

SEÑOR
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ –
E. S. D.

Ref.: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

Rad.: 11001333704220210001200

Asunto: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

JOHN EDISON VALDÉS PRADA, mayor y domiciliado en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 80.901.973 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 238.220 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado especial de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, por medio del presente documento y hallándome en los términos legales para hacerlo, me permito allegar **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** en el proceso de la referencia, así:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, en consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria en mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen:

De esta forma, este extremo pasivo se opone a que se declare la nulidad de las resoluciones **RCC- 32548 del 19 de agosto de 2020** y **RCC- 33899 del 03 de noviembre de 2020** y mediante la cual la UGPP libra mandamiento de pago en contra de FONCEP por las sumas canceladas y ordenas en la reliquidación de la pensión de vejez en cumplimiento del fallo judicial a favor del señor **Carlos Ernesto peñuela Núñez** y ordena el cobro de unos valores a cargo de la FONCEP por concepto de aportes patronales producto de la reliquidación pensional.

La anterior oposición se basa en que analizados los requerimiento de la entidad demandante, se evidencia que los actos administrativos proferidos por este extremo procesal se encuentran ajustados a derecho, por lo que al ordenarse la reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores sobre los cuales no se efectuaron cotización o aportes al trabajador por parte del empleador, se debe ordenar la liquidación y el recobro de dichos conceptos y con el fin de evitar un detrimento al erario y para efectos de propender por la sostenibilidad financiera del sistema pensional; Aunado a lo anterior, la entidad demandante tuvo la oportunidad procesal para interponer los recursos necesarios en contra de las resoluciones que reconocieron la reliquidación de la pensión del señor **Carlos Ernesto peñuela Núñez**, sin que hubiere efectuados los mecanismos correspondientes para atacar las resoluciones que ordenaron el pago de los aportes patronales a cargo del FONCEP.

De esta forma se encuentra que el recobro debe efectuarse no solo porque así lo ordeno el fallo judicial objeto de cumplimiento, sino por disposición constitucional de acuerdo al Acto legislativo 01 de 2005, que prohíbe reliquidar las pensiones con

factores a los cuales no se les realizaron los respectivos descuentos por aportes y como se observa en la liquidación efectuada por la entidad, esta se efectuó en correcta forma y por tanto al ser estos descuentos taxativamente ordenados, no es procedente que la entidad desconozca ninguna orden judicial que haga tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas no es viable acceder a la nulidad de las resoluciones proferidas por la UGPP y acceder a la nulidad del restablecimiento del derecho solicitado por la FONCEP, toda vez que es jurídicamente viable realizar el cobro de las aportes pensionales por factores insolutos (que no hicieron parte del IBC en su momento) o sobre las diferencias de aportes entre lo cotizado y lo que efectivamente debió cotizar, cuando exista una reliquidación por vía judicial o conciliatoria, teniendo en cuenta que debe existir una correlación entre IBC e IBL. Es así como el cobro debe realizarse en la respectiva proporción en el trabajador del 25% y el empleador y 75%, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, siendo estas disposiciones de obligatorio cumplimiento.

Por lo anterior, no es viable acceder a modo de restablecimiento de derecho a lo pretendido; toda vez que ya hubo pronunciamiento judicial en el cual se ordenó taxativamente se hicieran los descuentos sobre los aportes que se ordenan incluir en razón a la reliquidación ordenada por dicho fallo y la Unidad realizó dicho descuento en cumplimiento a la ya mencionada orden judicial por lo que se señalará la existencia de cosa juzgada.

Habida cuenta que no hay lugar a la prosperidad de las declaraciones y condenas, ni al NO recobro de valores que sí se adeudan la FONCEP por concepto de aportes y si existe la viabilidad de efectuar los descuentos señalados en la resolución atacada de nulidad, se debe proceder a proferir fallo absolutorio de todo concepto a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

A LOS HECHOS Y OMISIONES

Manifiesto a su despacho que me opongo a todos y cada uno de los hechos plasmados en el libelo de la demanda, por carecer de fundamento jurídico y factico, adicional a ello falta carácter probatorio.

