

TEMA: PRESCRIPCIÓN - Resulta menester en primer lugar destacar el carácter de imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, precisando que, desde el punto de vista del asegurado. Por el contrario, cuando es la entidad de previsión social la que adelanta el cobro judicial de los aportes adeudados en contra del empleador moroso, en este caso sí operan las reglas de extinción derivadas de la prescripción. /

TESIS: (...) “resulta menester en primer lugar destacar el carácter de imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, precisando que, desde el punto de vista del asegurado, dicha regla resulta acorde a la naturaleza jurídica de los derechos pensionales y a su carácter irrenunciable. Sin embargo, no puede perderse de vista que, respecto del empleador que tiene a cargo los aportes pensionales de sus trabajadores y las entidades de previsión social, existe una relación DE PAGO Y COBRO DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, estando el empleador, por ley, obligado a transferir los dineros de las cotizaciones de sus trabajadores al fondo de pensiones, y este último obligado a cobrarlos, relación en la que sí opera el fenómeno extintivo de la prescripción sobre la acción de aportes pensionales. Es importante reseñar, que en ningún caso el trabajador – como la parte débil de la relación laboral- debe asumir las consecuencias derivadas de la omisión de su empleador en cotizar al sistema, o del fondo de previsión social de adelantar las respectivas acciones de cobro conforme lo autorizan el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y los arts. 2 y 5 del Decreto 2633 de 1994. (...) cuando es la entidad de previsión social la que adelanta el cobro judicial de los aportes adeudados en contra del empleador moroso, en este caso sí operan las reglas de extinción derivadas de la prescripción, ya que no puede la entidad que presta el servicio público de la seguridad social abstenerse de manera indefinida de adelantar las acciones de cobro en contra del empleador moroso, y al cabo de los años adelantar dichas acciones con el solo fin de evitar incurrir en el reconocimiento de semanas frente a las cuales no existió cotización por mora patronal. Esta prescripción a la que se viene haciendo referencia, que –se iterasolo opera frente a reclamaciones de la entidad de previsión al empleador moroso, se regula por el artículo 817 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), como se precisará, el cual contempla una prescripción especial de cinco (5) años, la cual resulta aplicable a estos casos, teniendo en cuenta el carácter y/o naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social, el cual viene dado desde la propia concepción y características del sistema general de pensiones, conforme lo señalado en el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

M.P. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 27/07/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada Ponente

Ejecutivo Laboral	
EJECUTANTE	AFP PROTECCIÓN S.A.
EJECUTADO	MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ
RADICADO	05360-31-05-001-2016-00641-01
TEMA	Resolución de excepciones
DECISIÓN	Confirma.

Medellín, veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a desatar el recurso de apelación frente a la providencia que resolvió excepciones al interior del proceso ejecutivo laboral promovido por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contra la señora **MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 031**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I.- ANTECEDENTES

Mediante proceso ejecutivo laboral conexo, la AFP PROTECCIÓN S.A., solicita se libre MANDAMIENTO DE PAGO a su favor, y en contra de la señora MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ, por los siguientes conceptos:

1- Se libre mandamiento ejecutivo a favor de sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y en contra de **LONDOÑO LÓPEZ MARTHA ELENA, c. c. # 43'048.801**, por la suma de **VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL, TREINTA Y OCHO PESOS (\$ 24'442.038)**, correspondientes a:

a) La suma de **DOCE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL, TREINTA Y OCHO PESOS (\$ 12'058.038)** por concepto de **capital**, de la obligación a cargo del empleador por los aportes en Pensión Obligatoria y Fondo de Solidaridad, que consta en el título ejecutivo que se anexa a la presente demanda, emitido por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A, el cual con base en el artículo 24 de la Ley 100 de 1.993, presta mérito ejecutivo. **CON CORTE AL MES DE MARZO DE 2016.**

b) La suma de **DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$ 12'384.000)** por concepto de **intereses de mora** causados desde la fecha límite establecida para el pago de los aportes por pensiones obligatorias y no pagados hasta el **25 DE OCTUBRE DE 2.016.**

El cobro de intereses moratorios o sanción moratoria por parte de la Administradora del Fondo de Pensiones Obligatorias se realiza de acuerdo con la normatividad vigente. La forma de liquidar intereses se modificó desde el año 2006 con la ley **1066 de 2006**, la **Circular 0069** del 11 de agosto de 2006 la **DIAN** y **Carta Circular 47** del 20 de septiembre de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia; según las cuales los intereses de mora se liquidan con dos cortes y se calculan hasta el 28 de julio de 2006 a **tasa simple**, y del 29 de julio de 2006 hasta la fecha de pago se aplica el **interés compuesto**.

En consecuencia los intereses generados hasta el 28 de julio de 2006 se calcularán y causarán a la tasa vigente para dicha fecha, esto es al 20.63%, realizando un corte y acumulación de los rubros adeudados a la fecha; y a partir del 29 de julio de 2006, los intereses se causarán de forma diaria a la tasa efectiva de usura vigente certificada por la Superintendencia Financiera, la cual es una tasa efectiva anual.

La Reforma Tributaria, Ley 1607 de diciembre de 2012 modificó la forma de liquidar los intereses de mora para el impuesto de renta y complementarios, norma que aplica para la Seguridad Social por remisión expresa del artículo 23 de la Ley 100 de 1993. La Circular Externa 0003 de la DIAN de marzo de 2013 aclaró la norma y por tanto en los pagos que se efectúen a partir de este año 2013, se debe tener en cuenta un interés simple.

El interés simple no capitaliza el interés diario; sólo tiene en cuenta el capital, los días de mora y la tasa vigente para cada día de mora.

c) Más los intereses de mora que se causen a partir de la fecha de expedición título ejecutivo, y hasta que el pago real y efectivo se verifique en su totalidad.

2-Se condene a los demandados al pago de las costas y Agencias en Derecho.

Y como MEDIDA CAUTELAR solicitó el embargo de los dineros que la ejecutada MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ llegare a poseer en las entidades bancarias.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2016 (folios 46 al 48 del expediente digital - archivo PDF 01), el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ITAGUI – ANT., decidió LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO por los siguientes conceptos:

“PRIMERO: Imponer a la señora MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ la obligación de pagar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., representada legalmente por la señora Ángela María Gaviria Londoño, o por quien haga sus veces, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, las siguientes sumas de dinero:

DOCE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL TREINTA Y OCHO PESOS MC. (\$12.058.038.00), por concepto de capital de cotizaciones a pensión obligatoria y fondo de solidaridad, que consta en el título ejecutivo anexo.

DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS MC. (\$12.384.000.00), por concepto de intereses de mora causados, no pagados hasta el 25 de octubre de 2016, liquidados según la normatividad vigente, es decir, a lo ordenado por la ley 1607 de 2012 y la circular 003 del 06 de marzo de 2013 expedida por la DIAN.

Al resultar infructuosa la notificación personal a la señora MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ, se designó un curador Ad Litem, quien dio respuesta oportuna a la acción, en representación y defensa de la parte ejecutada, formulando las excepciones de fondo que denominó: “*COBRO DE LO NO DEBIDO; TEMERIDAD Y MALA FE; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD; BUENA FE; y la GENÉRICA*”

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA OBJETO DE ALZADA:

En audiencia pública de resolución de excepciones celebrada el 7 de diciembre de 2022, la Juez Primera Laboral del Circuito de Itagüí - Ant, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas de COBRO DE LO NO DEBIDO, TEMERIDAD Y MALA FE, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE y LA GENÉRICA, y continuar adelante con la ejecución.

Y parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD, en relación a los periodos generado con anterioridad al 22 de junio del año 2013.

ORDENÓ seguir adelante la ejecución por los períodos causados desde el 22 de junio de 2016.

También dispuso el remate, previo avalúo, de los bienes que se llegaren a embargar y secuestrar, para que con su producto se pague la obligación a la parte ejecutante y a las partes efectuar la liquidación del crédito, conforme al artículo 446 del CGP. Y finalmente CONDENÓ en costas a la parte ejecutada.

Lo anterior al estimar la juez de primer grado que los documentos aportados con la demanda ejecutiva cumplen con todos los presupuestos necesarios para librar el mandamiento de pago, pues constituyen un título ejecutivo.

En cuanto a la excepción de prescripción, la declaró parcialmente probada en relación a los periodos generado con anterioridad al 22 de junio del año 2013, al estimar que la parte ejecutante tardó más de 3 años en radicar la demanda ejecutiva laboral, toda vez que la cuenta de cobro se presentó el día 22 de junio de 2016, y los aportes adeudado datan desde el año 2010, habiendo transcurrido el término prescriptivo regulado en materia laboral y seguridad social por el art. 488 151 del CPTSS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primer grado, el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, oponiéndose a la prosperidad parcial de la excepción de prescripción propuesta por el curador ad litem de la señora MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ, pues considera que el art. 151 del CPTSS, no es aplicable para resolver la litis, pues según lo indicado por la jurisprudencia nacional (sentencias SL-1272 de 2016, y SL-738 de 2018) mientras el derecho pensional no se constituya, los requisitos que lo configuran no están sometidos al fenómeno prescripción, argumentos con los cuales solicita se reponga lo resuelto en primera instancia, o en su lugar se conceda el recurso de alzada ante el superior.

La juez de primer grado, decidió no reponer lo resuelto, al estimar que la AFP debió haber sido diligente para adelantar las acciones de cobro frente a los empleadores, en estricto cumplimiento de los términos legales, pues al no hacerlo, propició la configuración del fenómeno prescriptivo, en su lugar, ordenó la remisión del expediente ante este Tribunal de Distrito Judicial.

Alegatos de conclusión:

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., insiste en la improsperidad de la excepción de prescripción, al considerar que los aportes obligatorios para pensión reclamados dentro de esta acción no son una “PRESTACIÓN SOCIAL” de aquéllas reguladas en el C.S.T. Por lo tanto, no le son aplicables la sanción consistente en la prescripción del derecho.

Los aportes en pensiones y las prestaciones económicas que de ellos se deriven (ejemplo: pensión de vejez, invalidez, sobrevivencia) son regulados en el Estatuto de la Seguridad Social, Ley 100 de 1993 y normas complementarias, distinto al Código Sustantivo del Trabajo que regula la relación individual del trabajador con el patrono/empleador y las prestaciones sociales que de esa relación se deriven (ejemplo: vacaciones, cesantías, salarios, entre otras).

Entonces por tener una regulación propia no podría acudir a otras materias del derecho para definirlos o regularlos, por lo que sostener que existe para ellos prescripción cuando no existe literalmente una norma del código sustantivo aplicable, no tiene asiento jurídico alguno, no atiende los mandatos constitucionales y legales de orden público y de ser tenida en cuenta, estaría autorizando al empleador moroso para que se apropie del dinero que descontó a sus empleados para fines pensionales y, como consecuencia, defraude al Sistema General de Pensiones en perjuicio de los empleados quienes por tal razón serían los únicos perjudicados.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Desatará esta colegiatura el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutante, al tratarse de una providencia

susceptible de tal recurso, al tenor de lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 65 del CPTSS.

El objeto central que convoca la atención de esta Sala en esta oportunidad, se circunscribe estrictamente a resolver si en este caso se encuentran afectados por la prescripción los aportes patronales pensionales adeudados por el empleador MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ, como cotizaciones por sus trabajadores, a la AFP PROTECCIÓN S.A.

A efectos de resolver este asunto, resulta menester en primer lugar destacar el carácter de imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, precisando que, **desde el punto de vista del asegurado**, dicha regla resulta acorde a la naturaleza jurídica de los derechos pensionales y a su carácter irrenunciable.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, respecto del empleador que tiene a cargo los aportes pensionales de sus trabajadores y las entidades de previsión social, existe una relación DE PAGO Y COBRO DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, estando el empleador, por ley, obligado a transferir los dineros de las cotizaciones de sus trabajadores al fondo de pensiones, y este último obligado a cobrarlos, relación en la que sí opera el fenómeno extintivo de la prescripción sobre la acción de aportes pensionales, como se verá.

Es importante reseñar, que en ningún caso el trabajador –como la parte débil de la relación laboral- debe asumir las consecuencias derivadas de la omisión de su empleador en cotizar al sistema, o del fondo de previsión social de adelantar las respectivas acciones de cobro conforme lo autorizan el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y los arts. 2 y 5 del Decreto 2633 de 1994.

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación*

que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

ARTÍCULO 2°.- DEL PROCEDIMIENTO PARA CONSTITUIR EN MORA AL EMPLEADOR. *Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá, si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual presentará mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.*

ARTÍCULO 5°.- DEL COBRO POR VÍA ORDINARIA. *En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes.*

Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Con todo, debe diferenciarse la acción del trabajador que persigue judicialmente a su empleador para recuperar los aportes pensionales, de la acción de cobro adelantada por las entidades de previsión social, a efectos de reseñar que, en **el primer caso, los aportes pensionales son imprescriptibles** y puede el trabajador demandar en cualquier tiempo, en tanto se trata de que se consolide su derecho imprescriptible a la pensión.

Por el contrario, cuando es la entidad de previsión social la que adelanta el cobro judicial de los aportes adeudados en contra del empleador moroso, en este caso sí operan las reglas de extinción derivadas de la prescripción, ya que no puede la entidad que presta el servicio público de la seguridad social abstenerse de manera indefinida de adelantar las acciones de cobro en contra del empleador moroso, y al cabo de los años adelantar dichas acciones con el solo fin de evitar incurrir en el reconocimiento de semanas frente a las cuales no existió cotización por mora patronal.

Es importante tener en cuenta, que la anterior diferenciación se justifica a partir de entender que las administradoras de pensiones disponen de herramientas legales idóneas y válidas, con fundamento en los artículos 24 de la Ley 100 de 1993, 13 del Decreto 1161 de 1994 y 28 del Decreto 692 de 1994, que les permiten tener ciertas prerrogativas como la elaboración directa del título ejecutivo, además de contar con toda la logística para iniciar tales acciones oportunamente.

Esta prescripción a la que se viene haciendo referencia, que –se itera– solo opera frente a reclamaciones de la entidad de previsión al empleador moroso, se regula por el **artículo 817 del Estatuto Tributario** (Decreto 624 de 1989), como se precisará, el cual contempla una prescripción especial de cinco (5) años, la cual resulta aplicable a estos casos, teniendo en cuenta el carácter y/o naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social, el cual viene dado desde la propia concepción y características del sistema general de pensiones, conforme lo señalado en el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, veamos:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

m. 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.

(...)”.

Ahora, la Corte Constitucional ya había esbozado el concepto de contribución parafiscal, denotando las características que la rodean, lo cual, *mutatis mutandis*, aplica a las cotizaciones que empleadores y trabajadores sufragan, así quedo adoctrinado en la sentencia **C-040 de 1993**, veamos:

“Las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad. Las contribuciones parafiscales no pueden identificarse con las tasas. En primer lugar, porque el pago de las tasas queda a discreción del virtual beneficiario de la contrapartida directa, mientras que la contribución es de obligatorio cumplimiento. De otra parte, las contribuciones parafiscales no generan una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado. Este no otorga un bien ni un servicio que corresponda al pago efectuado. Las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación. El término "contribución parafiscal" hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. En tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos, semipúblicos o privados que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar, que los recursos parafiscales no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Y, por último, que los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado”

En la sentencia C-711 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería, la Corte referida, reconoció que los aportes a salud y a pensiones son de naturaleza parafiscal, indicando que las contribuciones parafiscales se caracterizan por (según la sentencia C-490 de 1993):

“Para sistematizar, la Corte observa que los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

“1) Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.

“2) Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.

“3) Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”.¹

Resaltando ese alto tribulan en la sentencia en cita, que lo anterior, se halla en fiel concordancia con la definición legal que sobre contribuciones parafiscales estipula el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto Público.

Agrega la Corte Constitucional, ya en materia de cotizaciones a salud y pensiones, lo siguiente:

“Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal.”

Y en la sentencia C155 de 2004, esa misma Corte expresó:

“Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades

¹ Expediente D-283, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.”

Cabe resaltar que la naturaleza parafiscal de los aportes pensionales y la prescriptibilidad de la acción de cobro en cabeza de las AFP, también ha hecho carrera en la Sala Cuarta del Consejo de Estado como puede verse en las providencias del 26 de marzo de 2009 y 2 de diciembre de 2010, donde se coligió lo siguiente:

C.E. 26 de marzo de 2009

“...En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, estos aportes a la Seguridad Social si son contribuciones parafiscales, por lo que para su cobro debe aplicarse el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, "Las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993...”

C.E. 2 de diciembre de 2010

“...Según los artículos 17 y 161 de la Ley 100 de 1993, durante la relación laboral los trabajadores deben efectuar cotizaciones obligatorias al Sistema General de Seguridad Social. Por su alcance y finalidad, tales cotizaciones se han reconocido como contribuciones parafiscales, porque corresponden a tributos que deben pagar los empleadores y los afiliados al sistema, en las proporciones que establece la ley, para que éste cubra las contingencias que afecten la salud y capacidad económica del trabajador, aunque dicha contraprestación no sea equivalente al monto de la cotización. Estos aportes se destinan exclusivamente a financiar el sistema, en virtud de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad (artículo 49 de la Constitución Política)

Siendo claro entonces que la naturaleza de los aportes que se realiza al Sistema General de Seguridad Social es la de contribuciones parafiscales, corresponde entonces determinar si su cobro por parte de EPS y AFP se encuentran sometidos a un término prescriptivo.”

Sin embargo, se advierte que, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 000219 de 2018, este indicó que el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 ha sufrido cambios, con ocasión de la expedición de las Leyes 488 de 1998 y 633 de 2000, artículos 1 y 99, resaltando que la disposición normativa vigente ya no alude al “cobro” de los aportes y solo hace referencia a la aplicación del Libro V del Estatuto Tributario para el ejercicio de facultades de fiscalización y control, conceptos estos que, considera, no suponen la facultad de cobro. Señala que la ausencia de una norma expresa que establezca una interpretación inequívoca, podría hacer pensar en la aplicación del Estatuto Tributario (artículo 817) para cubrir este vacío, tal y como lo ha entendido esa Sala en el pasado, pero que tal idea se abandona, porque al entender de la Sala en el presente, el Estatuto Tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes parafiscales que se analizan, por lo que estima, en cambio, pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil, por lo que, a su juicio, debe observarse lo dispuesto al respecto en el inciso primero del artículo 2536 del Código Civil, donde se señala: “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10) años”.

Cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia STL 3387 de 2020, precisó que las acciones de cobro que tienen los fondos de pensiones para la consecución de los aportes que debió pagar el empleador al sistema integral de seguridad social en pensiones, prescriben en el término de 5 años de conformidad con el artículo 817 del Estatuto Tributario, indicando ese alto tribunal, con relación a la prescripción de esta clase de acciones, lo siguientes:

Para el efecto, empecemos por decir, que a través del proceso identificado con radicado «50001310500320170041501», la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – PORVENIR SA-, pretende el cobro ejecutivo de los aportes obligatorios para el sistema general de pensiones dejados de cotizar por el empleador Clean Service Colombia SAS, a nombre de varios de sus empleados, aportes que según la demanda abarcan periodos desde el año de 1997 hasta el 2017.

Analizado lo expuesto por el Tribunal censurado, advierte la Sala que le asiste razón a la parte actora en cuanto a los cuestionamientos endilgados al trámite surtido al interior del proceso ejecutivo laboral de la referencia, pues resulta innegable la trasgresión de las prerrogativas superiores de aquella, respecto de la prescripción de la acción ejecutiva de los aportes obligatorios dejados de consignar por el empleador al sistema general de pensiones, como como pasará a exponerse.

Es necesario separar jurídicamente el vínculo entre el empleador y la administradora de fondos de pensiones, y la relación entre esta última y el trabajador, puntualizando, que en el sub examine, nos encontramos frente a la primera circunstancia.

Precisado lo anterior, es pertinente indicar, que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece como una obligación del patrono descontar los aportes del trabajador a la seguridad social del sueldo de cada mes, los cuales, -adicionados a los aportes patronales- deberán trasladarse a la Entidad Administradora de Pensiones. Esto significa entonces, que, durante ese período, la entidad administradora de pensiones debe haber recibido y registrado en su sistema los aportes que mes a mes le debieron trasladar los empleadores, con base en las afiliaciones respectivas y durante la vigencia de su vínculo laboral. Al no ocurrir así, es decir, al presentarse una mora patronal, el Fondo debe proceder a cobrar las cotizaciones pendientes, inclusive, coactivamente.

En esa misma línea, el artículo 24 ibídem preceptúa, que «corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo».

Bajo ese entendido, ante el incumplimiento del empleador, la Ley autorizó a las AFP para iniciar las acciones de cobro o proceso ejecutivo, respaldadas en un «título ejecutivo complejo» que se compone de: (i) la correspondiente liquidación de lo adeudado que elabora el respectivo fondo de pensiones - liquidación que las más de las veces debe ser la misma que el fondo presente al empleador al momento de requerirlo-, y, (ii) la prueba de haberse hecho el respectivo requerimiento al empleador moroso.

Insiste la norma, en que la liquidación presta mérito ejecutivo, es decir, con vocación de cobrarse coactivamente una vez vencido los 15 días del requerimiento al empleador, lo que quiere decir que, mientras no se surta el requerimiento y se elabore la respectiva liquidación, no puede el Fondo de pensiones acudir a la administración de justicia para apremiar el pago de lo adeudado, porque sólo a partir de ese momento la obligación se vuelve exigible, tal y como acertadamente lo expuso la Colegiatura accionada.

Por su parte el Decreto 1161 de 1994, mediante el cual se dictaron normas en materia del Sistema General de Pensiones, estableció en su artículo 13

las acciones de cobro a favor de las entidades administradoras de los diferentes regímenes, precisando que:

Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes entablar contra los empleadores las acciones de cobro de las cotizaciones que se encuentren en mora así como de los intereses de mora a que haya lugar, pudiendo repetir contra los respectivos empleadores por los costos que haya demandado el trámite pertinente, en los términos señalados en el literal h) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994.

Estas acciones deberán iniciarse de manera extrajudicial a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la cual se entró en mora. Lo anterior es aplicable inclusive a las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las cuales podrán iniciar los correspondientes procesos coactivos para hacer efectivos sus créditos de conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6° de 1992 y demás normas que los adicionen o reformen.

Parágrafo. *En aquellos casos en que sea pertinente, las administradoras deberán informar al Fondo de Solidaridad Pensional sobre las acciones de cobro que deban adelantarse, con el objeto de que éste, si lo estima pertinente y por conducto de su representante, tome participación en el correspondiente proceso.*

Ahora bien, con base en la normatividad referida, es innegable que el propósito del legislador no era el de dejar a discreción de las entidades administradoras de pensiones, el término para ejercer y adelantar la acción ejecutiva, como quiera que, primero, ello iría en contra de la misma eficiencia y cuidado que se exige a las administradoras en el manejo de los aportes pensionales, y, segundo, porque la incuria y negligencia de la administradora pondría en riesgo el sistema de seguridad social en pensiones, y eventualmente la misma pensión del trabajador.

Así las cosas, concluye esta Sala que la entidad administradora de pensiones, no puede hacer exigibles en cualquier tiempo, todos aquellos aportes que el empleador debió haber cotizado por efecto de las vinculaciones contractuales del afiliado durante toda su vida laboral, pues de aceptarse que la acción de cobro que debe adelantar la AFP frente al empleador moroso de los aportes al sistema general de pensiones, es de carácter imprescriptible, se desconocería la finalidad de las diferentes facultades de fiscalización, de control, acciones precoactivas y coactivas, otorgadas por el legislador a dichas entidades, a efectos de hacer efectivo el pago de los aportes por parte del patrono renuente.

Resulta relevante advertir, que no es el trabajador el que sufre las consecuencias de la prescripción de sus aportes, sino la entidad administradora de pensiones, quien debe responder con su propio

patrimonio por todos y cada uno de los aportes que dejó de cobrar en tiempo con su correspondiente rendimiento, o dicho en otras palabras, que dejó prescribir por su incuria o negligencia, tal como lo prevé el inciso tercero del artículo 21 del Decreto 656 de 1994...”

