o el pago.

El interés moratorio, sólo opera una vez vencidos los plazos pactados. Mientras el plazo no haya vencido, opera únicamente el interés remuneratorio.

La ley 45 de 1990, en su artículo 65, contempla que:

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA
Consejero ponente: MARIELA VEGA DE HERRERA. Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo seis (6) de mil
novecientos noventa y ocho (1998) Radicación número: 8637



“Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.”

Se observa con claridad que la ley 45 permite [y obliga] el cobro de intereses moratorios solo a partir de la mora.

4. Del sistema de seguridad social integral

La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de seguridad social integral, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 80. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.”

Es así como la ley define quiénes deben estar afiliados a los sistemas de pensiones y salud, así:

“ARTÍCULO 15. AFILIADOS. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se registrarán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley.

Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.

(...)

ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.



Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B. Personas vinculadas al Sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

PARÁGRAFO 2o. La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre Entidades Promotoras de Salud.

PARÁGRAFO 3o. Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De esta forma queda clara la forma en la que fue concebido el sistema de seguridad social integral y la forma de pertenecer al mismo.

5. **De los aportes a seguridad social integral**

El artículo 4 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, expresa:

Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas **con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.** (Negrilla fuera de texto).

Sobre el particular, la Corte Constitucional, indicó:

"El parágrafo 1º del artículo 15 de la ley 100 de 1993 establece una serie de principios que son aplicables a los trabajadores independientes. Entre esos principios señala que **el ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos realmente percibidos por el afiliado.**" Siendo así, es claro que una lectura completa de las normas que regulan la materia muestra que el legislador, lejos de implantar una norma discriminatoria o gravosa para los afiliados, lo que hizo fue buscar la **proporcionalidad entre lo devengado y la cotización a fin de asegurar que quienes coticen lo hagan de conformidad con su capacidad de pago.** Esta refutación desarrolla el principio de igualdad, pues mal podría considerarse que todo cotizante puede aportar al sistema en la misma magnitud. Además, ese mismo criterio de proporcionalidad aplica para los asalariados, quienes deben cotizar de conformidad con su salario. En síntesis, la Corte concluye que no viola la igualdad el deber que tiene el contratista de cotizar pues la Constitución no restringe la posibilidad de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones al trabajador asalariado dependiente. Por el contrario, señala que uno de los fundamentos del sistema es la universalidad y por eso es razonable que la ley imponga a los trabajadores independientes el deber de aportar al sistema.



internacionales en materia de seguridad social. Existe pues una coherencia o racionalidad interna entre el medio utilizado por el legislador y el fin perseguido por él.¹³

Esta base de cotización, fue reglamentada por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 510 de 2003, que estableció:

"ARTÍCULO 3o. La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO. Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del parágrafo primero del artículo 5o. de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos.

Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión y le serán devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

(...)

ARTÍCULO 5o. Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes tendrán un aporte adicional, sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 hasta 17 smlmv de un 0.2%, de más de 17 hasta 18 smlmv de un 0.4%, de más de 18 hasta 19 smlmv, de un 0.6%, de más de 19 hasta 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la Ley 797 de 2003."

En este orden de ideas, queda expuesto el escenario normativo sobre el tema.

6. De la mora en el pago de los aportes a Seguridad Social Integral.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, dispone sobre las obligaciones del empleador, lo siguiente:

"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." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego es claro que el empleador es el encargado y obligado de efectuar el pago de los aportes a seguridad social integral a las administradoras previamente determinadas, dentro de los plazos señalados para tal efecto.

Ahora bien, en el evento en el que el empleador incumpla su obligación al no pagar dentro de los plazos señalados, la Ley 100 de 1993, dispone:

¹³ Sentencia C – 1054 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



"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." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Entonces queda claro que los empleadores que incumplan su obligación, deberán cancelar intereses moratorios que se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Además, esta conducta omisiva deberá ser investigada desde el punto de vista disciplinario e incluso fiscal.

