

CONCEPTO 12707 DE 2006

(septiembre 5)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

PARA: Doctor EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

DE: Doctora RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefa Unidad de Seguros

ASUNTO: Concepto Pago Aportes en Pensión – Hospital Lorencita Villegas de Santos –
Excepción de Inconstitucionalidad

Respetado Doctor:

A través del oficio GNR 2127 del 22 de agosto de 2006 el Gerente Nacional de recaudo Dr. Leonardo Chavarro Forero solicita concepto relacionado con la viabilidad jurídica para activar la afiliación a través de formularios de autoliquidación de trabajadores retirados erróneamente por el HLVS, a efecto de cancelar ciclos en mora y demás aportes hasta el cumplimiento de requisitos para acceder a una pensión de vejez.

De la misma manera interroga sobre la procedencia para efectuar el mismo trámite expuesto con relación a retiros presentados en el sistema de facturación aportes anteriores antes de enero de 1995.

Sobre el particular esta Unidad se permite hacer las siguientes observaciones según la metodología planteada a continuación.

I. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA AFILIACIÓN Y EL PAGO DE APORTES EN PENSIONES.

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 artículo [53](#) de la misma normativa dispone que: “Cuando el patrono oportunamente no inscriba ante el I.S.S. a un jubilado suyo cuya pensión deba ser compartida con el I.S.S., esta entidad procederá a hacerlo a solicitud de parte, sin perjuicio de las multas a que haya lugar **y sin que lo pueda efectuar en forma retroactiva**”.

Posteriormente 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”.

“(…)”

De otra parte, 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 (…)”**”.

El artículo [9o](#) del Decreto 1406 de 1999 dispone en su literal b) lo siguiente: “El formulario para la declaración de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral deberá incluir la razón social y el NIT de la entidad administradora a la cual se presenta, y deberá contener, al menos, la siguiente información:”

“(…)”

“b) Período de cotización, el cual corresponde al mes calendario de la nómina sobre la cual se calculan y pagan las respectivas cotizaciones, o durante el cual se perciben los ingresos sobre los cuales las mismas se efectúan. **Cuando el aportante pague cotizaciones por períodos atrasados, deberá diligenciar un formulario de autoliquidación por cada uno de ellos;**”

Finalmente y en cuanto se refiere al pago de aportes al Sistema Pensional, el numeral 4o del artículo 53 del mismo Decreto prevé: “La imputación de pagos por cotizaciones realizadas a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones se efectuarán tomando como base el total de lo recaudado para cada uno de dichos riesgos, y conforme las siguientes prioridades”:

“(…)”

“4. Cubrir las cotizaciones obligatorias del período declarado (…)

“Cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia”.

“(…)”

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 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.

Igual sucede en aquellos eventos en los cuales la entidad obligada a compartir la pensión con el I.S.S. omitió la afiliación de los jubilados, caso en el cual a solicitud de la parte interesada podrá aceptarse la afiliación sin que ello tenga efectos retroactivos como lo establece el artículo 53 del Decreto 3063 de 1989 transcrito, en armonía con lo dispuesto en el artículo [31](#) del Decreto 1818 de 1996 referido en el párrafo precedente.

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 modificatorio 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 o a una pensión compartida de vejez en el caso de los jubilados una vez cumplidos los requisitos legales para el efecto.

Sea 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 particulares⁽¹⁾, en esa medida, los procedimientos establecidos para pagar valores por períodos en los que no existía afiliación de trabajadores o jubilados que fueron retirados, 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 o jubilados a quienes por mandato legal correspondía una pensión compartida con el I.S.S., el pago de aportes en mora supone la afiliación obligatoria al Sistema.

II. PROCEDENCIA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - ORDEN JUDICIAL.

No obstante lo expuesto en el ordinal anterior y pese a que para el caso bajo examen no es jurídicamente procedente convenir “inter partes” la afiliación inmediata de unos trabajadores o jubilados al Sistema Pensional con el pago de cotizaciones atrasadas por períodos sin afiliación antes y/o después de 1o de abril de 1994 es necesario señalar que en el presente caso, se encuentra involucrada la protección de derechos constitucionales que deben prevalecer sobre

normas de inferior categoría.

