

CONCEPTO 4896 DE 2009

(abril 13)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

PARA: Doctora LUZ MARINA BOLAÑOS

Gerente ISS Seccional Cundinamarca y D.C.

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficio No. 0968 - Pensiones indebidamente reconocidas

Respetada Doctora:

Acuso recibo del oficio de la referencia emanado del despacho a su cargo a través del cual se informa sobre una situación particular en la que se concedió una pensión a un afiliado en los términos del Decreto [758](#) de 1990 teniendo en cuenta para el efecto pagos convalidados mediante cálculo actuarial.

Sobre el particular se precisa lo siguiente:

Sea lo primero anotar que de conformidad con el artículo Décimo Cuarto de la Resolución 1835 de 3 de mayo de 1995 y el artículo Décimo Tercero de la Resolución 0631 de 18 de marzo de 2003 emanadas de la Presidencia del I.S.S., la Gerencia Seccional es competente para adelantar las acciones administrativas y/o judiciales que resulten pertinentes de acuerdo a la delegación conferida por la Presidencia del I.S.S. con el propósito de ajustar a derecho las actuaciones de la Seccional cuya irregularidad o ilegalidad sea manifiesta y precaver un mayor detrimento patrimonial al Instituto

De otra parte debe recordarse que en reiteradas oportunidades esta Dirección ha señalado la improcedencia para convalidar semanas a través del cálculo actuarial por omisión en la afiliación imputable al empleador en tratándose de pensiones que se reconozcan bajo el amparo del régimen de transición, siendo del caso citar lo dicho en el oficio DJN-US [1363](#) del 11 de febrero de 2008 en el que se sintetiza el criterio de este Despacho sobre el particular:

“(…) para el primer caso, es decir la prestación consagrada en el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003, el legislador previó varias posibilidades a fin de completar el número mínimo de semanas requeridos para hacerse beneficiario de la pensión de vejez, entre ellas, la convalidación del tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

“Sin embargo, tal posibilidad no fue incorporada por el legislador colombiano en el texto normativo del artículo [36](#) para aquellos afiliados que son destinatarios de la aplicación del

régimen de transición y con ello, de las normas anteriores. Luego en este caso, si bien los afiliados se hacen destinatarios de la aplicación de la edad, tiempo y monto previsto en el régimen anterior, no se dispuso de manera adicional, la posibilidad de convalidar tiempos de servicio con empleadores que por omisión no hubieren afiliado a sus trabajadores, luego no es preciso conceder, en este evento, una amplitud normativa que el legislador no previó para el conjunto de las prestaciones económicas que conforman el Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

“De lo anterior puede inferirse, como ya se había dejado plasmado en los conceptos relacionados en la consulta de cita, que en aquellos casos en que el empleador hace uso de la convalidación de tiempos de servicio como consecuencia de la omisión en la afiliación de sus trabajadores a partir de la modalidad del cálculo actuarial de conformidad con el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, será esta misma norma la que regirá el designio de la prestación económica que habrá de reconocerse al respectivo asegurado, una vez se satisfagan la totalidad de los requisitos previstos para tal efecto, y no las disposiciones contenidas en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, que como se indicó en forma precedente, consagra los lineamientos para una pensión que se sustentará en la observancia de los aspectos relativos a edad, tiempo y monto contenidos en normas anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones”.

Atendiendo a lo anterior, es claro para esta Dirección que la convalidación de semanas mediante el cálculo actuarial por omisión imputable al empleador es una posibilidad jurídicamente admisible sólo para acceder al derecho pensional expresamente señalado en el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley [797](#) de 2003 y no respecto de las pensiones amparadas en las reglas del régimen de transición dado que el legislador no contempló dicho mecanismo de convalidación de semanas para este tipo de prestaciones, de modo que la situación bajo examen se encuentra opacada por una irregularidad que debe ser subsanada a instancia de esa Gerencia.

Ahora bien, en cuanto se refiere a las acciones que pueden ser adelantadas por la Gerencia Seccional, el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003 contempla lo siguiente:

“Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. **En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes.**¹(Negrilla por fuera del texto).

En tratándose de la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del titular del derecho, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia de amparo y en consonancia con el criterio esgrimido por el Consejo de Estado en Sentencia de 18 de Julio de 1991, señaló:

“(…) los únicos actos de carácter particular que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan del silencio administrativo positivo, ya que tanto las causales establecidas en el artículo [69](#) del Código Contencioso Administrativo, a las que remite el [73](#) ibídem, como la de haberse perfeccionado el acto por

medios ilegales, tienen por supuesto que el acto objeto de revocación tenga el carácter de ficto, es decir, que pertenezca a la categoría indicada.

Contrario sensu, - esto es, si no se produjo en virtud del silencio administrativo positivo-, **la revocación unilateral no procede, a menos que se trate de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico.**(V. Sent. T-639 de 22 de Nov./96 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-376 de 21 Ago/96 M. P. Hernando Herrera Vergara).

De conformidad con lo enunciado en la Sentencia T-336 de 1997, **no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca. Debe darse una evidencia de ello y, en consecuencia, la motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así (...)"²**(Subraya y negrilla por fuera del texto).

Ahora bien, la misma Corporación en sentencia C-[835](#) de 2003 analizó la constitucionalidad de la figura de la revocatoria directa de actos administrativos de carácter particular sin el consentimiento del titular del derecho con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la norma transcrita en líneas precedentes, señalando principalmente lo siguiente:

“Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo [19](#) no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, **debe probarse en el procedimiento administrativo** que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el **titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción;** y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, **la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario para resolver.** En conclusión, entre la parte motiva y resolutoria del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público (...).”

Finalmente, en cuanto corresponde a las acciones judiciales contra actos administrativos de carácter particular y concreto, el artículo [85](#) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 15 del Decreto Ley 2304 de 1989 contempla lo siguiente:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, **o la devolución de lo que pagó indebidamente”.** (Negrilla nuestra).

De la normativa transcrita se observa que la decisión sobre la revocatoria o no de actos

administrativos de carácter particular y concreto aun sin el consentimiento del titular del derecho, conforme lo dispuesto en el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003 en consonancia con la normatividad del CCA aplicable para el caso, debe suponer necesariamente la existencia de una investigación previa adelantada ante la autoridad competente garante del derecho de contradicción y defensa del titular del derecho, el cual permita establecer de manera objetiva y diáfana que la prestación económica o pensión fueron reconocidas indebidamente por el incumplimiento de los requisitos o con base en documentación falsa suministrada por el titular, siendo menester que dentro de la investigación correspondiente se determine claramente que tales conductas constituyen delitos de acuerdo con la Ley Penal.

En este punto la Corte Constitucional en el pronunciamiento antes referido, ha sido clara al señalar que **“basta con la tipificación de la conducta como delito**, para que la administración pueda revocar, **aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal**, de tal manera que en el evento de que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa o se halla comprobado el incumplimiento de los requisitos, basta con que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal, hipótesis en la cual se inscribe la **utilización de documentación falsa, en conexidad o no con conductas tipificadas por la ley (...)**”, por lo cual el principio de la buena fe deberá operar es (...) en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración **rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.**” (Negrilla nuestra).

Para la consulta de la referencia, acudiendo a los contenidos normativos del basamento referido y como quiera que el Departamento de Atención al Pensionado Seccional profirió los actos administrativos de reconocimiento de pensiones sin el cumplimiento de los requisitos para acceder a tal derecho, la Gerencia Seccional competente para tal fin podrá revocar el acto administrativo de carácter particular y concreto sin el consentimiento del titular, únicamente si las irregularidades a que hace referencia el petitorio son palmarias, y dentro de la investigación previa adelantada por la autoridad competente se haya determinado claramente que la prestación económica fue obtenida por medios ilegales o a través de conductas que se tipifiquen como delitos por la ley penal según lo expuesto en líneas precedentes, empero, de no ser posible ello, necesariamente se requerirá del consentimiento del titular según las reglas generales de la Revocatoria Directa de Actos Administrativos de conformidad con el artículo [69](#) y siguientes del C.C.A.

Finalmente es necesario advertir que si no se logra que el asegurado manifieste su anuencia para revocar el acto administrativo que reconoció la situación particular y concreta, y si de la investigación previa adelantada a instancia de la autoridad competente no se evidencia que en la actuación surtida o el reconocimiento prestacional irregular haya mediado conducta ilícita alguna -tipificada como delito- que amerite la revocatoria directa sin consentimiento del titular del derecho- según el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003, se considera procedente la instauración de **la acción de nulidad con restablecimiento del derecho** contra dichos actos administrativos en los términos del artículo [85](#) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 15 del Decreto Ley 2304 de 1989³ concordante con el numeral 2o del artículo [136](#) ejusdem⁴, con la posibilidad de recaudar las sumas pagadas si se logra probar en el plenario la mala fe del afiliado.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS
Director Jurídico Nacional

RAMG/odpm

Rad 01717

NOTAS AL FINAL:

1. Norma declarada exequible de manera condicionada, bajo el entendido que“(…) el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal.”.

2. V. Sentencias T-276 de 2000 M. P. Alfredo Beltrán Sierra., y T-[1067](#) de 2004. M. P. Humberto Sierra Porto

3. CCA. “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”. (Negrilla por fuera del texto).

4. CCA. Caducidad de las acciones. Art. [136](#). Mod. Dec. 2304 de 1989, art. 23. Mod. Ley 446 de 1998, art. [44](#). “(…) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena Fe”. (Negrilla por fuera del texto).



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