A lo marcado como número 1: Es cierto

A lo marcado como número 2: Es cierto

A lo marcado como número 3: Es cierto, se expidió dicha resolución.

A lo marcado como número 4: Es cierto

A lo marcado como número 5: Es cierto

A lo marcado como número 6: Es cierto

A lo marcado como número 7: Es cierto

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sea lo primero señalar que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, al realizar el estudio del caso que nos ocupa, encontró que las resoluciones **RCC- 32548 del 19 de agosto de 2020** y **RCC- 33899 del 03 de noviembre de 2020**, por medio de las cuales se ordena librar mandamiento de pago por el cobro y el pago de los aportes patronales por factores insolutos o sobre las diferencias de aportes

entre lo cotizado y lo que efectivamente debió cotizar, cuando exista una reliquidación por vía judicial al FONCEP se encuentra ajustada a derecho.

Por ende, en cuanto a la pretensión del demandante que la UGPP se abstenga de realizar el cobro de la suma señalada en las resoluciones **RCC- 32548 del 19 de agosto de 2020** y **RCC- 33899 del 03 de noviembre de 2020**, por aportes de la suma de doce millones novecientos treinta y seis mil setecientos ochenta y tres pesos M/CTE. (\$12'936.783), es preciso realizar las siguientes consideraciones de orden legal:

La pensión desde el enfoque económico, tiene un carácter contributivo y no gracioso, lo que indica que el sistema pensional, implica obligaciones a cargo del Estado y de los afiliados. (Empleadores y servidores), entre estas, la de cotizar y efectuar los correspondientes descuentos.

La cartilla ABC- Sistema de Protección Social, define que la pensión: es la suma de dinero que el sistema general de pensiones paga de manera vitalicia y hasta la muerte al afiliado (empleado con contrato laboral o trabajador independiente), y cubre a quienes hayan estado afiliados al sistema de pensiones, como cotizantes en una administradora de pensiones y reúnan ciertos requisitos de edad y semanas cotizadas¹

La Corte Constitucional, en relación con la cotización y su relación con el salario, expresó:

"...La cotización obligatoria es directamente proporcional al salario. Es decir, a mayor salario, mayor cotización. Sin embargo, esta regla general sólo opera hasta el tope de los veinticinco SLMM. De este límite para arriba, la cotización se mantiene estática, es decir, es igual sin importar que el trabajador devengue mayores salarios o perciba mayores ingresos. La cotización obligatoria también es directamente proporcional al monto de la pensión..."²

Por todo lo anterior y en armonía con el principio o deber de correlación entre el ingreso base de cotización y el ingreso base de liquidación, encuentra su fundamento en el origen y financiación propia de la prestación, la cual en todo caso, tiene como fundamento unos aportes o cotizaciones que se han realizado, a efectos de proteger un determinado riesgo, que en seguridad social son los de vejez, invalidez y muerte.

El primer antecedente legal que existe de correlación entre el aporte y la determinación de un derecho prestacional, materializada en la compensación de aportes o cotizaciones, está establecida en el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, que expresó:

*"Artículo 99º.- Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, **la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes**, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio."*

¹ ABC del Sistema de Protección Social- deberes y derechos. Ministerio de Protección Social consulta en <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/CARTILLA%20DEL%20ABC.pdf>

² Corte Constitucional Sentencia C-1054/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Posteriormente, el legislador continuó desarrollando este deber, y principio, mediante la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, cuando en su artículo 1 expresó:

*“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En **todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Esta figura, tomo mayor consistencia y estructura a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, donde se estableció una clara y directa relación entre la base de las cotizaciones para la pensión y la base para la liquidación de la misma, propios de la seguridad social integral, teniendo en cuenta que los mismos, corresponden a la base de la financiación de la prestación a reconocer; la Ley 100 de 1993 en el artículo 15 perceptual:

“ARTÍCULO 15. AFILIADOS. (Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003). Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. (...)

PARÁGRAFO 1o. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:

*a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y **deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado.** De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley (...).” (Subrayas fuera de texto).*

La Ley 797 de 2003, en su artículo 4 modificadorio del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, ordena:

“ARTÍCULO 4°. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

*ARTÍCULO 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. **Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.**” (Negrilla fuera de texto)*

Igualmente, en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, se refiere al **salario base de cotización** para los trabajadores asalariado y fija los extremos mínimos y máximos de la cotización, que oscila entre 1 y 25 smmv. El artículo 19 ibídem, modificado por el artículo 6 de la ley 797 de 2003, al **ingreso base de cotización** para los trabajadores independientes

"ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. (Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003). El nuevo texto es el siguiente: La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual. (...) "

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales. (...)

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión." (Subrayas fuera de texto).

De lo relatado anteriormente, se reitera que una de las obligaciones en materia pensional, es cotizar durante la vida laboral y hacer los correspondientes descuentos sobre todo lo que constituye salario o ingreso.

Asimismo, la pensión desde el punto de vista económico genera unos componentes o elementos, como son: las cotizaciones, salario base, ingreso base de cotización, (IBC), la tasa de cotización. Adicionalmente, un monto de cotización, que serán definidos a continuación.

El Diccionario de la Lengua Española, define "cotizar" como: "pagar una cuota. // Pagar la parte correspondiente de gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social"³. El Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, precisa que "cotización", es la: "aportación periódica a determinados fondos de índole social".⁴

El decreto 3063 de 1989, en sus artículos 20 y 21 precisa:

"ARTÍCULO 20. COTIZACIÓN. Es el porcentaje del salario total del trabajador con que deben contribuir patronos y trabajadores para financiar un determinado seguro.

Cuando el afiliado tenga ingresos mensuales diferentes al salario ordinario pero que también constituyen salario, cotizará con base en todos ellos de conformidad con los respectivos reglamentos.

ARTÍCULO 21. APORTE. Es el valor que a cada patrono o trabajador corresponde cancelar al ISS para un determinado seguro, según el salario o ingreso real reportado. Con las excepciones establecidas para el servicio doméstico que devengue un salario inferior al mínimo legal y las consagradas en reglamentos especiales, los aportes, para efectos de los seguros sociales, no podrán liquidarse sobre un salario inferior al mínimo legal.

Es entendido que esta norma se aplica inclusive para las autoliquidaciones."

Por su parte, el Diccionario de Derecho Individual del Trabajo, ha entendido, por salario base: "...una de las variables del salario básico es la de salario base, noción que sirve para **calcular el monto** de prestaciones o de obligaciones a cubrir por parte de empleadores y de trabajadores: se habla, entonces, de salario base de cotización y salario base de liquidación:" "desde el cual se calculan los demás conceptos..." (Negrilla fuera de texto)

La misma obra contiene la noción de "ingreso base" y la define como: "la remuneración habitual que una persona percibe por la prestación de sus servicios personales, independientes (honorarios, renta, intereses, utilidades,) o subordinados (salario), a partir de la cual se calculan los beneficios accesorios o consecuenciales

³ Real Academia Española Página 677.

⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas. Tomo III. Página 404.

y las obligaciones legales o convencionales que emanan de la prestación regular.”⁵

Siguiendo con estas nociones; el diccionario de la Lengua Española, define “monto”, como: “suma de varias partidas” ⁶ y el diccionario Español Oxford Living como “Suma final de varias partidas o cantidades.”⁷ Monto de cotizaciones: es el valor económico acumulado. Finalmente, “tasa”, es definido como la relación de dos magnitudes// tributo que se impone al disfrute de ciertos servicios o al ejercicio de ciertas actividades. En términos generales y en el ámbito económico, es la contraprestación que una persona paga por un derecho o servicios⁸

Así las cosas, por cotización ha de entenderse, como el valor económico que cada empleador, trabajador, y afiliado, deben cancelar. En otras palabras es el aporte al sistema, de acuerdo con el salario mensual o ingreso real, en el porcentaje (tasa) y términos fijados por la ley, en tanto, el ingreso base de liquidación (IBC) es la porción de todo salario o ingreso, del trabajador dependiente o independiente, que se toma para aplicar el porcentaje (tasa) de aporte respectivo al momento de realizar la cotización al Sistema General de Seguridad Social.

A su turno el artículo 3.º del Decreto 510 de 2003, señala:

“ARTÍCULO 3.- La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, limite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud.

La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones, sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud”

Teniendo en cuenta las normas anteriormente expuestas, debe entenderse que el ingreso base de cotización constituye la porción de lo devengado por una persona que se toma como base para aplicar el porcentaje del aporte que señala la Ley, al momento de realizar la cotización al Sistema General en Pensiones, para la protección de los riesgos derivados de la vejez, invalidez y muerte.

Ahora bien, la suma de los ingresos base de cotización actualizados mes a mes al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, durante un espacio de tiempo determinado por la Ley dará lugar al Ingreso Base de Liquidación, que será en últimas el que determine el valor de la mesada pensional, después de la aplicación de la tasa de reemplazo.

En efecto, en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 se hace alusión al “ingreso base de liquidación”, que en palabras del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, es “la base a la cual se aplica el monto o porcentaje (...)” “(...) con que se liquida la pensión (...)”

Corolario de lo anterior, el inciso 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 superior, elevó a rango constitucional este principio, señalando la importancia del mismo y estableciéndolo como componente fundamental en el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

⁵ Diccionario de Derecho Individual del Trabajo. Alfonso Vargas Castellanos. Página 548.

⁶ Diccionario de la Lengua Española Real Academia de la Lengua. Vigésima Segunda Edición, 2001.

⁷ Consulta hoy 1 de enero de 2017, en ULR <https://es.oxforddictionaries.com/definicion/monto>

⁸ Hacienda Pública- Juan Camilo Restrepo. 2ª Edición. Universidad Externado. Página 122-

El principio de cobertura universal del sistema de seguridad social establecido en el artículo 48 constitucional impone la obligación de racionalizar los recursos pertenecientes al sistema de seguridad social, en ese escenario surge el principio de sostenibilidad financiera como un instrumento de realización de la máxima constitucional.

Al respecto Acto Legislativo 01 de 2005, consagró:

"Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

*"El Estado garantizará los derechos, **la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". (...)*

*"Para la liquidación de las pensiones **sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión". . (Subrayas y resaltado fuera de texto).*

De las normas citadas se infiere que el ingreso base de liquidación es el reflejo del promedio de los salarios o rentas efectivamente cotizados, que como se dijo, será la suma sobre la cual se aplicará el respectivo porcentaje para finalmente determinar la cuantía de la prestación. Se puede afirmar que el Ingreso Base de Liquidación se compone por dos aspectos: a) el tiempo a promediar y b) la lista de factores a incluir en el promedio.

Vale la pena recalcar que, el mismo Consejo de Estado, ha reconocido la existencia de la regla de correlación entre la base de cotización y la base de liquidación de las pensiones de regímenes especiales derivados del régimen de transición. Así, dicha Corporación ha sostenido en diferentes ocasiones, **especialmente en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01**, que el hecho de no haber realizado la cotización de los aportes sobre todos los factores que de conformidad con la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base de liquidación, no da origen a que se niegue la inclusión de determinado factor, **sino que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión deba hacer los descuentos correspondientes a las cotizaciones por el factor o factores incluidos.**

"De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

(...)

No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no puede limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en

Colombia, no hay pensiones gratuitas, salvo, la especialísima del personal docente.
(...)” (subraya fuera de texto)?

