

CONCEPTO 13414 DE 2007

(octubre 23)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

PARA: Doctor GILBERTO QUINCHE TORO

Presidente ISS

DE: Doctor SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

ASUNTO: Devolución de aportes y cálculo actuarial Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos EN LIQUIDACIÓN.

Respetado señor Presidente:

Con el objeto de atender las múltiples solicitudes de la liquidadora del Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos relacionadas con la viabilidad para efectuar la devolución de unas sumas dinerarias consignadas al ISS por concepto de Cálculo Actuarial no aplicado y pagos dobles realizados por dicha entidad por aportes al Sistema Pensional, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Sea lo primero anotar que la discusión versa sobre la procedencia para devolver las sumas de dinero que fueron consignadas por la entidad de la referencia cálculo actuarial en razón del cumplimiento de Tutelas y Pagos dobles de aportes a Pensión, para lo cual dicho Hospital remitió varios derechos de petición a las diferentes áreas misionales del ISS obteniendo lo siguiente:

1. Oficio ODA No. 07-2562 del 20 de marzo de 2007 de la Oficina de Devolución de Aportes: “Damos respuesta a su oficio L.F. 1025 del 23 de octubre de 2006 referente a la devolución de los aportes a pensión realizados por el Hospital Lorencita Villegas de Santos como **pagos dobles de algunos exfuncionarios entre el 1o de enero de 1995 a 30 de julio de 1999, al respecto le informo que es procedente la devolución**”.

“En este momento se está adelantando el proceso de análisis pertinente y teniendo en cuenta que dicho proceso se debe ejecutar por cada uno de los exfuncionarios en este caso sobre 626, es necesario contar con un tiempo prudente, para determinar el monto de dicha devolución”.

2. Oficio UPA 1578 del 28 de marzo de 2007 de la Unidad de Planeación y Actuaría: “Respecto al derecho de petición L.F. 1339 dirigido a esta Unidad, en el cual solicita dar respuesta a la solicitud contenida en los oficios L.F. 805 del 4 de septiembre de 2006 L.F. 1026 del 23 de octubre de 2006, **en los cuales solicita la devolución de las consignaciones efectuadas febrero del 2006, (SIC) en cumplimiento de ordenes de Tutelas a nombre del ISS, por concepto de pago de cálculos actuariales, al respecto le informo que mediante oficio UPA 4575 del 19 de octubre de 2006 (el cual anexo), su solicitud fue dirigida a la Gerencia Nacional de**

Recaudo, para que se estudiara la solicitud, se verificara (SIC) otras posibles obligaciones que el Hospital tiene para con el ISS, que van a favor de los trabajadores y ex – trabajadores del Hospital y se determinara si hay lugar a la devolución.” -Destacado nuestro-

3. Oficio UPA 1936 del 27 de abril de 2007 de la Unidad de Planeación y Actuaría y dirigido a la Gerencia Nacional de Recaudo: “En atención a la comunicación descrita en la referencia, con la cual la Dra. Nohora Alba Rubio Rodríguez, liquidador del Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos, reitera de manera **enérgica la solicitud de devolución de los dineros consignados en febrero de 2006, en cumplimiento de ordenes de tutela por cálculo actuarial y que no estaban a satisfacción del ISS**, solicitud formulada con el oficio L.F. 805 de 4 de septiembre de 2006, recibido 12/09/06, y que fue trasladado a su despacho mediante oficio UPA 4575 del 29 de Octubre de 2006, a fin de que se establecieran otras obligaciones pensionales por parte del empleados (SIC) para con el ISS, antes de proceder a la devolución si esta es pertinente”.

“En razón a que es urgente dar una respuesta a la Señora Liquidadora del Hospital solicito a esa Gerencia con carácter **prioritario** indicar a la Unidad de Planeación y Actuaría, si el Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos, **tiene otras deudas que se puedan cruzar con los dineros reclamados** por la citada liquidación o si se puede proceder a la devolución de los dineros solicitados”.

4. Oficio L.F. 1590 del 14 de junio de 2007 emanado del HIULVS dirigido a la Jefatura de la Unidad de Procesos en el que se discriminan claramente cada uno de los pagos realizados al ISS dentro del proceso liquidatorio y que obedecen al cumplimiento de fallos de tutela, con el siguiente poscriptum: “Por último, deseo reiterar a usted lo expresado a las diferentes dependencias de ese instituto **la solicitud de devolución de los dineros que fueron entregados al Seguro Social por la liquidación del Hospital por pago de cálculos actuariales que no fueron aceptados así como los pagos dobles de la tutela 055 de 2000, toda vez que estos dineros le corresponden única y exclusivamente a los jubilados del Hospital, a quienes debemos cancelar de manera prioritaria sus mesadas de jubilación**, al obligarlo así de una manera expresa también la Corte Constitucional cuando protegió el derecho a la vida, el mínimo vital y a la seguridad social de los jubilados con la tutela 459 de 2001”.