Así mismo, las entidades administradoras podrán iniciar las acciones de cobro respectivas por la mora en el pago de los aportes, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Todo lo anterior se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley 100 de 1993, que señala:

"ARTÍCULO 210. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. Se establecerán las mismas sanciones contempladas en los artículos 23 y 271 de la presente Ley para los empleadores que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a escoger libre y voluntariamente la Entidad Promotora de Salud a la cual desee afiliarse. También le son aplicables las sanciones establecidas para quien retrase el pago de los aportes.

PARÁGRAFO. Ningún empleador de sector público o privado está exento de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Y el artículo 271 de la citada ley, dada la remisión realizada por el artículo expuesto, dispone:

"ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios."

Luego se puede concluir que el retraso en la obligación de efectuar los pagos de los aportes a seguridad social integral por parte del empleador, generará intereses moratorios, multas e investigaciones disciplinarias y fiscales.

7. Del caso concreto



En el caso concreto se cuestiona sobre la viabilidad de dar trámite a la solicitud de cancelación de intereses de mora por concepto de aportes en pensiones, fondo de solidaridad y salud del docente Eugenio Gutiérrez Cely.

Para dar respuesta se debe precisar lo siguiente:

- a. *Es obligación del empleador efectuar de manera oportuna el pago de los aportes a seguridad social integral de sus trabajadores.*
- b. *En caso de incumplimiento de esta obligación, deberá pagar intereses moratorios que se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.*
- c. *Así mismo, las administradoras pueden iniciar las acciones de cobro respectivas en contra del empleador.*
- d. *También se pueden imponer multas al empleador por su incumplimiento.*
- e. *De otra parte, se debe proceder a adelantar las acciones correspondientes respecto a posibles omisiones.*

En este orden de ideas, es claro para esta Oficina, que ante el posible incumplimiento por parte de la Universidad en el pago oportuno de los aportes a seguridad social integral de uno de sus trabajadores, debe cancelar los intereses moratorios pertinentes, de conformidad con la norma, a las administradoras respectivas.

Es necesario realizar las siguientes precisiones:

Como se expresó anteriormente, el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, dispone que ... *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.*

Empero, es importante destacar que esta disposición se da dentro del marco normativo referido a las cotizaciones al sistema general de pensiones, por lo que se debe revisar lo dispuesto para las cotizaciones al sistema general de salud.

Al respecto, el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, expresa:

"ARTÍCULO 209. SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego si los pagos a salud no se realizan de manera oportuna por parte del empleador, se generará la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del POS; pero durante dicho lapso de suspensión, no se podrán generar intereses de ninguna clase, es decir, en criterio de esta Oficina, no aplica la sanción moratoria.



En este orden de ideas, se puede concluir:

- a. El retraso en el pago de los aportes a pensión, genera sanción moratoria.
- b. Si dicho pago se hace a tiempo pero de manera parcial o incompleta, se considera que la sanción moratoria debe calcularse sobre el monto dejado de pagar y no sobre la totalidad del aporte.
- c. El retraso en el pago de los aportes a salud, no genera sanción moratoria, ni interés de ninguna clase si la EPS respectiva ha suspendido la afiliación del trabajador.

En consecuencia y para efectos de analizar la viabilidad del pago referido en su oficio, esta Oficina recomienda:

- Solicitar al Fondo de Pensiones, la EPS y la ARP respectivamente, que certifiquen el valor que se debe pagar teniendo en cuenta la realización del aporte de manera incompleta (monto de la deuda a capital, es decir, los aportes netos según el IBC del afiliado) y la normatividad que sirve de fundamento para dicho cálculo.
- Solicitar al Fondo de Pensiones respectivo el cálculo del valor que se debe pagar por concepto de sanción moratoria y la normatividad que sirve de fundamento para dicho cálculo.
- Solicitar a la ARP respectiva el cálculo del valor que se debe pagar por concepto de sanción moratoria y la normatividad que sirve de fundamento para dicho cálculo.
- Solicitar a la EPS respectiva información sobre la ocurrencia o no de la suspensión de la afiliación a efectos de determinar si se causa o no la sanción moratoria.

En todo caso es importante tener claridad en cuanto a los valores que deben ser pagados para evitar una erogación de recursos equivocada

Cordialmente,

LUISA FERNANDA LANCHEROS PARRA
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica