

CONCEPTO 7172 DE 2008

(junio 18)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

PARA: Doctor WALTER OROZCO SALAZAR

Jefe Unidad de Planeación Y Actuaría

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros.

ASUNTO: Oficio UPA 5376 del 22 de noviembre de 2007 – Procedimiento por “fraude institucional jurídico”

Respetado Doctor:

Hemos tenido conocimiento del oficio del rubro en el cual se solicita concepto con relación al “procedimiento por fraude institucional jurídico” habida consideración que en dicha Unidad se descubrió que fue consignado un valor por concepto de cálculo actuarial a una cuenta que no corresponde al ISS sino a una empresa distinta.

Adicionalmente se interroga si en ese evento existe algún procedimiento para poder convalidar tiempos teniendo en cuenta que el valor del cálculo no se consignó al Instituto de Seguros Sociales sino a un sujeto distinto.

Al respecto se precisa lo siguiente:

Sea lo primero anotar que por tratarse de un asunto que puede implicar la tipificación de conductas penales y dado que la Unidad a su cargo ya instauró la correspondiente denuncia, no será necesario analizar dicha circunstancia como quiera que ésta se encuentra a cargo de las autoridades competentes.

El asunto a considerar versa sobre la posibilidad de convalidar tiempos para adquirir el derecho a la pensión de unos beneficiarios cuyo cálculo actuarial no fue efectivamente consignado a la cuenta bancaria del Instituto de Seguros Sociales sino –presuntamente mediante fraude- a una persona distinta.

Sobre el particular cobra vigencia el principio de la buena fe que según la Norma Superior debe presumirse de todas las actuaciones de los particulares¹ y del Estado, lo cual permitiría la convalidación de tiempos para no afectar los derechos de terceros², dado que se trata de una actuación que sólo implicaría al empleador y al Instituto de Seguros Sociales.

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos³ de constitucionalidad y tutela ha reivindicado los derechos de los trabajadores quienes no deben encontrarse involucrados en las controversias que se susciten entre las administradoras y los empleadores:

“Es pues necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, en esta primera hipótesis, la Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el patrono cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros.

“(…)”

“Conforme a todo lo anterior, y reiterando sus criterios jurisprudenciales, la Corte concluye que en esta primera hipótesis, esto es, en aquellos eventos en que ya se encuentra estructurada la obligación del patrono de cotizar a una determinada entidad administradora de pensiones (EAP), resulta contrario al derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (CP art. [53](#)) exigir el traslado efectivo de las sumas del empleador a la EAP para que el trabajador pueda acumular esas semanas cotizadas.”

De acuerdo a la jurisprudencia anotada, ni siquiera la Entidad Administradora de Pensiones se exige de cumplir con la obligación del reconocimiento y pago de las pensiones por cuanto tiene amplias facultades de fiscalización sobre los aportes adeudados por los empleadores, por lo tanto, en los hechos relatados en los antecedentes anexados al oficio de la referencia, tampoco el ISS podrá eximirse del cumplimiento de la obligación legal cuando el pago del cálculo actuarial se efectuó en una cuenta bancaria señalada por la Unidad a su cargo, la cual se estableció posteriormente, no pertenecía al ISS sino a otro titular.

Ahora bien, de encontrarse demostrado dentro de la investigación correspondiente, que efectivamente medió una conducta delictiva que permitió la materialización del fraude al Instituto de Seguros Sociales, y sólo cuando exista una decisión condenatoria definitiva por parte de la autoridad competente sobre el particular, el ISS podrá oponer ante terceros que no es viable la convalidación de tiempos a través del cálculo actuarial en tanto el Instituto no se encuentra obligado a lo imposible⁴, es decir a efectuar la comentada convalidación sin el soporte financiero material necesario para el efecto.

Lo anterior teniendo en cuenta que el inciso primero del Acto Legislativo [01](#) de 2005 modificadorio del artículo [48](#) de la Constitución Política de Colombia⁵, al introducir un nuevo elemento a la noción de interés público y social en materia pensional consistente en la garantía de la sostenibilidad financiera del Sistema, no solo como protección de los derechos adquiridos del afiliado sino como un mecanismo de defensa del equilibrio económico del Sistema General de Pensiones, implica al operador jurídico responsable en la decisión de prestaciones económicas y del manejo y control de los recursos destinados al Sistema Pensional a la procura de adelantar las gestiones que resulten necesarias a efecto de evitar que en la decisión sobre el reconocimiento de prestaciones económicas con cargo al Sistema Pensional se tomen decisiones por fuera del marco legal o sin el debido respaldo económico.

Acudiendo a este principio constitucional, rector en la decisión de prestaciones económicas del Sistema Pensional, no sería procedente la convalidación de tiempos a través del mecanismo del cálculo actuarial en el caso consultado, por cuanto el requisito necesario consistente en el traslado de la reserva actuarial para acceder al derecho pensional conforme la normatividad vigente, no ha sido materialmente satisfecho en tanto el valor del cálculo actuarial no se

consignó directamente a las cuentas del Instituto de Seguros Sociales como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –a través de maniobras que no viene al caso analizar y que son del resorte de las autoridades competentes-.

Por lo tanto, sólo cuando se hallen satisfechos los elementos configurativos de una conducta punible a través de la decisión judicial que haga tránsito a cosa juzgada, el Instituto de Seguros Sociales podría oponerse a la convalidación en las condiciones descritas, en tanto se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional al carecer del requisito material necesario y ello configura para el Instituto una imposibilidad jurídica y material para el reconocimiento de prestaciones sin el debido respaldo económico.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Con copia:

- Dr. Edgar Mauricio Parra Bonilla. Jefe Unidad de Procesos. OF. DJN-UP 15739 del 10 de Diciembre de 2007.

- Dr. Orlando Gómez Rubiano. Director Nacional de Auditoría Disciplinaria.

- Dr. Roger Carrillo. Director Nacional de Auditoría Interna.

RAMG/odpm

Rad 15165-05529

18/XII/07

NOTAS AL FINAL:

1. V. C.N. Art. [83](#). “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.
2. V. C.C. Art. [768](#): “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”.
3. V. Sentencias C-[177](#) de 1998 y T-363 de 1998 reiterada recientemente, entre otros, en los fallos T-[165/03](#), T-[1106](#) de 2003 y T-[757](#) de 2007
4. V. Sentencias C-388 de 2000 y C-010 de 2003. Este principio general del derecho, según lo señalado por la H. Corte Constitucional, se justifica por cuatro razones: "a) Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real; de ahí que realizan siempre una acción o conservan una situación, según sea una obligación de dar o hacer -en el primer caso- o de no hacer -en el segundo-. Ese es el sentimiento de operatividad real de lo jurídico. Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico. b) Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebasa la capacidad del sujeto de la obligación, es

desproporcionado asignarle a aquél una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo. c) El fin de toda obligación es construir o conservar -según el caso- el orden social justo. Todo orden social justo se basa en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no mueve al medio. Por tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural. d) Toda obligación jurídica es razonable. Ahora bien, todo lo razonable es real o realizable. Como lo imposible no es real ni realizable, es irracional, lo cual riñe con la esencia misma de la obligación. De acuerdo con lo anterior, es irracional pretender que el Estado deje de cumplir con los deberes esenciales a él asignados -que son, además, inaplazables- por tener que estar conforme con las exigencias de uno o varios preceptos constitucionales que, en estas circunstancias, resultan imposibles de cumplir”.

5. "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".



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

