

**MEMORANDO**

Bogotá D.C., 27 de Julio de 2018

Para:

Tania Margarita Lopez Llamas
Subdirector
Subdirección de Talento Humano

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto prescripción de términos de cobro por parte de los fondos de pensiones.

Cordial saludo,

En atención a la solicitud realizada mediante memorando M-2018-2400-003661, de fecha 04 de julio de 2018, 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 y Fondos de Pensión Privados, esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

COLPENSIONES, aplicando lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que enuncia: *"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, prestara merito ejecutivo"* y en concordancia con lo enunciado en el artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; inició proceso de cobro persuasivo requiriendo al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social el pago voluntario de los aportes adeudados por concepto de pensión de su planta de personal, suministrando a la Entidad, credencial de acceso a su sistema informático, a fin de verificar la información, identificando funcionario, valores, fecha, periodo y el factor que genera la deuda real o presunta.

Realizada la verificación aleatoria, de la deuda objeto de cobro persuasivo por parte de COLPENSIONES, se evidenció que varios periodos de los cuales se solicita pago corresponden a fechas superiores a (5) años.

De igual forma el fondo de pensiones COLFONDOS, se encuentran casos correspondientes al año 1994.

II. PROBLEMA JURIDICO

¿Es posible alegar la prescripción de la acción de cobro de aportes de pensión ante las Entidades Administradoras cuando existen periodos de más de 5 años de causación?



III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

A fin de resolver el interrogante planteado, es pertinente analizar los pronunciamientos que sobre el tema, han tenido tanto las autoridades administrativas competentes en el tema, como la doctrina jurisprudencial de las Altas Cortes.

1. Superintendencia Financiera

De conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, en los artículos 13¹, 52 y 60², las entidades administradoras de los regímenes del sistema general de pensiones, ya sean del sector público o privado, se encuentran sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, en razón a la fusión decretada en el artículo 1 del Decreto 4327 de 2005.

En ejercicio de las funciones de control y vigilancia que le han sido asignadas por ley, la Superintendencia Financiera ha emitido conceptos jurídicos, a fin de resolver algunos interrogantes presentados en torno a la prescripción de la acción de cobro de los aportes al Sistema General de Pensiones.

Inicialmente, mediante oficio 2005048381-001 del 1º de febrero de 2006, la Superintendencia Financiera señaló:

"...en la medida en que estas acciones involucran el recaudo de sumas que por ley están destinadas al reconocimiento de prestaciones de carácter vitalicio, cuyo derecho es imprescriptible e irrenunciable para sus beneficiarios, este Despacho considera que no es viable aplicar el fenómeno extintivo de la prescripción a la acción de cobro de los aportes, más cuando sus actores no pueden sustraerse de su reconocimiento y pago".

Dicho concepto se ha mantenido, siendo citado en conceptos jurídicos posteriores, relacionados con el tema³; él último de ellos corresponde al Concepto 2017006845-001 del 20 de febrero de 2017, en el cual se expone:

En ese sentido, debe tenerse presente que los aportes al Sistema General de Pensiones están unidos al Derecho a la Seguridad Social, como un derecho de carácter irrenunciable que conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 resulta irrenunciable⁴.

Sobre el tema la Corte Constitucional en la Sentencia C - 230 de 1998, analizó la naturaleza imprescriptible del Derecho a una Pensión, señalando:

"Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones.

¹ Literal k

² Literal j

³ 2006026183-001 del 7 de noviembre de 2006, 2006056487-001 del 29 de diciembre de 2006, 2006009008-001 del 11 de enero de 2007, 2008052709-001 6 de noviembre de 2008, 2008063926-001 del 11 de noviembre de 2008

⁴ "ARTICULO 48. (...) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...)

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...)" (Subraya fuera del texto)



Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada (...)"

Así las cosas, puede concluirse que en la medida en que las cotizaciones constituyen un requisito imperativo para acceder a las pensiones que el Sistema General de Pensiones reconoce a sus afiliados y que su ausencia puede acarrear consecuencias negativas al trabajador a favor del cual el empleador no ha efectuado la consignación de los aportes pensionales que le corresponden, esa omisión del empleador repercute de manera directa sobre su derecho irrenunciable a la seguridad social...

...De esta manera, la obligación de cobrar las cotizaciones en mora y sus intereses sin que se advierta término alguno de prescripción o caducidad se fundamenta en que el hecho de que con el recaudo de dichos recursos se garantiza el derecho al reconocimiento de las prestaciones de los afiliados, lo que resulta acorde con su carácter irrenunciable y con el principio de sostenibilidad financiera del Sistema que debe garantizar el Estado por orden constitucional.

Se concluye que en concepto de la Superintendencia Financiera, al ser la pensión un derecho de rango constitucional imprescriptible e irrenunciable, no es procedente aplicar prescripción a la acción de cobro de los aportes a Sistema General de Pensiones en mora.

2. Ministerio del Trabajo

El Ministerio de Trabajo, al referirse a la prescripción de las acciones de cobro de acreencias pensionales, en Concepto 129148 de fecha 31 de julio de 2014, comparte el concepto emitido por la Superfinanciera, mediante oficio 2005048381-001 del 1º de febrero de 2006 y advierte que coincide con el pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior de Cali-Sala Laboral- del 9 de diciembre de 2005, M.P. Dra. Malely Chávez Mejía, en el cual señaló:

"El artículo 270 de la ley 100 de 1993, señala "Los créditos exigibles por conceptos de las cotizaciones y los intereses a que hubiere lugar, tanto en el sistema General de Pensiones como en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pertenecen a la primera clase de que trata el artículo 2495 del C. C. y tiene el mismo privilegio que los créditos por conceptos de salario, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales". Es decir que tal como lo dispone el artículo 2495 del C.C. este crédito hace parte de los de primera clase

*"Observamos en este caso que el documento presentado como título ejecutivo lo constituye la liquidación de cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones en mora, esto es, obligaciones a cargo del empleador dentro del Sistema General de Seguridad Social, luego es un documento diferente al consagrado en el artículo 509 del C.P. C., y resulta incompatible aplicar por analogía la norma establecida en el C. S. de T., ya que este estatuto regula expresamente las relaciones individuales entre el trabajador y el empleador, siendo por tanto incompatible con el Sistema de Seguridad Social teniendo en cuenta las especiales relaciones que lo integran: primero las administradoras de los diferentes regímenes, segundo los empleadores, tercero los trabajadores, sus familiares, quienes son en última instancia los directos beneficiarios, todos ellos, la parte más débil del trípode, y adicionalmente debemos tener en cuenta que los aportes a cargo de las empresas con destino al fondo de pensiones, tiene como finalidad constituir el capital, es decir administra dineros de terceros, destinados a atender los riesgos de vejez, invalidez y muerte; entonces **si el***



derecho pensional como tal no prescribe -no así las mesadas pensionales- tampoco podría prescribir el pago de dichos aportes". (Negrillas fuera del texto).

Se adiciona entonces, a lo ya dicho, que ni el derecho pensional ni la acción de cobro de los aportes prescriben, más sí las mesadas pensionales.

3. Corte Constitucional

La Corte Constitucional en varios pronunciamos en sede de revisión de fallos de acción de tutela⁵, ha sostenido que es obligación de las Entidades Administradoras de pensiones, ejercer las acciones de cobro correspondiente a fin de que los empleadores procedan al pago de la prestación social correspondiente, que adeuden en razón a la afiliación de sus trabajadores.

El incumplimiento en la ejecución de la acción de cobro trae como responsabilidad por la omisión de su deber legal, que sin importar si el Fondo de Pensión pueda recobrar las cotizaciones o contribuciones parafiscales dejadas de cancelar por el empleador; éstas deben ser asumidas por dichas entidades. Lo anterior teniendo en cuenta que no pueden hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes, como lo es negar el reconocimiento de su pensión, *"toda que vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual se encuentra ajeno a dicha situación de mora"*⁶, esto como consecuencia de que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales⁷, para solventar las situaciones en mora y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución.

4. Ministerio de Salud y Protección Social

En Concepto 1331691 del 1 de octubre de 2013 y 201511600893981 del 26 de mayo de 2015, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial lo expuesto en la Sentencia de la Sección Cuarta de fecha 26 de marzo de 2009, Radicado 25 000 23 27 000 2002 00422 01 (16257), Consejero Ponente. Dra. Ligia López Díaz, el Ministerio de Salud y Protección Social expone que los aportes en seguridad social tienen carácter de aportes parafiscales, en consecuencia, se aplica la norma tributaria, operando la prescripción de acción de cobro de los aportes a la seguridad social, establecida en el artículo 817 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014, esto es 5 años.

5. Consejo de Estado

En Sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de los Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 19 de mayo de 2016, Radicado 08001-23-31-000-2009-00013-01, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico, al encontrarse probada la excepción de prescripción de la acción de cobro contenida en el artículo 817 del Estatuto Tributario, dentro de proceso de cobro coactivo adelantado por el Instituto de Seguros Sociales contra el Municipio de Soledad Atlántico, por concepto de aportes patrono - laborales pendientes de pago, discriminados en riesgos profesionales, pensión, salud y fondo de solidaridad pensional.

6. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral

La Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, en Sentencia SL-7382018 (33330), de fecha 14 de marzo de 2018, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, advierte que en sentencias como las CSJ

⁵ Sentencia T-451/13, Sentencia T-079/16, Sentencia T-399/16, Sentencia T-241/17.

⁶ Sentencia T-702/08

⁷ Artículo 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, Reglamentados por el Decreto 2633 de 1994 compilado en el Decreto 1833 de 2016 "Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones".



SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, se ha sostenido que "mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción", de igual forma cita las sentencias CSJ SL de fecha 08 de mayo de 2012, rad.38266 y CSJ SL2944-2016, las cuales señalan que "... el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...", la Corte en la precitada sentencia precisa su doctrina indicando 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 insoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción", aunado a lo expuesto, la Corte agregó que, tanto las omisiones como las falencias en el pago de aportes al sistema de pensiones pueden ser reclamadas por el interesado en cualquier tiempo, incluso después de reconocido el derecho, esto citando como referente la Sentencia CSJ SL795-2013.

En tal sentido declaró no probadas las excepciones de prescripción propuestas por las demandadas, señalando nuevamente que los aportes pensionales omitidos por el empleador no están sometidos a dicha forma de extinción de las obligaciones.

7. Sanciones por no pago de aportes a pensión.

La ley 100 de 1993, en su artículo 23, establece cuál es la sanción que acarrea el no pago de los aportes a pensión, por parte del empleador, así:

ARTICULO. 23.-Sanción moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la seguridad social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente. (Negrilla fuera de texto)

Luego el no pago de los aportes a pensión genera dos tipos de consecuencias, una patrimonial consistente en la causación de intereses por mora y, la otra, de carácter disciplinario por la conducta omisiva del servidor público encargado de hacer los aportes.

Adicionalmente, al constituirse el aporte a pensión como contribución parafiscal de la protección social, el cumplimiento del pago oportuno de éstos se encuentra bajo la vigilancia de la Unidad de Pensiones y Parafiscales UGPP, quien podrá imponer la sanción enunciada en el artículo 314 de la Ley 1819 de 2016⁸, así:

"Al aportante a quien la UGPP le haya notificado requerimiento para declarar y/o corregir, por conductas de omisión o mora se le propondrá una sanción por no declarar equivalente al 5% del valor dejado de liquidar y pagar por cada mes o fracción de mes de retardo, sin que exceda el 100% del valor del aporte a cargo, y sin perjuicio de los intereses moratorios a que haya lugar.

⁸ Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones



Si el aportante no presenta y paga las autoliquidaciones dentro del término de respuesta al requerimiento para declarar y/o corregir, la UGPP le impondrá en la liquidación oficial sanción por no declarar equivalente al 10% del valor dejado de liquidar y pagar por cada mes o fracción de mes de retardo, sin exceder el 200% del valor del aporte a cargo, sin perjuicio de los intereses moratorios a que haya lugar”.

En consecuencia, la omisión de realizar el aporte genera responsabilidad para el servidor público encargado de hacerlo.

8. Del caso concreto.

Teniendo en cuenta lo desarrollado anteriormente, se puede señalar que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción de cobro coactivo por parte de las Entidades Administradoras de Pensiones, para el pago de aportes a pensión adeudadas por el empleador, por tener carácter de aportes parafiscales, se les aplica el 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.

No obstante lo anterior, conforme lo enuncia la Corte Constitucional, el Sistema General de Pensiones está unido al Derecho a la Seguridad Social, que conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 resulta irrenunciable, lo cual sumado a lo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, arroja como conclusión que desde el punto de vista del trabajador, por tratarse de aportes que le permiten consolidar su derecho a pensión, es decir lograr su estatus de pensionado y financiar dicha prestación, el reclamo por el pago de éstos no pueden estar sometidos a prescripción y por ende aplicaría las sanciones previstas en la ley por el no pago oportuno de las cotizaciones para pensión.

Dicho de otro modo, si es el trabajador quien demanda el pago de sus cotizaciones para pensión adeudadas, **no opera término de prescripción o caducidad alguno**, máxime cuando la acción que llegare a invocar para la defensa de sus derechos no es la de cobro coactivo.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL8715-2014, Radicación No. 42989, de fecha 02 de julio de 2014, Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno, expuso:

“...teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones que integran el sistema de seguridad social, que se construyen a través del tiempo y que, por lo mismo, pueden sufrir varias eventualidades, lo más sensato y ajustado a los principios de la seguridad social es que el directamente interesado pueda pretender la configuración de su derecho en debida forma y, en ese mismo orden, pueda atacar todos aquellos factores que afectan su nacimiento completo, como la mora en el pago de los respectivos aportes...”

Así las cosas, se repite, nada impide que el afiliado reclame por la mora de su empleador en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, pues es el directamente interesado en la confección y reconocimiento de su pensión, en forma oportuna y completa. Con ello no se niega, naturalmente, que en realidad quienes tienen el principal deber de cobrar son las entidades administradoras de pensiones, como lo ha sostenido la Corte en su jurisprudencia. No obstante, se debe reconocer legitimación a los afiliados para reclamar, pues, en últimas, es a quienes concierne la integración del capital necesario para su pensión y el cumplimiento de los requisitos necesarios para tal efecto.

En ese sentido, el Tribunal incurrió en error jurídico al considerar improcedente la pretensión de pago de aportes a la seguridad social en pensiones, porque quien estaba «...llamada a cobrarlos, sea por senda persuasiva o por vía forzada, es la administradora o el Instituto de Seguros Sociales»...”



Por el contrario, si es la AFP la que le reclama a la Entidad el pago de los aportes, **se podría alegar la prescripción pero sin que ello implique desmedro o desconocimiento del derecho en cabeza del trabajador**. En tal virtud, el trabajador podría solicitar el pago de las cotizaciones adeudas, por las que incluso le fue descontado de su salario el porcentaje que le correspondía con los correspondientes intereses de mora y cálculo actuarial.

IV. CONCLUSIONES.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en determinar si es posible alegar la prescripción de la acción de cobro de aportes de pensión ante las Entidades Administradoras cuando existen períodos de más de 5 años de causación, es positiva en tanto que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, por tener carácter de aportes parafiscales, se les aplica el 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. No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta 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 adeudas con el correspondiente cálculo 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.

Una vez conocido lo anterior, esta Oficina considera 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.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Alejandra Paola Tacuma
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 7
Anexo: 0