(Resaltos fuera del texto original)

Y en las sentencias STL3413 de 2020 y N°. 86585 de 2020, se indicó, por parte de la Corte, que tal entendimiento, sobre la prescriptibilidad de esas acciones de cobro y la remisión al estatuto tributario para efectos del término de prescripción, es razonable, por lo que **esta Sala de decisión acoge el criterio plasmado en estas sentencias de tutela, de la sala laboral, que, por demás, es el que ha venido aplicando a la fecha.**

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se concluye que, en el presente caso, tal y como lo determinó el juez de instancia, se configuró parcialmente la prescripción extintiva sobre los aportes pensionales cobrados, en tanto los mismos corresponden a cotizaciones en mora que vienen desde el año 2010 y hasta el año 2016, a favor de varios trabajadores de la empleadora MARTHA ELENA LONDOÑO LÓPEZ, según se observa a folios 17 al 38 del archivo PDF 001.

Sin embargo, el término de prescripción que debe operar en el presente asunto es el de los cinco (5) años al que alude el art. 817 del estatuto tributario, o, en gracia de discusión, el término a que hace referencia el Consejo de Estado en el concepto de 2018 al que se hizo referencia, esto es, de 5 años para la acción ejecutiva (Artículo 2536 del Código Civil) y no el de los tres (3) años del art. 151 del CPTSS acogido en primera instancia, pero, al no haberse controvertido este punto de la sentencia, la Sala carece de competencia para realizar una modificación en tal sentido, en atención al principio de consonancia al que alude el art. 66A del CPTSS, pues la apelación de la AFP PROTECCIÓN S.A. se circunscribió únicamente a señalar que mientras el derecho pensional de cada uno de los trabajadores por los cuales se adeudan aportes pensionales, no se constituya, los requisitos que lo configuran no están sometidos al fenómeno prescripción.

Lo cual no resulta ser cierto, pues esa OBLIGACIÓN de cobro coactivo que recaía en el fondo privado, conforme lo indicado en el art. 24 de la Ley 100 de 1993, se hizo exigible con la constitución en mora que operó el 22 de junio de 2016, según lo indicado por la juez de primer grado, en tanto la jurisprudencia nacional tiene establecido que las administradoras que no adelantaron las acciones de cobro respectivas, deben reconocer las cotizaciones en favor del trabajador, quien no puede resultar perjudicado, como puede verse en las sentencia SL5081-2020, así:

“...Pues bien, sobre el particular la Corte ha adoctrinado que cuando existe mora en el pago de los aportes pensionales y las entidades de seguridad social no ejercen las acciones de cobro correspondientes, dichas cotizaciones se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL, 34202, 24 sep. 2008, CSJ SL13128-2014 y CSJ SL15167-2015)...”

Motivos por los cuales habrá de confirmarse lo resuelto en cuanto a la prosperidad parcial de esta esta excepción, pero por las razones aquí expuestas.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida, y la improsperidad del recurso de apelación formulado, las costas en esta instancia, estarán a cargo de la parte ejecutante y en favor de la parte ejecutada, de conformidad con lo expuesto en el numeral 1° del art. 365 del Código General del Proceso, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000, equivalentes a ½ SMLMV para la anualidad 2023.

V. D E C I S I Ó N

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral,

R E S U E L V E:

Primero: CONFIRMAR, pero por las razones aquí expuestas la providencia de fecha 7 de diciembre de 2022, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí - Ant., según lo expuesto en procedencia.

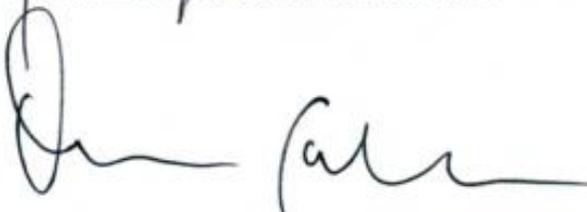
Segundo: Costas en esta instancia a cargo de la parte ejecutante y en favor de la parte ejecutada, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000, equivalentes a ½ SMLMV para la anualidad 2023.

Tercero: Se ordena notificar lo resuelto en **ESTADOS** virtuales y la devolución del expediente al juzgado de origen.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N °
129 del 28 de Julio de 2023.

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/147>.