República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00001 01
DEMANDANTE: HERNÁN EMILIO LÓPEZ VERGARA.
DEMANDADO: HELIBERTO CORTÉS PORRAS.

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que bajo un análisis conjunto del material probatorio arrimado, si se materializa la existencia de un contrato de trabajo; en consecuencia, es procedente ordenar el pago de las acreencias laborales y de seguridad social dispuesta por la primera instancia.

Señala el artículo el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Frente a dicho precepto legal, la H Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia tiene sentado que el mismo enuncia algunos indicios de existencia de contrato de trabajo, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos. No obstante, esta referencia normativa tiene el carácter enunciativa y no taxativa, de modo que pueden existir otros indicios o

[redacted]

elementos objetivos que permitan deducir una relación de trabajo subordinada que pueden manifestarse de diversas formas, según los usos, técnicas o tecnologías que el empresario utilice para alcanzar sus fines lucrativos e, incluso, según las épocas en que se ejerza esta facultad (CSJSL1439-2021).

En ese horizonte, la máxima Corporación de la jurisdicción laboral ha identificado algunos *indicios* relacionados en la Recomendación n.° 198 de la OIT, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

En el caso bajo estudio, al amparo del principio de la realidad sobre las formas estatuido en el artículo 53 de la Constitución Nacional, con la

documental aportada y los testimonios practicados se verifica la prestación del servicio del demandante en favor del demandado para el desempeño del cargo de administrador de la una "*mina*" "*cantera la esmeralda*" cuya licencia de operación fue conferida al accionado para la exploración técnica de un yacimiento de materiales de construcción (f.° 72 y ss).

Labores que se presumen subordinadas al tenor del artículo 24 del CST, dado que no fueron desvirtuadas por el demandado, pues el solo poder de folio 33 no tiene esa virtualidad. Nótese, como el mandato allí relacionado de cobro lo que reafirma la disponibilidad del trabajador en lugares dispuesto por el beneficiario el servicio, exactamente en la "*mina*" para el ejercicio de actividades de venta y recaudo del dinero proveniente de los "*materiales pétreos*" objeto de concesión por parte del Estado al señor Helberto López – empleador-. Actividades que son propias de las labores de "*administrador*" como está plenamente probado ejecutó el actor, lo cual no desconoce la misma sentencia al indicar que "*si bien antes del año 2011 se pudo generar entre las partes un contrato de trabajo con funciones de administrador, es de anotar que a partir de las de la suscripción del poder del recibo de dineros y modificación de las funciones del demandante la naturaleza de la relación mutuo a una de carácter civil* (....)"

En ese contexto, considero que no podía aislarse o dividirse la actividad de administrador de la cantera ejercida por el demandante con las labores encomendadas en el mandato de folio 33, al guardar una estrecha relación o conexidad. Con todo, tampoco puede desconocerse que el artículo 25 de la norma sustantiva laboral permite la concurrencia de contratos al establecer que "*Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro, u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código*".

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00001 01
DEMANDANTE: HERNÁN EMILIO LÓPEZ VERGARA.
DEMANDADO: HELIBERTO CORTÉS PORRAS.

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que bajo un análisis conjunto del material probatorio arrimado, si se materializa la existencia de un contrato de trabajo; en consecuencia, es procedente ordenar el pago de las acreencias laborales y de seguridad social dispuesta por la primera instancia.

Señala el artículo el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Frente a dicho precepto legal, la H Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia tiene sentado que el mismo enuncia algunos indicios de existencia de contrato de trabajo, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos. No obstante, esta referencia normativa tiene el carácter enunciativa y no taxativa, de modo que pueden existir otros indicios o

[redacted]

elementos objetivos que permitan deducir una relación de trabajo subordinada que pueden manifestarse de diversas formas, según los usos, técnicas o tecnologías que el empresario utilice para alcanzar sus fines lucrativos e, incluso, según las épocas en que se ejerza esta facultad (CSJSL1439-2021).

En ese horizonte, la máxima Corporación de la jurisdicción laboral ha identificado algunos *indicios* relacionados en la Recomendación n.° 198 de la OIT, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

En el caso bajo estudio, al amparo del principio de la realidad sobre las formas estatuido en el artículo 53 de la Constitución Nacional, con la

documental aportada y los testimonios practicados se verifica la prestación del servicio del demandante en favor del demandado para el desempeño del cargo de administrador de la una "*mina*" "*cantera la esmeralda*" cuya licencia de operación fue conferida al accionado para la exploración técnica de un yacimiento de materiales de construcción (f.° 72 y ss).

Labores que se presumen subordinadas al tenor del artículo 24 del CST, dado que no fueron desvirtuadas por el demandado, pues el solo poder de folio 33 no tiene esa virtualidad. Nótese, como el mandato allí relacionado de cobro lo que reafirma la disponibilidad del trabajador en lugares dispuesto por el beneficiario el servicio, exactamente en la "*mina*" para el ejercicio de actividades de venta y recaudo del dinero proveniente de los "*materiales pétreos*" objeto de concesión por parte del Estado al señor Helberto López – empleador-. Actividades que son propias de las labores de "*administrador*" como está plenamente probado ejecutó el actor, lo cual no desconoce la misma sentencia al indicar que "*si bien antes del año 2011 se pudo generar entre las partes un contrato de trabajo con funciones de administrador, es de anotar que a partir de las de la suscripción del poder del recibo de dineros y modificación de las funciones del demandante la naturaleza de la relación mutuo a una de carácter civil* (....)"

En ese contexto, considero que no podía aislarse o dividirse la actividad de administrador de la cantera ejercida por el demandante con las labores encomendadas en el mandato de folio 33, al guardar una estrecha relación o conexidad. Con todo, tampoco puede desconocerse que el artículo 25 de la norma sustantiva laboral permite la concurrencia de contratos al establecer que "*Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro, u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código*".

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2018 00271 01
DEMANDANTE: PORVENIR S.A.
DEMANDADO: SEGURIDAD GOLAT LTDA.

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, dado que en este caso si hay lugar a declarar la excepción de prescripción respecto de aquellos aportes pensionales que no se reclamaron dentro de los 5 años a su no pago por parte del empleador al ente de seguridad social demandante, como pasa a explicarse.

El sistema jurídico colombiano prevé la institución de prescripción como un modo de extinguir los *"derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular"*[1]. Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre los empleadores y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción de cobro de aportes resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por ello, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme a la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

---

[1] Sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional.

[redacted]

En ese punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 24 de abril de 2018 (rad. 211518011001-03-06-000-2016-00219-00 M.P. Alberto Montaña Plata) resolvió lo pertinente al término de prescripción en la acción de cobro de aportes parafiscales. Precisó que el artículo 817 del Estatuto Tributario no resulta aplicable por regular únicamente lo concerniente a los aportes fiscales, por lo que el término de prescripción de la acción corresponde al establecido en el artículo 2356 del Código Civil, que es de 5 años para la acción ejecutiva y 10 años para la ordinaria.

De otro lado, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de concepto n°. 1331691 del 1° de octubre de 2013, previó que los aportes a la seguridad social corresponden a contribuciones parafiscales, por lo que la acción de cobro prescribe en un término de 5 años de conformidad con el artículo 817 del Estatuto Tributario. Postura reiterada también por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como entidad fiscalizadora y controladora de aportes parafiscales, mediante concepto n°. 145 del 26 de noviembre de 2015.

En ese mismo sentido, la Superintendencia de Subsidio a través de concepto 2-2020-344376 de 28 de julio de 2020, precisó que el término de prescripción para el ejercicio de la acción de cobro de recursos parafiscales con el que cuentan las Cajas de Compensación Familiar corresponde a cinco años de conformidad con lo consagrado el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Asimismo, se debe indicar que la Ley 1607 de 2012, por medio de la cual se reformó el Estatuto Tributario, en su artículo 178 reguló lo concerniente a las competencias de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP y, en consecuencia, se determinó que será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, las cuales se deberán adelantar dentro del término de 5 años.

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias STL 3387 de 2020, STL3413 de 2020 y n°. 86585 de 2020,

precisó que la acción 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.

En ese horizonte, para la resolución del caso se acoge el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, según el cual el término de prescripción es de 5 años y conforme al Estatuto Tributario resulta aplicable a las acciones de cobro de los fondos de pensiones frente a las cotizaciones que debió pagar el empleador, pues los efectos de la misma se cimientan en el incumplimiento de las obligaciones de cobro por parte de los fondos de pensiones, aunado a que el trabajador cotizante en ningún caso verá afectado su derecho fundamental a la seguridad social, por la negligencia del fondo de pensiones.

En efecto, se debe distinguir el vínculo entre el empleador y la administradora de fondos de pensiones, de la relación entre esta última y el trabajador. Lo cual, permite verificar que la primera de ellas corresponde una relación de pago y cobro de los aportes a la seguridad social en pensiones, pues el empleador está obligado a transferir los dineros de sus trabajadores al fondo de pensiones, y esta última, resulta obligada a cobrarlos. Por ello, la relación del trabajador con el fondo de pensiones se circunscribe al amparo de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, en cuyos casos, el trabajador en ningún momento se verá afectado por la negligencia del fondo de pensiones al momento de cobrar los aportes pensiones, ya que en caso de no efectuarse, corresponde al fondo de pensiones asumir dicha obligación por no ejecutar las acciones legales que le otorgó el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 estableció la obligación del patrono de descontar los aportes del trabajador a la seguridad social del sueldo de cada mes, los cuales, deben trasladarse a la Entidad Administradora de Pensiones de manera obligatoria. Asimismo, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1161 de 1994 preceptúan la obligación que tienen las entidades administradoras de pensiones de adelantar las

acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

En consecuencia, la ley dotó a las administradoras de pensiones de herramientas jurídicas con el fin de materializar el cobro de los aportes a la seguridad social, por lo que al no ejecutarse las mismas en debida forma las obligaciones se trasladas exclusivamente al fondo de pensiones, quien debe asumir su actuar y, por consiguiente, las obligaciones pensionales del empleador. Lo cual, refleja que el sentir del legislador tampoco era dejar a la intemperie y libre disposición de las administradoras de pensiones, la ejecución coactiva de los aportes dejados de pagar por el empleador, máxime cuando de manera análoga se ha dispuesto para el cobro de los aportes parafiscales el término de prescripción de 5 años, como ocurre con las Cajas de Compensación Familiar, Sena y la UGPP. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia de tutela STL3387 de 2020 reseñó:

> *"(...) 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.*
>
> *(...) 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."*

Además, se advierte que el trabajador no sufre de las consecuencias de la prescripción de los aportes, pues quien debe asumir dicha responsabilidad corresponde a la administradora de pensiones ante su propio actuar negligente, como quiera que fue quien dejó de cobrar en el tiempo las correspondientes sumas de dinero.

Así las cosas, al ser los aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, tal como lo contempló la H. Corte Suprema de Justicia, para el cobro de los mismos se debe aplicar el Estatuto Tributario conforme al artículo 54 de la Ley 383 del 97, según el cual, las normas de procedimiento,

sanciones, determinación, discusión y cobros contenidas en el libro quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y los aportes inherentes a la nómina, tanto en el sector privado como en el público, establecidas en las leyes 58 del 63, 27 de 74, 21 del 82, 89 del 88 y 100 del 93, por ello, conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario, la acción de cobro de las obligaciones parafiscales de los aportes a la seguridad social, prescribe en el término de 5 años.

Bajo ese panorama, al pretender la AFP Porvenir S.A. el cobro de cotizaciones pensionales obligatorias dejadas de pagar por la demandada en su calidad de empleador de un número de trabajadores desde el año 2010, tal circunstancia conlleva la materialización del fenómeno de prescripción de aquellos aportes impagos que superaron el término de 5 años que no fueron materia de interrupción. Por consiguiente, debía seguirse adelante con la ejecución por los periodos oportunamente reclamados.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2018 00271 01
DEMANDANTE: PORVENIR S.A.
DEMANDADO: SEGURIDAD GOLAT LTDA.

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, dado que en este caso si hay lugar a declarar la excepción de prescripción respecto de aquellos aportes pensionales que no se reclamaron dentro de los 5 años a su no pago por parte del empleador al ente de seguridad social demandante, como pasa a explicarse.

El sistema jurídico colombiano prevé la institución de prescripción como un modo de extinguir los *"derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular"*[1]. Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre los empleadores y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción de cobro de aportes resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por ello, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme a la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

[1] Sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional.

[redacted]

En ese punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 24 de abril de 2018 (rad. 211518011001-03-06-000-2016-00219-00 M.P. Alberto Montaña Plata) resolvió lo pertinente al término de prescripción en la acción de cobro de aportes parafiscales. Precisó que el artículo 817 del Estatuto Tributario no resulta aplicable por regular únicamente lo concerniente a los aportes fiscales, por lo que el término de prescripción de la acción corresponde al establecido en el artículo 2356 del Código Civil, que es de 5 años para la acción ejecutiva y 10 años para la ordinaria.

De otro lado, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de concepto n°. 1331691 del 1° de octubre de 2013, previó que los aportes a la seguridad social corresponden a contribuciones parafiscales, por lo que la acción de cobro prescribe en un término de 5 años de conformidad con el artículo 817 del Estatuto Tributario. Postura reiterada también por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como entidad fiscalizadora y controladora de aportes parafiscales, mediante concepto n°. 145 del 26 de noviembre de 2015.

En ese mismo sentido, la Superintendencia de Subsidio a través de concepto 2-2020-344376 de 28 de julio de 2020, precisó que el término de prescripción para el ejercicio de la acción de cobro de recursos parafiscales con el que cuentan las Cajas de Compensación Familiar corresponde a cinco años de conformidad con lo consagrado el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Asimismo, se debe indicar que la Ley 1607 de 2012, por medio de la cual se reformó el Estatuto Tributario, en su artículo 178 reguló lo concerniente a las competencias de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP y, en consecuencia, se determinó que será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, las cuales se deberán adelantar dentro del término de 5 años.

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias STL 3387 de 2020, STL3413 de 2020 y n°. 86585 de 2020,

precisó que la acción 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.

En ese horizonte, para la resolución del caso se acoge el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, según el cual el término de prescripción es de 5 años y conforme al Estatuto Tributario resulta aplicable a las acciones de cobro de los fondos de pensiones frente a las cotizaciones que debió pagar el empleador, pues los efectos de la misma se cimientan en el incumplimiento de las obligaciones de cobro por parte de los fondos de pensiones, aunado a que el trabajador cotizante en ningún caso verá afectado su derecho fundamental a la seguridad social, por la negligencia del fondo de pensiones.

En efecto, se debe distinguir el vínculo entre el empleador y la administradora de fondos de pensiones, de la relación entre esta última y el trabajador. Lo cual, permite verificar que la primera de ellas corresponde una relación de pago y cobro de los aportes a la seguridad social en pensiones, pues el empleador está obligado a transferir los dineros de sus trabajadores al fondo de pensiones, y esta última, resulta obligada a cobrarlos. Por ello, la relación del trabajador con el fondo de pensiones se circunscribe al amparo de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, en cuyos casos, el trabajador en ningún momento se verá afectado por la negligencia del fondo de pensiones al momento de cobrar los aportes pensiones, ya que en caso de no efectuarse, corresponde al fondo de pensiones asumir dicha obligación por no ejecutar las acciones legales que le otorgó el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 estableció la obligación del patrono de descontar los aportes del trabajador a la seguridad social del sueldo de cada mes, los cuales, deben trasladarse a la Entidad Administradora de Pensiones de manera obligatoria. Asimismo, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1161 de 1994 preceptúan la obligación que tienen las entidades administradoras de pensiones de adelantar las

acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

En consecuencia, la ley dotó a las administradoras de pensiones de herramientas jurídicas con el fin de materializar el cobro de los aportes a la seguridad social, por lo que al no ejecutarse las mismas en debida forma las obligaciones se trasladas exclusivamente al fondo de pensiones, quien debe asumir su actuar y, por consiguiente, las obligaciones pensionales del empleador. Lo cual, refleja que el sentir del legislador tampoco era dejar a la intemperie y libre disposición de las administradoras de pensiones, la ejecución coactiva de los aportes dejados de pagar por el empleador, máxime cuando de manera análoga se ha dispuesto para el cobro de los aportes parafiscales el término de prescripción de 5 años, como ocurre con las Cajas de Compensación Familiar, Sena y la UGPP. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia de tutela STL3387 de 2020 reseñó:

> *"(...) 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.*
>
> *(...) 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."*

Además, se advierte que el trabajador no sufre de las consecuencias de la prescripción de los aportes, pues quien debe asumir dicha responsabilidad corresponde a la administradora de pensiones ante su propio actuar negligente, como quiera que fue quien dejó de cobrar en el tiempo las correspondientes sumas de dinero.

Así las cosas, al ser los aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, tal como lo contempló la H. Corte Suprema de Justicia, para el cobro de los mismos se debe aplicar el Estatuto Tributario conforme al artículo 54 de la Ley 383 del 97, según el cual, las normas de procedimiento,

sanciones, determinación, discusión y cobros contenidas en el libro quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y los aportes inherentes a la nómina, tanto en el sector privado como en el público, establecidas en las leyes 58 del 63, 27 de 74, 21 del 82, 89 del 88 y 100 del 93, por ello, conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario, la acción de cobro de las obligaciones parafiscales de los aportes a la seguridad social, prescribe en el término de 5 años.

Bajo ese panorama, al pretender la AFP Porvenir S.A. el cobro de cotizaciones pensionales obligatorias dejadas de pagar por la demandada en su calidad de empleador de un número de trabajadores desde el año 2010, tal circunstancia conlleva la materialización del fenómeno de prescripción de aquellos aportes impagos que superaron el término de 5 años que no fueron materia de interrupción. Por consiguiente, debía seguirse adelante con la ejecución por los periodos oportunamente reclamados.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado