

CONCEPTO 4287 DE 2016

(febrero 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Incumplimiento de contratos de aprendizajes por pago extemporáneo de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

En atención a su comunicación No. 8-2016-000253 del 7 de enero de 2016, mediante la cual solicita concepto con el fin de precisar si se configura incumplimiento del contrato de aprendizaje con el pago extemporáneo de la seguridad social (EPS y ARL) por parte del empleador; al respecto, de manera comedida procedemos a resolver su consulta.

En su comunicación manifiesta en resumen lo siguiente:

“En razón a los procesos de fiscalización a las empresas reguladas, por incumplimiento en la Cuota de Aprendices, en los casos que se evidencia que la empresa NO canceló los aportes a la EPS y ARL y en el momento de la fiscalización los paga extemporáneo con los intereses moratorios que diere lugar, ese contrato de aprendizaje ¿es válido para cumplimiento de cuota, habiéndose cancelado la seguridad social vencida?

Casos donde la empresa regulada acepta que a los contratos durante su etapa lectiva – productiva o productiva NO habían cancelado la EPS, efectuando el pago de manera extemporánea.

En virtud de que el Acuerdo 015 de 2003, establece en su artículo [3](#): INCUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE POR PARTE DE LA EMPRESA PATROCINADORA. Se presenta incumplimiento por parte del empleador por las siguientes causales: (...) 7. El no pago oportuno de los aportes a la seguridad social en salud y riesgos profesionales del aprendiz.

Así las cosas surge el siguiente interrogante ¿se configura en incumplimiento el anterior caso en que la empresa paga con mora de 1 o más meses los aportes de seguridad social?

PROBLEMA JURÍDICO

En relación con la consulta, se deben resolver los siguientes interrogantes:

¿Se configura incumplimiento del contrato de aprendizaje cuando el empleador paga de manera extemporánea la seguridad social del aprendiz con mora de uno o más meses?

¿Es válido el contrato de aprendizaje para cumplimiento de cuota, habiéndose cancelado la seguridad social vencida?

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas

específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

La Ley 789 de 2002 en su artículo [30](#) señala:

“ARTÍCULO [30](#). NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE. (...)

Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP (ARL) que cubre la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional”. (Paréntesis aclaratorio nuestro).

De igual manera el artículo [2.2.6.3.5](#) del Decreto 1072 de 2015 que incorporó el artículo 5o del Decreto 944 de 2003, establece:

“Artículo [2.2.6.3.5](#). Afiliación al sistema de seguridad social integral. La afiliación de los aprendices alumnos y el pago de aportes se cumplirá plenamente por parte del patrocinador así:

1. Durante las fases lectiva y práctica el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud y la cotización será cubierta plenamente por la empresa patrocinadora, sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente;
2. Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado al Sistema de Riesgos Profesionales por la Administradora de Riesgos Laborales, ARL, que cubre la empresa patrocinadora sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente.

Cuando las fases lectiva y práctica se realicen en forma simultánea, el aprendiz estará cubierto por salud y riesgos laborales”.

Estas normas indican que durante la fase lectiva y práctica el aprendiz debe estar cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional; y, además, en la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos laborales por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) que cubre la empresa.

El artículo [48](#) de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, establece que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social instituido como un servicio público de carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

La seguridad social se agrupa en tres sistemas: pensiones, salud y riesgos profesionales. En los tres sistemas es obligatoria la afiliación.

El Acuerdo 00015 de 2003 “Por el cual se regulan aspectos operativos del contrato de aprendizaje, establece en su artículo [3o](#):

“ARTÍCULO 3o. INCUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE POR PARTE DE LA EMPRESA PATROCINADORA. Se presenta incumplimiento por parte del empleador por las siguientes causales:

1. El incumplimiento y/o imprecisión en la información reportada al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, en relación con el número de trabajadores vinculados a la empresa.
2. El incumplimiento a la contratación del número mínimo obligatorio de aprendices o el pago de la monetización cuando el empleador opte por esta alternativa.
3. <Modificado por el artículo 1o del Acuerdo 0011 de 2008> Una vez en firme el acto administrativo que determine o modifique la cuota de aprendices, el empleador obligado deberá suscribir los correspondientes contratos dentro de los 20 días hábiles siguientes, en caso de que hubiere optado por cumplir la cuota contratando aprendices.

El mismo plazo tiene el empleador obligado para reemplazar un aprendiz que haya terminado el contrato; en este caso los 20 días hábiles se contarán a partir de la fecha de terminación del respectivo contrato.

4. Cuando no le permitan al aprendiz realizar las prácticas en la actividad objeto de la relación de aprendizaje.
5. El no pago del valor del apoyo de sostenimiento.
6. La mora en el pago del valor del apoyo de sostenimiento.
7. El no pago oportuno de los aportes a la seguridad social en salud y riesgos profesionales del aprendiz”. (Subrayas nuestras)

Como puede observarse, constituye causal de incumplimiento de la relación de aprendizaje el hecho que la empresa patrocinadora (empleador) no pague oportunamente los aportes a la seguridad social en salud y riesgos laborales del aprendiz.

La Ley 828 de 2003 “Por la cual se expiden normas para el Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social” en su artículo 5o señala:

“Artículo 5o. Sanciones Administrativas. Las autoridades o personas que tengan conocimiento sobre conductas de evasión o elusión, deberán informarlas en forma inmediata al Ministerio de la Protección Social tratándose de pensiones o riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Sena, ICBF o a la Superintendencia Nacional de Salud. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud o la autoridad competente según el caso dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la queja, correrán traslado al empleador o trabajador independiente responsable, quien deberá acreditar el pago o la inexistencia de la obligación que se le imputa en un plazo de treinta (30) días. En el evento en que no se acredite el pago en el plazo mencionado, existiendo obligación comprobada y no desvirtuada, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, impondrá las sanciones previstas en la ley, que tratándose de multas, no podrán ser inferiores al cinco por ciento (5%) del monto dejado de pagar.

Las sumas que se recauden por concepto de la multa, en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinarán a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

El no pago de las multas aquí señaladas inhabilitará a la persona natural o jurídica a contratar con el Estado mientras persista tal deuda, salvo que se trate de procesos concursales y existan acuerdos de pago según Ley 550 de 1999. (...)” (Subrayas nuestras).

Esta norma indica que las autoridades o personas que tengan conocimiento sobre conductas de evasión o elusión, deberán informarlas de inmediato al Ministerio de la Protección Social (actual Ministerio del Trabajo) cuando se trate de pensiones o riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Sena, ICBF, o a la Superintendencia Nacional de Salud o a la autoridad competente, según sea el caso, para que se encargue de investigar e imponer la correspondiente sanción prevista en la ley.

En relación con los aportes por riesgos laborales (antes riesgos profesionales) se debe observar lo dispuesto en los Decretos 1295 de 1994 y 055 de 2015.

El Decreto 1295 de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”, en sus artículos 4o y 13 señala:

“Artículo 4o. Características del Sistema. // El Sistema General de Riesgos Profesionales tiene las siguientes características:

(...)

e) El empleador que no afilie a sus trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales, además de las sanciones legales, será responsable de las prestaciones que se otorgan en este decreto.

(...)

“Artículo 13. Afiliados. <Modificado por el artículo 2o de la Ley 1562 de 2012>. Son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales:

a) En forma obligatoria:

(...)

4. Los estudiantes de todos los niveles académicos de instituciones educativas públicas o privadas que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley por parte de los Ministerio de Salud y Protección Social. (...)”.

De acuerdo con estas normas se debe afiliar al Sistema de Riesgos Laborales (antes Riesgos Profesionales) a los trabajadores, estudiantes y aprendices que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios e involucre un riesgo ocupacional.

El incumplimiento por parte del empleador de la obligación que tiene de afiliar a sus trabajadores, estudiantes y aprendices al Sistema General de Riesgos Laborales, además de las sanciones legales, será responsable de las prestaciones que se lleguen a causar conforme a la legislación vigente.

