

CONCEPTO 8834 DE 2008

(julio 25)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

Doctora

GINA ASTRID SALAZAR LANDINEZ

Jefe Oficina Jurídica

Fiscalía General de la Nación

Diagonal 22 B (Av. Luis Carlos Galán) No. 52 –01 Bloque C Piso 3

Bogotá, D.C.

ASUNTO: Su oficio OJ 2077 del 14 de mayo de 2008

Respetada Doctora:

Acuso recibo de su comunicación de la referencia por medio de la cual expone ante este Instituto la situación derivada del reconocimiento de la pensión de jubilación que efectuó esta Entidad respecto del Doctor ALFONSO GÓMEZ MENDEZ y la posibilidad que se efectúe el pago total del retroactivo correspondiente a la diferencia salarial reconocida mediante la resolución 01565 del 16 de agosto de 2007 por el periodo comprendido desde el 16 de agosto de 2004 hasta su pago en la mesada de mayo de 2007; de igual manera, reitera su petición encaminada a la concertación de una cita con el objeto de analizar el caso concreto.

Sobre el particular, esta Dirección conviene en señalar que frente al caso concreto este Despacho se pronunció en su integridad mediante oficio DJN US 12942 del 11 de octubre de 2007, en cuyos acápites pertinentes se consignó lo siguiente:

“Sea lo primero, señalar que esta Dirección no tuvo acceso al texto contenido de la resolución en comento, no obstante ello, de conformidad con las razones esgrimidas en el oficio radicado en este Despacho, se pudo establecer que los motivos de inconformidad aludidos por la apoderada del asegurado, se traducen fundamentalmente en el hecho que la motivación que se contuvo en la resolución cuestionada y que sirvió de cimiento para la toma de la decisión final por parte del Despacho a su cargo, es ilegal, por cuanto se invocaron normas jurídicas que se encontraban derogadas y que no eran aplicables al caso concreto, de manera que el acto administrativo contenido en la resolución que resolvió el recurso de apelación del interesado, es contrario a la Constitución Política o a la ley, luego se encuentra enmarcado en las causales de revocación directa contenidas en el artículo [69](#) y [71](#) del CCA.

De conformidad con lo anterior, procedió esta Dirección a revisar la veracidad de los argumentos presentados por la profesional del Derecho, notando las siguientes situaciones:

En primer lugar, la memorialista señala que la motivación que tuvo en cuenta el operador administrativo que resolvió el caso concreto, aludió como normas aplicables al interesado las contenidas en los Decretos 1824 de 1965, Decreto [2665](#) de 1988, Decreto [326](#) de 1996 y Decreto [1818](#) de 1996, siendo que éstas se encontraban derogadas y no podían por lo tanto ser invocadas para la toma de la decisión final de la prestación económica de su poderdante.

Una vez revisado el contenido de las normas antes indicadas, se pudo constatar que el contenido del artículo 8o del Decreto 1824 de 1965, fue concordado posteriormente con el artículo [12](#) del Decreto 2665 de 1988 que regula las sanciones por mora en el pago de los aportes patrono-laborales. Así mismo, se pudo establecer que dicha norma aun cuando no fue expresamente derogada por la Ley 100 de 1993 en su artículo [289](#), sí perdió vigencia bajo el régimen del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, que contempló en sus artículos [22](#) y [23](#), tanto las obligaciones del empleador así como la correspondiente sanción moratoria en caso de incumplimiento en el pago de sus aportes así como el de los trabajadores a su cargo.

De otro lado, en relación con las normas contenidas en el artículo [21](#) del Decreto 326 de 1996 subrogado por el artículo [18](#) del Decreto 1818 de 1996, esta Dirección pudo establecer que efectivamente, como lo señala la apoderada del interesado, dichas normas fueron expresamente derogadas por el artículo [61](#) del Decreto 1406 de 1999, luego no podían ser aludidas por la administración a fin de resolver el caso concreto, a menos que hubieren sido observadas específicamente para el lapso que estuvieron vigentes y no para la totalidad del tiempo objeto de la censura, de acuerdo con la resolución proferida.