De todo lo anterior se destacan varios aspectos:

- a) Las obligaciones contraídas por el Hospital dentro del proceso liquidatorio para satisfacer el crédito graduado y calificado a favor del ISS, y que debió realizarse normalmente en cumplimiento del trámite liquidatorio, no pudo efectuarse en razón de lo ordenado en diversas sentencias de tutela.
- b) Que tanto el ISS como el Hospital reconocen que existen valores consignados al Instituto por pagos dobles de aportes al Sistema Pensional, sobre los cuales el propio ISS admite la procedencia de la devolución.
- c) Que existen unas sumas dinerarias consignadas al ISS por parte del Hospital por concepto de cálculos actuariales en virtud del cumplimiento de órdenes de tutela, los cuales no fueron aceptados por el Instituto y que sin embargo no han sido devueltos al Hospital.
- d) Que el Hospital a nombre de sus extrabajadores y pensionados, aduce el dominio de las sumas dinerarias consignadas al ISS por pagos dobles y cálculos actuariales no aplicados y por tanto

depreca su devolución.

Vistos los aspectos más relevantes de la situación puesta de presente, procede esta Dirección a analizar punto por punto la problemática que se presenta y la definición jurídica que corresponda dentro del marco establecido en el artículo 14 del Decreto 1403 de 1994.

Como primera medida no genera duda o disenso la devolución de las sumas por concepto de pagos dobles de aportes al Sistema Pensional, dado que a través del oficio ODA No. 07-2562 del 20 de marzo de 2007 el Jefe de la Oficina de Devolución de Aportes del ISS informó a la Liquidadora del Hospital Lorencita Villegas de Santos sobre la procedencia de la devolución de los aportes a pensión realizados por dicha entidad como pagos dobles de algunos exfuncionarios entre el 1o de enero de 1995 al 30 de julio de 1999, el cual se constituye como un acto administrativo que recoge el criterio del Instituto en este respecto, razón por la cual se considera necesario entrar a analizar la viabilidad para efectuar la devolución de los valores que por cálculos actuariales consignó el Hospital en comentario.

A través de la Resolución No. 001 del 23 de septiembre de 2003, se graduó y calificó el crédito a favor del ISS y adeudado por el HIULVS de la siguiente manera:

- Créditos de Primera Clase
- Cotizaciones adeudadas al ISS \$ 4.424.686.929
- Reservas condicionales y litigiosas \$ 5.457.675.793
- TOTAL \$ 9.882.362.722⁽¹⁾

De acuerdo a los antecedentes del proceso liquidatorio que reposan en las Unidades de Procesos y Seguros de la Dirección Jurídica Nacional, el HIULVS debió haber efectuado pagos normales con sujeción a lo ordenado en la Resolución No. 001 del 23 de septiembre de 2003, empero, la prelación legal de los pagos se vio seriamente afectada en razón de la multiplicidad de fallos de tutela dictados a favor de extrabajadores y pensionados del HIULVS, ordenes judiciales de amparo que como lo señala la abundante jurisprudencia constitucional, tienen prelación incluso sobre los trámites de normalización empresarial o liquidación, máxime si se trata de la protección de derechos laborales y/o pensionales⁽²⁾ afectando el plan de pagos ordenado en la Resolución antes citada.

Para el cumplimiento de estas tutelas con cargo a la Liquidación, los jueces constitucionales dispusieron dos tipos de órdenes: el pago de aportes adeudados a la Seguridad Social a favor de los trabajadores y el pago de mesadas pensionales a los jubilados.

En este respecto es del caso llamar la atención sobre los efectos de la sentencia T-459 de 2001 en la cual se ordenó perentoriamente el pago de las mesadas pensionales adeudadas a los jubilados del Hospital⁽³⁾, circunstancia que conllevó a que los recursos de la Liquidación se destinaran al pago de tales emolumentos lo cual dio al traste con el pago normal del crédito graduado y calificado a favor del Instituto en cuanto se refiere a los aportes endilgados como morosos a la Liquidación.

De otra parte el Hospital en Liquidación a través del oficio L.F. 1590 del 14 de junio de 2007 citado, explica detalladamente los pagos efectuados al ISS en cumplimiento de otros fallos de tutela haciendo especial mención a aquellos en los que se consignaron valores por concepto de

cálculos actuariales que no fueron aplicados por el ISS.