El Decreto 055 de 2015 “Por el cual se reglamenta la afiliación de estudiantes al Sistema General de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones”, en sus artículos 1o y 15 dispone lo siguiente:

“Artículo 1o. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer las reglas para la afiliación y el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales de los estudiantes que cumplen con las condiciones expresamente señaladas en el literal a) numeral 4 del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 2o de la Ley 1562 de 2012”.

“Artículo 15. De la responsabilidad y sanciones. El incumplimiento de los deberes consagrados en el presente decreto, dará lugar a las investigaciones disciplinarias, fiscales y/o penales pertinentes de acuerdo con la ley.

La inspección, vigilancia y control será ejercida por la Superintendencia Financiera de Colombia, por la Superintendencia Nacional de Salud y por el Ministerio del Trabajo, de acuerdo con las normas vigentes”. (Subrayas nuestras).

Según lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 055 de 2015, el incumplimiento o mora en el pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Laborales dará lugar a las investigaciones disciplinarias, fiscales y/o penales pertinentes por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio del Trabajo, de acuerdo con las normas vigentes y según sea el caso, teniendo en cuenta que a esas entidades les corresponde la inspección, vigilancia y control de los deberes que tienen los empleadores de afiliar a los trabajadores, estudiantes o aprendices, así como también la de informar las novedades y realizar el pago de dichos aportes.

En relación con los aportes a la seguridad social, el artículo [43](#) de la Ley 789 de 2002 establece:

“Artículo [43](#). Aportes a la seguridad social. Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado (hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora), sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales.

La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley”.

Esta norma establece que estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, situación que también aplica para el contrato de aprendizaje en el sentido de que estando vigente la relación de aprendizaje no se podrá desafiliar al aprendiz de los servicios de salud.

En estos casos la empresa promotora de salud respectiva cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.

En relación con la continuidad en la prestación del servicio de salud, la Corte Constitucional al analizar el artículo [43](#) de la Ley 789 de 2002, señaló:

“La Corte Constitucional considera que el artículo [43](#) de la Ley 789 de 2002 no desconoce el

principio de igualdad con respecto a los empleadores puesto que la norma no va dirigida a ellos, no tiene por objeto regularlos. Por lo tanto, ni impone el mismo trato a los empleadores cumplidos y los incumplidos, como lo sugiere el demandante, ni impone un trato diferente a los empleadores incumplidos, como lo sugiere el interviniente.

Como se indicó al analizar la disposición acusada, el propósito de la misma es garantizar que no se interrumpa la prestación del servicio de salud a aquellos trabajadores que se les ha descontado de su salario los aportes para el Sistema de Salud, así su empleador no haga los respectivos aportes a las EPS. Es una norma que busca evitar que el trabajador asuma la elevada carga de carecer del servicio de salud para él y sus beneficiarios, en razón al incumplimiento de su empleador, cuando él si lo ha hecho. Por tanto, sólo hace alusión a los empleadores en función de establecer cuáles son los supuestos fácticos de aplicación de la norma, es decir, para determinar en qué circunstancias de hecho debe ser aplicada la disposición. El artículo [43](#) de la Ley 789 de 2002 ni mejora, ni empeora, la situación jurídica de los empleadores que descuentan los aportes de sus trabajadores pero no cumplen sus obligaciones con las EPS.

(...)

El artículo demandado señala que los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado “(...) sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales” (acento fuera del original). No es cierto, entonces, como lo afirma el demandante, que antes de la expedición de la Ley [789](#) de 2002 los empleadores incumplidos tenían que asumir cargas que ahora no son su responsabilidad. Expresamente el legislador decidió garantizar el acceso a la prestación del servicio de salud sin que en manera alguna ello implique modificar los deberes que tiene el empleador, o las responsabilidades que éste adquiere ante el incumplimiento de los mismos. Sencillamente separó lo que tiene que ver con la prestación del servicio de salud del empleado cumplido, de lo que tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones del empleador incumplido. En efecto, con el propósito de atender esta segunda cuestión el Congreso expidió la Ley [828](#) de 2003, que contempla normas encaminadas a evitar la evasión del Sistema de Seguridad Social. El empleador sigue respondiendo ante el Sistema de Salud por las deudas y las sanciones que se le hayan impuesto debido a su incumplimiento.

