



MEMORANDO

PARA: Edward Kenneth Fuentes Pérez
Subdirector Técnico
Subdirección de Talento Humano

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto reiteración prescripción de términos de cobro en aportes parafiscales.

En atención a la solicitud realizada mediante memorando M-2020-2400-030630, de fecha 09 de noviembre de 2020, por la Subdirección de Talento Humano, en la cual solicita a la Oficina Asesora Jurídica se emita concepto respecto de la prescripción de términos de cobro de aportes a pensión, por parte de COLPENSIONES, esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO

La Subdirección de Talento Humano plantea el siguiente interrogante:

¿Es viable reiterar la prescripción del pago de deudas reales en pensión, cuando es la Administradora de Fondo de Pensiones quien reclama el pago de los aportes?

II. ANTECEDENTES

La Subdirección de Talento Humano mediante memorando M-2018-2400-003661 del 4 de julio de 2018, informó a la Oficina Asesora Jurídica que durante la vigencia 2017 COLPENSIONES comunicó a Prosperidad Social que a su favor existía una deuda presunta y una deuda real. Una vez realizada la verificación aleatoria de los anteriores conceptos que compone cada uno de los valores de la deuda, en el sistema informativo habilitado para el efecto, se encontró que el cobro incluía planillas con fechas superiores a (5) años.

La Oficina Asesora Jurídica mediante memorando M-2018-1400-004241 del 27 de julio de 2018, tras describir sucintamente el estado en el que la doctrina y la jurisprudencia se pronunciaba sobre el tema objeto de estudio, identificó dos posiciones referentes a la prescripción de la acción de cobro de los aportes parafiscales en pensión, adoptando la postura manifestada el 19 de mayo de 2016 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado quien ha mantenido en reiteradas ocasiones la aplicabilidad del término de prescripción establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, esto es, 5 años contados a partir de la fecha en la que debió realizarse la correspondiente cotización.



Reiterando no obstante lo anterior, que el derecho pensional del trabajador es irrenunciable e imprescriptible y, por tal razón, si es éste quien reclama el pago de dichos aportes, no opera ningún término de prescripción, lo cual, además del deber de pagar las sumas adeudadas con el correspondiente calculo actuarial, ante la mora en el pago de los aportes, se deberá cancelar los consecuentes intereses, a lo que se suma la responsabilidad disciplinaria y/o fiscal por la conducta omisiva.

Ante la solicitud efectuada por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en la cual se pretendía la aplicación del término de prescripción de la acción contenida en el artículo 817 del Estatuto Tributario, COLPENSIONES mediante comunicación bz2020_7837434- 1930857 recibida el 25 de septiembre de 2020, identificada con el radicado E- 2020-2203-217167 informó que:

*"En cuanto a la prescripción alegada es pertinente ponerle de presente lo siguiente:
El termino de prescripción de la acción de cobro, establecido en el articulo 817 del Decreto 624 de 1989 – Estatuto tributario, así como en el Art. 24 de la Ley 383 de 1997 y demás normas reglamentarias, opera para las **obligaciones fiscales** y no para los aportes a la Seguridad Social, sobre los cuales la jurisprudencia en repetidas oportunidades ha calificado como **contribuciones parafiscales**. [...]
Lo anterior implica que todos aquellos componentes determinantes del derecho a reconocerse, como son los aportes, los cuales no pueden ser sustituidos y que además garantizan la viabilidad financiera del Sistema, tampoco pueden ser objeto de prescripción ni mucho menos de suspensión de la acción de cobro, pues se haría nugatorio un derecho que es imprescriptible."*

Ante la negativa de COLPENSIONES de declarar la prescripción de la acción contenida en el artículo 817 del Estatuto Tributario, la Subdirección de Talento Humano eleva la consulta a fin de validar si es viable reiterar la solicitud de prescripción frente al pago de deudas reales en pensión.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Frente al tema consultado, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a efectuar el análisis de los aspectos relevantes que se señalan a continuación.

1. **Estado actual de la doctrina y la jurisprudencia sobre la prescripción de la acción de cobro de los aportes parafiscales en la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral**

Como se indicó mediante memorando M-2018-1400-004241 del 27 de julio de 2018, frente a la prescripción de la acción de cobro de los aportes parafiscales en pensión, se han mantenido dos posiciones.



La primera sostenida por COLPENSIONES, la Superintendencia Financiera y el Ministerio del Trabajo encuentra su soporte doctrinario y jurisprudencial en los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, que ha señalado que en razón a que los aportes pensionales al sistema de seguridad social son un elemento constitutivo y fundamental del derecho a la pensión, los reclamos relacionados con la falta de afiliación al sistema de pensiones o la ausencia de pago de las cotizaciones, junto con las consecuencias derivadas de dichas omisiones, no están sometidos a la prescripción extintiva total y por ende, se pueden reclamar en cualquier tiempo.

Esta posición fue reiterada el 5 de febrero 2020, al desatar el recurso de casación interpuesto por AGRÍCOLA EL RETIRO S.A., contra la sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el proceso SL233-2020 Radicación n.º 72166 donde se reiteró lo manifestado por esa corporación en el proceso SL738-2018 en los siguientes términos:

"Si bien es cierto que, a partir de algunas de las anteriores decisiones, podría pensarse que el pago de los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, que es lo que en esencia se discute en este proceso, sí prescribe, pero teniendo en cuenta que la obligación se hace exigible a partir del momento en el que se reconoce la pensión de vejez o de jubilación, la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la imprescriptibilidad de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión, o en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la imprescriptibilidad de los bonos pensionales. En esta última decisión se anotó que,

[...] existe una relación indisoluble entre el bono pensional y el status de pensionado, debiendo correr la misma suerte la acción que se instaure en uno u otro caso para solicitar su reconocimiento, pues en puridad de verdad estos derechos están estrechamente ligados o entrelazados, y en estas condiciones ninguno de ellos admite prescripción extintiva del derecho en sí mismo.

*Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013, [...] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, **en cualquier tiempo**, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada,*



equilibrada y digna.

A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción [...].(Corte suprema de Justicia Sala laboral 738-2018). (Resaltado es del texto original y lo subrayado de la Sala).

Como se observa, la postura sobre la imprescriptibilidad de las acreencias generadas por ausencia de pago de las cotizaciones, es una posición consolidada en este alto tribunal.

2. Estado actual de la doctrina y la jurisprudencia sobre la prescripción de la acción de cobro de los aportes parafiscales en el Consejo de Estado

En contraposición a la anterior postura, la Sección Cuarta del Consejo de Estado desde el 2009, con la Sentencia 16257 de marzo 26 de 2009, Rad. 25000-23-27-000-2002-00422-01-16257 ha sostenido que pese a la naturaleza de contribuciones parafiscales de los respectivos aportes patronales para su cobro, se encuentran sometidas a las normas del Estatuto Tributario, en las que se incluye lo atinente a la prescripción de la acción de cobro como se observa a continuación:

*"[...] sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en términos de la Corte Constitucional, tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente. Los mismos provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, establecidas por el Estado en ejercicio de su **potestad impositiva**.*

Como lo ha señalado la Sala, estas cotizaciones son contribuciones parafiscales, pues se cobran de manera obligatoria a un determinado número de personas para una destinación específica: satisfacer las necesidades en salud de esos afiliados, por tanto, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social, como expresamente lo señala el artículo 48 de la Carta Política, el cual no consagra ninguna excepción ni restricción.

[...]

*En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones **parafiscales, por lo que para su cobro se debe aplicar 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". Como dentro de estas contribuciones se*



cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudir a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor.

Así las cosas, conforme al artículo 817 del estatuto tributario, antes de la modificación efectuada por la Ley 788 de 2002, el término de prescripción era el siguiente:

"Término de prescripción. La acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. Los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, en el mismo término, contado a partir de la fecha de su ejecutoria.

La prescripción podrá decretarse de oficio, o a solicitud del deudor".

De acuerdo con lo anterior, la prescripción para el cobro de los aportes patronales opera en 5 años y como los valores u obligaciones fueron determinadas en la liquidación certificada de la deuda, título ejecutivo, se analizará el siguiente cargo sobre su validez, para establecer cuándo fue su ejecutoria y el inicio del término de prescripción" (Consejo de Estado Sección Cuarta, marzo 26 de 2009, Rad. 25000-23-27-000-2002-00422-01-16257)

Es importante resaltar que este pronunciamiento fue referido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-895 de 2009, como ejemplo de eventos en los que la prescripción extintiva de las obligaciones derivadas del trabajo y la seguridad social no es incompatible "per se" con la Constitución y en especial con los derechos al trabajo (art. 25 y 53 CP) y a la seguridad social (art. 48 CP), elemento que es distinguible aun cuando esta corporación y el Consejo de Estado han analizado lo correspondiente al término de prescripción de las cuotas partes pensionales. (Ver la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 28 de junio de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2009-00026-00(0584-09, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 6 de agosto de 2020, en el proceso identificado con Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00383-02(23840), la Sección Cuarta del Consejo de Estado, reiteró la posición descrita por esta oficina asesora en memorando M-2018-1400-004241 del 27 de julio de 2018, en los siguientes términos:

"2- El PAR ISS, en su apelación, indicó que no debió declararse probada la excepción de prescripción porque, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución y la Sentencia T-746 de 2004, los aportes dejados de pagar al sistema de la seguridad social son imprescriptibles debido a que tienen una connotación social y a que afectan el derecho pensional de los trabajadores.

Al respecto, esta Sección ya tuvo la oportunidad de analizar la procedencia de la excepción de prescripción en los procedimientos de cobro coactivo por el no pago de aportes patrono-laborales en sentencia del 19 de mayo de 2016 (exp. 20711, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia -E-), por lo que será reiterada en esta providencia.



En esa ocasión se indicó que el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 establece que las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, dentro de las cuales se encontraba el ISS en Liquidación, deben ejercer el control sobre la liquidación y el pago de los aportes con base en las normas del Libro V del Estatuto Tributario.

Debido a lo anterior, en estos casos es aplicable el artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece que la acción de cobro tiene un término de prescripción de cinco años contados a partir de i) la fecha de vencimiento del término para declarar, ii) la fecha de presentación de la declaración cuando sea extemporánea, iii) la fecha de presentación de la declaración de corrección por los mayores valores o iv) la fecha de ejecutoria del acto de determinación. No obstante, precisó que cuando el procedimiento de cobro se adelanta para obtener el pago de aportes patrono-laborales, el término de prescripción debe contarse a partir del momento en que dichas obligaciones se hicieron exigibles.

Además, con base en el artículo 818 ibídem, el término de prescripción se interrumpe i) por la notificación del mandamiento de pago, ii) por el otorgamiento de facilidades para el pago, iii) por la admisión de la solicitud de concordato o iv) por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

En el caso bajo examen, consta que el ISS en Liquidación inició el procedimiento de cobro coactivo con fundamento en el artículo 99 de la Ley 633 del 2000 (ff.18, 19 y 22, c.1) para obtener el pago de los aportes patrono-laborales a cargo de la actora por los periodos 3 y 4 de 1995; 10, 11 y 12 de 1996; 1 2, 3 y 4 de 1997; 12 de 1999; 2, 3, 4, 5 y 12 de 2001; 1 de 2002; 8 de 2003; y 10 de 2004; según consta en la Resolución 715 del 20 de junio de 2012 (f.23, c.1).

Así las cosas, el término de prescripción de cada una de las obligaciones objeto de cobro finalizó entre los años el año 2000 y 2009. No obstante, el Mandamiento de Pago 008 de 2010 fue notificado el 24 de febrero de 2011 (f.24, cp.), es decir, luego de que prescribieran todas las obligaciones cobradas.

Debido a lo anterior, no prospera este cargo de la apelación del PAR ISS, por lo que se confirmará la nulidad de los actos acusados”.

Tanto la sentencia del 19 de mayo de 2016 (exp. 20711, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia -E-) como la antes citada, fundamentan la aplicación de las normas relativas a la prescripción del Estatuto Tributario, en lo que corresponde a los aportes parafiscales, en lo preceptuado por el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, que al tenor señalaba antes de sus modificaciones :

"ARTICULO 54. REMISION DE NORMAS DE ADMINISTRACION Y CONTROL. 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”.



Sin embargo, sobre la interpretación de esta disposición, el 24 de abril de 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la consulta Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00219-00(2317), en consulta sobre los términos de prescripción del cobro de los aportes parafiscales, expuso una fuente de derecho diferente en los siguientes términos:

"Resulta pertinente señalar que sobre el problema jurídico que recoge esta inquietud hubo un antecedente normativo que, de manera inequívoca, lo resolvía. Se establecía en el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 que las normas relativas al "cobro" incorporadas en el libro quinto del Estatuto Tributario, eran las disposiciones aplicables en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidos, entre otros, en la Ley 21 de 1982.

En este sentido era evidente que la existencia de una norma especial al respecto, hacía innecesario acudir a normas generales relativas al cobro de este tipo de recursos y, dentro de ellas, lo relativo a la prescripción. Así lo entendió la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

El aludido 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 91 y 99 respectivamente.

Su nuevo texto es el siguiente:

"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones".

Como se observa, la disposición normativa vigente ya no alude al "cobro" de los aportes; por el contrario, hace referencia solamente a la aplicación del Libro V del Estatuto Tributario para el ejercicio de facultades de fiscalización y control, conceptos estos que no suponen la facultad de cobro.

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 esta Sala en el pasado; tal idea, sin embargo, se abandonará, porque al entender de esta misma Sala en el presente, el Estatuto Tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes parafiscales que se analizan; motivo por el cual, se estima, en cambio, pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil.

En tal sentido, 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””.

Como se aprecia, ante el vacío sobre la prescripción, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, optó por inaplicar el artículo 817 del Estatuto Tributario y, en su lugar, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil.

En este sentido, se puede observar que la posición sobre la fuente de la prescripción de los aportes parafiscales no es sostenida de manera uniforme por el Consejo de Estado en cuanto al fundamento legal que la justifica mas no en su aplicabilidad.

3. **Interrupción de la prescripción de la acción de cobro**

Sobre la interrupción y suspensión del término de prescripción, el artículo 818 del Estatuto Tributario establece que el término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

En tal precepto se determinó que, luego de interrumpida la prescripción, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

En ese orden, a fin de solicitar la prescripción de la acción de cobro de conformidad con el Estatuto Tributario se debe verificar que no se haya presentado el fenómeno de la interrupción de la prescripción. Lo anterior teniendo en cuenta lo preceptuado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la cual indicó que el término de prescripción de la acción de cobro, regulado por el artículo 817 del Estatuto Tributario debe contarse a partir de la fecha en que los aportes patrono - laborales se hicieron legalmente exigibles.

De conformidad con el artículo 830 del Estatuto Tributario, la prescripción de la acción de cobro es una de las excepciones que puede ser presentada contra el mandamiento de pago, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de éste. Cabe advertir que consultada la jurisprudencia es sobre la respuesta a la excepción de prescripción de la acción de cobro en el marco de proceso coactivo que se torna viable la presentación de los correspondientes medios de control ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo anterior, en el presente caso es pertinente aclarar que de los documentos remitidos mediante memorando M-2020-2400-030630 a esta Oficina Asesora Jurídica no se incluyó acto administrativo alguno que contenga mandamiento de pago en favor de COLPENSIONES, por lo cual, esta oficina entiende que aun no se ha librado mandamiento de pago por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones.

IV. **CONCLUSIÓN**



De conformidad con lo desarrollado en este concepto, esta Oficina considera viable reiterar la solicitud de aplicación de la prescripción de la acción frente a los aportes parafiscales, previamente a la expedición del mandamiento de pago, siempre y cuando se valide la no existencia de algún evento que impida su configuración como lo sería la figura de la interrupción.

No obstante lo anterior y teniendo presente que, en la actualidad, para el Consejo de Estado la fuente jurídica de la prescripción de la acción de los aportes parafiscales no es uniforme, es recomendable contemplar en la solicitud las dos aristas expuestas por el Consejo de Estado, y que han sido desarrolladas en el presente concepto.

En el evento en que la solicitud de aplicación de la prescripción de la acción se desarrolle dentro del marco de un proceso coactivo, se torna ineludible plantear como excepción del mandamiento de pago en el cobro la prescripción, a fin de habilitar a su posterior control judicial.

Finalmente se reitera lo señalado por esta Oficina Asesora en memorando M-2018-1400-004241 del 27 de julio de 2018, en cuanto a que se debe adelantar la respectiva investigación disciplinaria toda vez que dicha omisión afecta la responsabilidad institucional y los derechos de los trabajadores, razón por la cual se insta a la Subdirección de Talento Humano para que actúe de conformidad.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace Conceptos jurídica en la intranet.

Atentamente,

Lucy Edrey Acevedo Meneses
Jefe de Oficina

Elaboró: Antonio Daniel Gil Lozano

Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



No. de radicación: **M-2020-1400-032292**

Fecha radicación: 2020-11-24 05:45:49 PM