Sobre este punto, la Liquidación en el oficio L.F. 1590 citado discrimina claramente cuáles los valores consignados al ISS por cálculos actuariales:

Ref. Fallo	No. Accionantes	Valor consignado al ISS
Tutela 783 de 2005	14	\$ 298.511.106
Tutela 599 de 2005	6	\$ 121.272.227
Tutela 548 de 2005	7	\$ 32.688.505
Tutela 526 de 2005	7	\$ 76.533.937
Tutela 420 de 2005	1	\$ 5.213.823
TOTAL	35	\$ 534.219.598

Debe aclararse que los \$534.219.598 surgen de la sumatoria de los guarismos transcritos por la propia Liquidación aducidos en el oficio L.F. 1590 como valores consignados por concepto de Cálculos Actuariales y que dista de los \$564.349.207 enunciados en el mismo oficio, diferencia que debe ser constatada efectivamente tanto por las áreas misionales competentes del ISS como por la propia Liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que los \$534.219.598 corresponden a cálculos actuariales pagados al ISS por el Hospital en cumplimiento de ordenes de tutela, que fueron recibidos por el ISS y que no han sido devueltos, circunstancia fáctica que permite abordar el análisis del fenómeno del enriquecimiento sin justa causa, principio general del derecho aplicable de conformidad con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 en tanto se erige como fuente de derecho⁽⁴⁾.

Sobre el particular la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional⁽⁵⁾ ha señalado claramente que cuando un patrimonio se ve incrementado a expensas de otro, sin que exista una causa jurídica para ello, se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa.

Es de anotar que naturalmente esta situación no obedece siempre a la mala fe de la parte que se enriquece, de ahí que en materia de obligaciones este principio modificara su nombre de enriquecimiento torticero, ilícito, a sin justa causa, para que no se entendiera que en él estaba implícito el quebrantamiento del principio de la buena fe, propio del derecho civil y posteriormente elevado a rango constitucional por el Constituyente de 1991⁽⁶⁾.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia reciente del 30 de marzo de 2006 rad. 25662 refiriéndose al enriquecimiento sin justa causa dijo lo siguiente: “(...) la figura del “enriquecimiento sin causa” es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho”.

Ahora bien, para establecer si el caso bajo examen configura un enriquecimiento sin causa, es necesario verificar la concurrencia de los siguientes elementos: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin una causa, es decir, sin fundamento jurídico.⁽⁷⁾

Al analizar el “posible enriquecimiento” del ISS dicha situación de facto debe ser desechada,

como quiera que los dineros consignados por la Liquidación no ingresan al patrimonio del ISS sino que tienen por objeto garantizar los fines del Sistema Pensional por mandato del literal m) adicionado al artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993.

Bajo estos mismos parámetros y por contera, tampoco existe un empobrecimiento del Hospital, por cuanto los dineros consignados no solamente fueron pagados en razón de ordenes judiciales de amparo de obligatorio cumplimiento, sino que además obedecen a la satisfacción de un crédito primigenio adquirido por el HIULVS y que por el trámite liquidatorio se objetiva a través de la Resolución No. 001 del 23 de Septiembre de 2003, además, debe recordarse que los dineros destinados al Sistema Pensional no pertenecen al aportante ni al administrador de pensiones sino al propio Sistema dado su carácter parafiscal como se señalará más adelante.

Y con relación a la causa, se advierte que la misma existe, es tangible y se justifica plenamente, no solo por la existencia de órdenes judiciales de tutela que obligaron al Hospital a efectuar el pago de los valores deprecados señalados precedentemente, sino que además, de acuerdo con la Resolución 001 del 23 de Septiembre de 2003 existe actualmente una deuda con el Instituto que aún no ha sido cancelada en su totalidad según lo enunciado en líneas precedentes.

Así las cosas resulta menester descartar de plano un presunto enriquecimiento sin justa causa, dado que de la situación fáctica puesta de presente se observa que la retención de los dineros no es caprichosa ni injustificada, antes bien precisamente obedece a las obligaciones que contrajo el Hospital con el Sistema Pensional a través de uno de los administradores el Instituto de Seguros Sociales, de manera que las solicitudes de devolución de los dineros consignados al ISS, considera esta Dirección, en lo sucesivo deberán despacharse desfavorablemente.

Es del caso destacar que los valores consignados al ISS como administrador del Sistema Pensional, por mandato de la Ley y la abundante jurisprudencia constitucional⁽⁸⁾, son de naturaleza parafiscal, por lo tanto no pertenecen al empleador, al trabajador, a la Nación o a la administradora o entidad correspondiente y no pueden destinarse a otros fines distintos a los establecidos para el Sistema Pensional⁽⁹⁾, con lo cual se aclara lo afirmado erróneamente por el Hospital en cuanto que los dineros consignados al ISS pertenecen exclusivamente a los pensionados y se ratifica la decisión de no efectuar devolución alguna de dichos valores.