La norma acusada, además de señalar expresamente en su inciso primero que no altera las responsabilidades que la ley fija en cabeza del empleador incumplido, establece en su inciso segundo que “[l]a empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.” Así pues, el legislador tampoco modificó el régimen de sanciones al que está sometido el empleador que, pese a retener los aportes de los trabajadores, no hace los giros a las EPS oportunamente.

Como puede evidenciarse, los servicios de salud deben continuar prestándose mientras esté vigente la relación laboral o vínculo de aprendizaje, frente a lo cual la EPS repetirá contra el empleador incumplido, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

Ahora bien, cabe advertir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo [80](#) de la Ley 828 de 2003, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) podrán solicitar tanto a los afiliados cotizantes y beneficiarios, como a los empleadores, la documentación que requieran para verificar la veracidad de sus aportes o la acreditación de la calidad de beneficiarios, sin perjuicio de la reserva que por ley tengan algunos documentos.

De acuerdo con el mismo artículo [8o](#) de la Ley 828 de 2003, si la causa de la suspensión de los servicios en el sistema de salud es imputable al empleador, este deberá sufragar directamente la atención en salud del afiliado cotizante y sus beneficiarios, así como el pago de la incapacidad por enfermedad general del afiliado cotizante durante el período de suspensión de servicios, conforme a lo establecido en el artículo [43](#) de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes e intereses adeudados. En este caso se prestarán los servicios al usuario y la Empresa Promotora de Salud deberá repetir contra el empleador.

En este orden de ideas podemos concluir que la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales constituye incumplimiento de la relación de aprendizaje, cuya omisión impone el deber a las autoridades o personas que tengan conocimiento del hecho informar de manera inmediata al Ministerio del Trabajo, Superintendencia de Salud o Superintendencia Financiera, según sea el caso, para que inicien las investigaciones y apliquen las correspondientes sanciones. De todas maneras la ley garantiza al aprendiz la continuidad en la prestación del servicio, caso en el cual la entidad de seguridad social cobrará al empleador moroso los aportes adeudados con los correspondientes intereses, sin perjuicio de las demás sanciones a que se haga acreedor.

En estos eventos la relación de aprendizaje continúa, salvo que la autoridad que adelante la investigación determine lo contrario.

RESPUESTA JURÍDICA

De acuerdo con lo anterior, se procede a dar respuesta a los interrogantes formulados, de la siguiente manera:

Pregunta. ¿Se configura incumplimiento del contrato de aprendizaje cuando el empleador paga de manera extemporánea la seguridad social del aprendiz con mora de uno o más meses?

Respuesta. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo [3o](#) del Acuerdo 00015 de 2003 el no pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales constituye incumplimiento de la relación de aprendizaje.

En virtud de lo dispuesto en el artículo [5o](#) de la Ley 828 de 2003, el incumplimiento o mora en el pago de los aportes a la seguridad social en salud y riesgos profesionales impone el deber a las autoridades o personas que tengan conocimiento del hecho informar de manera inmediata al Ministerio del Trabajo, Superintendencia de Salud o Superintendencia Financiera, según sea el caso, para que inicien las investigaciones e impongan las correspondientes sanciones.

De todas maneras la ley garantiza al aprendiz la continuidad en la prestación del servicio, caso en el cual la entidad de seguridad social cobrará al empleador moroso los aportes adeudados con los correspondientes intereses, sin perjuicio de las demás sanciones a que se haga acreedor.

Pregunta. ¿Es válido el contrato de aprendizaje para cumplimiento de cuota, habiéndose cancelado la seguridad social vencida?

Respuesta. El contrato de aprendizaje es válido para el cumplimiento de la cuota de aprendizaje, sin perjuicio de la sanción en que pueda llegar a incurrir el empleador moroso.

En estos eventos la relación de aprendizaje continúa, salvo que la autoridad que adelante la investigación determine lo contrario.

El presente concepto se rinde de conformidad con lo dispuesto por el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

