

CONCEPTO 7442 DE 2010

(abril 22)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

PARA: Doctor LUIS FERNANDO GUERRERO ROJAS

Director Jurídico ISS – Seccional Nariño

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Concepto sobre afiliación retroactiva - conciliación judicial

Respetado doctor:

Acuso recibo del oficio de la referencia emanado del despacho a su cargo a través del cual se solicita concepto relacionado con la viabilidad para que el ISS acate una decisión judicial que ordena una afiliación retroactiva de un trabajador, previa liquidación de una deuda presuntiva por aportes más intereses moratorios con cargo a un empleador, habida consideración que en el trámite judicial el Instituto no fue convocado como sujeto procesal.

De igual manera se solicita concepto sobre la procedencia de aceptar como garantía en el pago de la obligación por aportes adeudados de dicho empleador, una hipoteca de primer grado sobre un bien inmueble.

Sobre el particular se precisa lo siguiente:

El artículo 7o del Decreto 3063 de 1989 establece lo siguiente:

“La afiliación y adscripción al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios **sólo producen efectos hacia el futuro**, a partir de la fecha en que el I.S.S. las efectúa”.

“(…)”

A su turno, el literal d) del artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993 señaló:

“El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características”:

“(…)”

“d) **La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley**”;

Entre tanto, el párrafo 1o del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003 en tratándose del cómputo de semanas para acceder a la pensión de vejez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prevé:

“Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta”:

“(…)”

“d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”.

“(…)”

“En los casos previstos en los literales b), c), d y e), el cómputo será procedente 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”.

Finalmente, el artículo [23](#) del Decreto 1818 de 1996 modificadorio del artículo [31](#) del Decreto 326 del mismo año, establece lo siguiente:

“(…) **“En ningún caso, los procedimientos de corrección podrán autorizar afiliaciones retroactivas (…).”**

De la normativa transcrita sea lo primero advertir que desde los reglamentos del I.S.S. se estableció que la afiliación a los Seguros Sociales Obligatorios tiene efectos hacia el futuro, presupuesto legal que se expresa en distintas disposiciones posteriores reglamentarias de la Ley [100](#) de 1993, a través de las cuales se otorgan plenos efectos al acto jurídico de la afiliación y el consecuente pago de aportes y a fortiori en tratándose del pago de aportes en mora como corrección al IBC, el cual puede efectuarse sólo si existe afiliación al Sistema.

En efecto, el Decreto 1818 de 1996 en su artículo [31](#) transcrito, es categórico al indicar que los procedimientos de corrección en ningún caso podrán autorizar afiliaciones retroactivas, lo cual en concordancia con las demás disposiciones reglamentarias de la afiliación y el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social, permite afirmar que en ningún caso podrán efectuarse pagos de aportes en mora a través de formularios de autoliquidación por períodos en los que no hubo afiliación al Sistema, ni tampoco podrán validarse dichos pagos cuando los mismos fueron efectuados pretendiendo una afiliación retroactiva, dado que estos efectos jurídicos se encuentran prohibidos por la Ley.

Para estos casos en los cuales se pretendan validar dichos tiempos –sin afiliación– para efectos pensionales –con total independencia si se trata de ciclos anteriores o posteriores a 1o de abril de 1994–, el artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003 modificadorio del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que dicho cómputo es procedente siempre y cuando el empleador traslade el valor de la reserva actuarial a satisfacción de la entidad administradora, de modo que es éste el único procedimiento legal admisible para que los empleadores omisos subsanen el incumplimiento de la obligación legal de afiliar a los trabajadores a un sistema de aseguramiento que les permita acceder a una pensión de vejez.

Es del caso recordar que las disposiciones contentivas del derecho de la Seguridad Social Integral por mandato expreso del legislador, son de derecho público y en tal virtud no pueden ser alteradas o mutadas por pacto entre los particulares¹, en esa medida, los procedimientos establecidos para pagar valores por períodos en los que no existía afiliación de trabajadores, deben ajustarse a lo previsto por el legislador en cuanto atañe al pago del cálculo actuarial y no al

pago de aportes en mora, pues se reitera, para el caso de los trabajadores a quienes por mandato legal correspondía una pensión con cargo al ISS como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el pago de aportes en mora supone la afiliación obligatoria al Sistema General de Pensiones.

Ahora bien, frente a una decisión judicial en la que se emite una orden al ISS cuando no fue vinculado como parte dentro del proceso, -teniendo una relación sustancial con el objeto de la litis- y siendo contraria a derecho de acuerdo con lo afirmado precedentemente, considera esta Dirección que además de los mecanismos ordinarios tendientes a solicitar del Juez Laboral de conocimiento la nulidad del acta de conciliación, acudiendo a lo establecido en los artículos [140](#) y siguientes del Código de Procedimiento Civil -aplicable por reenvío del artículo [145](#) del Código de Procedimiento Laboral y Seguridad Social-, también procede la tutela por vía de hecho ante el Juez Constitucional.

Dentro del primer aspecto a ser analizado, debe recordarse que de conformidad con el numeral 9o del artículo [140](#) del Código de Procedimiento Civil, el proceso es nulo en todo o en parte cuando no se practicó en legal forma la notificación de las personas determinadas que deban ser citadas como sujetos procesales y posteriormente en el artículo [142](#) de la misma normativa, prevé que las nulidades pueden alegarse en cualquiera de las instancias, antes que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella, aclarando que la declaración de nulidad beneficiará únicamente a quien la haya invocado, salvo cuando exista litisconsorcio necesario.

Descendiendo al caso consultado, asumiendo que el acta de conciliación que dio terminación al proceso hace las veces de una sentencia definitiva, se estima viable promover la nulidad de la misma de acuerdo con la normativa en mención, como quiera que el juez omitió notificar en legal forma a un sujeto procesal que tenía interés legítimo en las resultas del proceso como litisconsorte necesario, en esa medida, considera esta Dirección que, a voces del artículo [143](#) del mismo Código en mención, el Instituto podrá alegar la nulidad por cuanto no dio lugar al hecho que la originó, -además que no tuvo oportunidad de ejercer la contradicción y defensa en los términos de ley-, expresando al juez de conocimiento el interés para proponerla, la causal invocada y los hechos que la fundamentan.

Respecto del segundo aspecto a ser considerado para la defensa del Instituto, esta Dirección estima procedente instaurar la acción de tutela por vía de hecho contenida en providencia judicial en el caso de ser rechazado, declarado por improcedente o negado el incidente de nulidad por el Juez de conocimiento, acción que no solamente deberá fundamentarse en los yerros de carácter procedimental atribuibles a la omisión en la notificación al ISS como sujeto con interés legítimo, advertidos en los párrafos precedentes, sino que además deben sustentarse en los argumentos jurídicos de orden sustancial referidos a la prohibición para ordenar afiliaciones retroactivas lo cual hace protuberantes los dislates jurídicos cometidos por la autoridad judicial, argumentos que para la acción de tutela cobran total validez.

En la sentencia T-1100 de 2008 la Corte Constitucional al referirse a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales reiterando la abundante jurisprudencia sobre el particular, expresó:

“No basta, entonces, esgrimir los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial, para negar al juez de tutela la posibilidad de determinar si una actuación judicial vulnera derechos fundamentales, pues existen razones de peso, además del tenor literal del precepto constitucional que justifican la procedencia de la garantía constitucional contra providencias

judiciales”.

“Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional también ha precisado como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, pues el juez constitucional no puede analizar hechos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponden a otras jurisdicciones”.

“b. Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable². De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales”.

“c. La verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este último caso, se ha determinado que no es procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el transcurso del tiempo es tan significativo que sería desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela”.

“d. Cuando se presente una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales del actor”.

“e. El actor debe identificar los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, y éstos debió alegarlos en el proceso judicial, si hubiese sido posible”.

“f. Que no se trate de sentencias de tutela, porque la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida”.

Basta con una lectura de cada uno de los requisitos que señala la Corte Constitucional, para considerar que el Instituto se encuentra legitimado por activa para instaurar la acción de tutela, por la relevancia constitucional que se evidencia por la vulneración al derecho de contradicción y defensa del ISS, el agotamiento del recurso ordinario a través del incidente de nulidad y el principio de inmediatez, y a fortiori de los yerros palmarios de carácter sustantivo incurridos por el juez para motivar y resolver la providencia judicial según lo enunciado por el despacho a su cargo.