Así mismo debe tenerse en cuenta si bien es cierto que por mandato legal durante procesos de normalización empresarial o liquidatorios las compensaciones no son permitidas⁽¹⁰⁾, no es menos cierto que para el caso particular y concreto del Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos en Liquidación, los valores que se han consignado hasta la fecha al Instituto de Seguros Sociales cuya devolución se deprecia, en primer lugar obedecen de órdenes judiciales de tutela de obligatorio acatamiento y ejecución y en segundo lugar, le permiten a la Liquidación cumplir forzosamente con el pago de la deuda primigenia contraída con Sistema General de Pensiones a través del Instituto como mero administrador de dicho sistema, razón potísima que permite desechar de plano toda posibilidad de devolución de aportes y concomitantemente amplía la viabilidad para cruzar contablemente lo consignado a través de las sentencias con lo adeudado aún por la Liquidación.

De igual forma y en cuanto se refiere al cumplimiento de los fallos de tutela y especialmente del atinente a la excepción de inconstitucionalidad de unas normas relacionadas con la afiliación retroactiva, se reitera lo dicho en los oficios DJN-US 10356 del 21 de agosto de 2007 y DJN-US 10426 del 23 de agosto hogaño, en los cuales se señaló que la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad ordenada en el auto de fecha 6 de febrero de 2007 emitido por el Juzgado 4

Laboral del Circuito de Bogotá respecto de unas normas en particular, no es óbice alguno para aplicar normas (Leyes y sus reglamentos) que estaban vigentes y eran aplicables a la afiliación, pago de aportes y recaudo de los mismos para los seguros de invalidez, vejez, y muerte, en esa medida, deberá acudirse a dichos preceptos normativos sobre las materias antes citadas para aquellos ciclos en los que sea procedente tal aplicación en garantía del cumplimiento del mandato judicial antes citado.

Finalmente y en cuanto a la imputación a la deuda que tiene vigente el Hospital en Liquidación con el ISS de los valores consignados a título de cálculo actuarial, considera esta Dirección que ese es un tema que debe ser definido por las áreas misionales competentes, en este caso, se estima pertinente y necesaria la participación conjunta de la Gerencia Nacional de Recaudo y la Unidad de Planeación y Actuaría, dado que son las únicas dependencias que pueden establecer la viabilidad para efectuar el cruce contable entre la cifra consignada al ISS y la deuda del Hospital con el fin de depurar el saldo que aún continúa vigente.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

RAMG/odpm

19/X/07

NOTAS AL FINAL:

1. Información obtenida del informe rendido por el Dr. Luis Enrique Arboleda Asesor Externo y Apoderado del ISS en la Liquidación.

2. V. Sentencia T-636 de 1998. “La Corte ha señalado que la difícil situación económica del patrono, como es la concordataria, no es justificación para sustraerse a las obligaciones laborales previamente contraídas con sus trabajadores activos, ex trabajadores y pensionados”.

3. “ORDENASE al Gerente Liquidador del Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos que, si todavía no lo ha hecho, bajo el apremio de las sanciones legales por desacato, en el término perentorio e improrrogable de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a realizar las gestiones a que está obligado para cancelar la totalidad de las pensiones que se adeudan a los pensionados. Así mismo, los ministros de Salud y de Trabajo y Seguridad Social deben intervenir directa e inmediatamente a fin de solucionar el grave problema que afrontan los pensionados del Hospital Lorencita Villegas de Santos, en liquidación, con el fin de que se le aseguren las mesadas pensionales presentes y futuras a los pensionados de la Asociación de Pensionados del Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos, así como su seguridad social”

”PREVENIR a los entes demandados para que se apresten a cumplir lo señalado en este fallo, so pena de incurrir en desacato, y para que, en el futuro, no repitan la omisión que dio origen a la instauración de la presente acción”.

4. “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

5. Sentencias T-219 de 1995 y T-401 de 2006 entre otras.

6. V. Concepto 4020 del 31 de enero de 2006. Procuraduría General de la Nación. Análisis sobre la Constitucionalidad del inciso 3o del artículo [882](#) del Código de Comercio.

7. Sentencia T-219 de 1995

8. Sentencia C-575 de 1992, C-[183](#) de 1997 y C-1179 de 2001. “(..) Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no son impuestos ni contraprestación salarial. (...) Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la Ley.”

9. V. Lit. m. Art. [2o](#) de la Ley 797 de 2003

10. V. Art. [17](#) de la Ley 550 de 1999: “ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO DURANTE LA NEGOCIACION DEL ACUERDO. (...) Sin la autorización expresa exigida en este artículo, no podrán adoptarse reformas estatutarias; no podrán constituirse ni ejecutarse garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa que recaigan sobre bienes propios del empresario, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios; ni podrán efectuarse compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, (...)”.



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