En efecto, si bien es cierto que una norma vigente se encuentra revestida de una presunción de constitucionalidad, también lo es que de su aplicación para un caso particular y concreto puede derivarse la violación de derechos fundamentales, en cuyo evento la propia Carta Política en el artículo [40](#) ordena la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica.⁽²⁾

Sobre el particular la Corte Constitucional en abundante jurisprudencia advierte que la inaplicación de una norma supone la existencia de una clara, ostensible e indudable **incompatibilidad** de la norma bajo análisis frente a los preceptos constitucionales, caso en el cual es desvirtuable la presunción de constitucionalidad de dicha norma para un caso particular y concreto: “Subraya la Corte el concepto de **incompatibilidad** como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento”.

“(…) En el sentido jurídico que aquí busca relieves, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir de manera simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”.⁽³⁾

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la excepción de inconstitucionalidad los operadores jurídicos tienen la obligación de inaplicar aquellas normas que sean **manifiestamente contrarias a la Norma Superior**, pues dentro de sus funciones se encuentra el deber de hacer prevalecer el contenido constitucional en todas sus actuaciones.

En este tipo de casos, la Corte ha dicho que: “se trata de una norma respecto de la cual el problema jurídico de su inaplicabilidad en el caso concreto, por violar la Carta Política, es tan evidente que no puede ser totalmente ajeno al funcionario judicial el cual no puede desprenderse completamente de su deber de aplicar también la Constitución, norma de normas (artículo [40](#) C.N.)”

Para la situación que se examina en esta oportunidad en la que a través de una acción de amparo constitucional nuevamente se ordena al Hospital Lorencita Villegas de Santos en Liquidación adelantar gestiones tendientes a garantizar el pago de las pensiones y mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores y pensionados del ente accionado, y habida consideración que el monto a trasladar por parte de dicha entidad permite el pago de las obligaciones con el Sistema Pensional como aportes en mora y no como cálculo actuarial, se considera pertinente anotar que dicha circunstancia sólo será posible si el juez de conocimiento a través de la excepción de inconstitucionalidad inaplique las normas referidas en el ordinal I de este escrito y en consecuencia ordene a la autoridad administrativa competente el I.S.S. en este caso- que acepte dichos pagos de manera retroactiva pese a que en dichos períodos no hubo afiliación alguna.

DE la misma manera lo resolvió la Corte Constitucional en sentencia T-614 de 1992 para un caso particular, en que como Juez de tutela inaplicó una norma inferior por encontrarse en flagrante contradicción con derechos de carácter superior: “Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede liberada a la voluntad, deseo

o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo [40](#) de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles”:

“Ahora bien, como la excepción de inconstitucionalidad puede hacerla efectiva cualquier autoridad judicial y administrativa, el juez de tutela tiene competencia para proceder a inaplicar una norma de rango inferior cuando desconozca derechos de rango constitucional.”⁽⁴⁾

En mérito de lo expuesto se concluye que aun cuando existen normas de orden público que impiden el pago de aportes sin afiliación para el caso bajo examen, dicha circunstancia no es óbice para que el Juez de tutela inaplique dicha normativa jurídica si la encuentra ostensiblemente contradictoria de los derechos fundamentales protegidos por la Norma Fundamental, de manera que la aceptación de las sumas dinerarias por tales conceptos por parte del Instituto de Seguros Sociales sólo es procedente si el juez expresamente así lo ordena en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.

Cualquier información adicional estaré presta a suministrarla.

Cordialmente

RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefa Unidad de Seguros

Con copia

· Dr. Leonardo Chavarro Forero. Gerente Nacional de Recaudo

RAMG/odpm

Rad – 12130

Hospital Lorencita Villegas – Excepción Inconstitucionalidad

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. V. Corte Constitucional Auto 066 de 1996

3. V. Corte Constitucional Sentencias T-614 del 15 de diciembre de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-069 de 23 de febrero de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-556 de 6 de octubre de 1998 M. P. José Gregorio Hernández Galindo, entre otras.

4. V. También Sentencia T-513 de 1997



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