En consonancia con lo expuesto, es preciso que el Despacho a su cargo, examine cuidadosamente el tratamiento y la aplicación específica que se dio a las normas contenidas en los Decretos aludidos teniendo especial consideración en establecer si eran o no aplicables al caso concreto, dados, tanto la fecha de afiliación del asegurado así como el pago de aportes al Instituto por parte de la Entidad empleadora cuestionada y principalmente, la vigencia temporal de las normas precitadas.

En síntesis, de ser procedente, es preciso que se efectúe por parte de su Dependencia, la aclaración y/o modificación del acto administrativo cuestionado, toda vez que el mismo puede ver afectada su presunción de legalidad por cuanto los motivos que se adujeron pueden no corresponder a la realidad fáctica o jurídica del caso concreto y hallarse por ello, en presencia de una presunta nulidad consistente en el vicio de la falsa motivación.

Conviene advertir que la falsa motivación, por regla general produce la nulidad del acto; pero la doctrina del Consejo de Estado en ocasiones ha recurrido a la figura de **la sustitución de motivos** como apoyo para mantener intangible la decisión falsamente fundamentada y de esta manera niega la nulidad del acto que ha sido demandado. Para el efecto ha estimado el juzgador que aun cuando las razones expuestas no corresponden a la realidad, existen otras que le dan pleno respaldo y validez a la decisión, lo que permitiría que aunque la decisión contenida en el acto administrativo continúe siendo la misma, **deberá soportarse en la aplicación de la norma correcta, que para este caso, es la contenida en el artículo [39](#) del Decreto 1406 de 1999**, que establece: “DEBERES ESPECIALES DEL EMPLEADOR. Las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante. (Negrilla fuera del texto original)

En todo caso el empleador que tenga el carácter de aportante, deberá tener a disposición del trabajador que así lo solicite la copia de la declaración de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en que conste el respectivo pago, o el comprobante de pago respectivo en caso que este último se haya efectuado en forma separada a la declaración respectiva.

Igualmente, y de conformidad con las normas establecidas en el Código de Comercio sobre conservación de documentos, el aportante deberá conservar copia del archivo magnético contentivo de las autoliquidaciones de aportes presentadas”. (subrayado nuestro)

Cabe resaltar en relación con este punto que la motivación es la justificación en hecho y en derecho que sustenta la parte resolutive del acto administrativo¹, luego la motivación se relaciona tanto con el fondo como con la forma del acto, y cuando la ley la considera como un elemento formal del acto, su indebida argumentación es causal de nulidad del acto por falsa motivación.

Con base en las precisiones anteriores, esta Dirección remite el memorial suscrito por la apoderada del recurrente a la Dependencia a su cargo, a fin que se revise cuidadosamente el contenido suscrito en la Resolución No. 1565 del 16 de agosto de 2007 y en caso de hallarlo procedente, se de lugar a la modificación y/o aclaración del acto administrativo cuestionado, de manera que éste goce de plena presunción de legalidad tanto en su expedición como en su contenido y decisión definitiva. En consonancia con ello, de estimarlo pertinente, se concedan los recursos que legalmente puedan llegar a proceder contra el nuevo acto administrativo que se profiera, toda vez que éste último encontrará su fundamento en una normatividad diferente a la inicialmente aludida aun cuando la decisión definitiva continúe siendo la misma”.

De conformidad con lo expuesto y teniendo especial consideración del contenido suscrito en el oficio de la referencia, esta Dirección encuentra procedente ratificar en todas y cada una de sus partes, el criterio consignado en el concepto DJN US 12942 del 11 de octubre de 2007, frente al caso particular.

En los anteriores términos esperamos haber absuelto su consulta, con la previsión y efectos contenidos en el artículo [25](#) del CCA.

Cordialmente,

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Copia:

- Dr. ALVARO HERNÁN VELEZ MILLÁN – Presidente ISS

RAMG/jaac

Rad 4910

19 May. 08

NOTAS AL FINAL

1. Situación ésta que encuentra plena consonancia con lo previsto en el artículo [59](#) del CCA, que

al tenor establece: “Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es el caso.

La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo haya sido antes”.



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