Es oportuno tener en cuenta que por mandato del artículo [230](#) de la Constitución Política de Colombia, los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la Ley, de manera que cuando un juez dice el derecho a través de una decisión, así se trate de un acuerdo entre los sujetos procesales que hizo tránsito a cosa juzgada, no puede obviar los preceptos legales especialmente cuando contienen expresas prohibiciones, de modo que una decisión en contravía del mandato legal configura necesariamente una vía de hecho.

En cuanto a la viabilidad para aceptar del deudor bienes distintos a los aportes adeudados o de un cálculo actuarial a efecto de convalidar tiempos laborados y no cotizados por omisión en la afiliación imputable al empleador, considera esta Dirección que de conformidad con la Ley [550](#) de 1999, únicamente dentro del marco de un acuerdo de reestructuración en el que el pago de las acreencias a favor del ISS como administrador del Sistema Pensional se realice mediante los mecanismos de dación en pago o cesión de bienes, será de forzosa aceptación del ISS el recibo de tales bienes distintos de aportes, cuyo valor será imputado a los ciclos dejados de cancelar por

el empleador.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta que la obligación primigenia de todo empleador se circunscribe al reconocimiento de las prestaciones sociales a los trabajadores a su cargo, además del pago obligatorio³ de los respectivos aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales) durante la vigencia de la relación laboral, valores que por disposición legal constituyen aportes de naturaleza parafiscal que no pertenecen al afiliado, al empleador, a la Nación ni a las entidades que los administran, sino al Sistema de Seguridad Social Integral⁴, no siendo susceptibles de negociación, transacción, conciliación o renuncia por parte del trabajador⁵.

De ahí que, en principio se descarte la posibilidad de aceptar de un empleador “deudor” bienes distintos de los que establecen las normas que obligan al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social a través de acuerdos entre la administradora y el empleador, no solo por el carácter parafiscal de que gozan dichos emolumentos como se advirtió en el párrafo precedente, sino por que las normas que regulan el trabajo humano son de orden público y en tal virtud no pueden ser alteradas o mutadas por pacto entre los particulares, además, teniendo en cuenta que no existe en el ordenamiento jurídico disposición normativa que exima de la obligación del pago de aportes al Sistema de Seguridad Social a los empleadores durante la vigencia de la relación laboral, aún encontrándose incursos en procesos de liquidación obligatoria.

Finalmente, considera esta Dirección que el ofrecimiento de una hipoteca de primer grado sobre un bien inmueble según lo consignado en el oficio de la referencia en principio no es procedente, como quiera que en el marco del acuerdo de reestructuración, lo que se pretende es garantizar con los bienes del deudor es el pago de créditos a favor de todos los acreedores bajo el principio "par conditio omnium crediturum"⁶ y para tal fin se levantan medidas cautelares o se suspenden los gravámenes que afectan los distintos bienes del deudor en reestructuración destinados a extinguir las obligaciones con todos acreedores⁷, de modo que lo planteado por el deudor dilataría en el tiempo el pago de la acreencia al ISS y con ello el pago de las prestaciones económicas a los afiliados, por cuanto tendría que esperar a la terminación del acuerdo de reestructuración para hacer exigible la garantía real sobre el inmueble en caso de incumplimiento del deudor.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Con copia

- Doctora Ruby del Carmen Goyes Pazos. Gerente ISS Seccional Nariño
- Dr. Walter Orozco. Jefe Oficina Nacional de Plantación y Actuaría

RAMG/odpm

Cálculo Actuarial Pago aportes sin afiliación

NOTAS AL FINAL:

1. V. Artículo [16](#) del Código Civil: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. – Ius publicum privatorum pactis mutari non potest”.-

2. Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2004.

3. V. Num. 1o Art. [3o](#). Ley 797 de 2003 mod. Art. [15](#) Ley 100 de 1993; Num. 1 Literal A Art. [157](#) de la Ley 100 de 1993; Num. 1 Literal a) del Decreto [1295](#) de 1994.

4. Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. V. Además. Literal m) del artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993 adicionado por el artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003: “Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”.

5. V. Art. [14](#) del C.S.T. 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”,

6. Igualdad entre acreedores

7. V. Numerales 2 y 3 del Artículo [34](#) de la Ley 550 de 1999



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