Quiere decir lo anterior que la obligación de cotización sobre todos los factores incluidos en la base de liquidación de la pensión reitera jurisprudencialmente la regla legal reseñada en precedencia respecto de la correlación entre el ingreso base de cotización y el ingreso base de liquidación.

Por lo anterior, y ante las reliquidaciones realizadas, donde exista una diferencia entre lo que en su momento se cotizó, ya sea por concepto o factor no incluido, o como proporción (cotización realizada por debajo de que realmente devengaba el funcionario)¹⁰, por lo que en aplicación del deber de correlación se hace necesario realizar la compensación de aportes.

Ahora bien, para el caso concreto, para lograr la sostenibilidad del sistema, el legislador previó la obligación de cotización en cabeza del trabajador y el empleador en un 25% y 75% respectivamente, en tal sentido el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 señaló la obligatoriedad de las cotizaciones durante el período de la relación laboral sobre la base del salario y de los ingresos efectivamente devengados, lo cual evidencia, como se señaló anteriormente, que el factor cotización se instituye en un instrumento de financiamiento del sistema que se materializa en la sostenibilidad del mismo y en la garantía de acceso a la prestaciones económicas que reconoce el régimen a sus afiliados.

Por lo anterior, es jurídicamente viable realizar el cobro de aportes pensionales por factores insolutos (que no hicieron parte del IBC en su momento) o sobre las diferencias de aportes entre lo cotizado y lo que efectivamente debió cotizar, cuando exista una reliquidación por vía judicial o conciliatoria, teniendo en cuenta que debe existir una correlación entre IBC e IBL.

Por otra parte, la indexación ha sido definida por la Corte Constitucional¹¹ como el “sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”

En materia pensional, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 prevé la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones no sólo de vejez sino también la de invalidez y sobreviviente, “con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, “actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios

⁹ Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁰ Esto es aplicable a los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en virtud de la sentencia C-173 de 2004, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la norma que permitió al Ministerio realizar las cotizaciones con un sueldo equivalente, y ordenó cotizar y reconocer las pensiones con lo realmente devengado por el funcionario.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia SU – 1073 de 12 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

al consumidor, según certificación que expida el DANE".

La Corte Constitucional¹² a partir de una interpretación sistemática de los preceptos previstos tanto en el preámbulo de la Constitución Política, como en los artículos 1°, 25, 48 y 53, se ha pronunciado sobre el carácter constitucional del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a obtener su actualización y que esta garantía se encuentra vinculada con el principio in dubio pro operario, los postulados del Estado Social de Derecho, la protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y al mínimo vital, proclamando el derecho universal de los jubilados a la indexación de la primera mesada pensional, independientemente de la fecha de causación y/o reconocimiento de la pensión objeto de actualización.

Por su parte, el Consejo de Estado¹³ ha manifestado frente al derecho de la indexación de la primera mesada pensional que se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento

En virtud de lo anterior, ante la posibilidad no solo legal, constitucional sino también jurisprudencial de actualizar las sumas que en materia pensional deban asumir tanto el empleador como el trabajador, con el fin de garantizar la actualización o la corrección monetaria, la deuda generada por concepto de diferencias en aportes pensionales se liquidaría de acuerdo al monto porcentual que corresponde al trabajador y al empleador dentro de la respectiva obligación de cotización a partir de la fecha que corresponda, sumas que deberán ser indexadas de acuerdo con el comportamiento de la cotización a pensión a pagar (de forma completa o solo las diferencias) y bajo la fórmula del Consejo de Estado $R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$ con fundamento en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011¹⁴.

Es relevante resaltar que el término de "Cálculo o reserva actuarial por omisión de afiliación", trae como consecuencia directa la posibilidad de trasladar al Sistema General de Pensiones una reserva actuarial o un título pensional, con el fin de que

¹² Entre otras, Sentencias SU - 120 de 13 de febrero de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C - 862 de 19 de octubre de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; C - 891A de noviembre 1° de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; SU - 1073 de 12 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; las de tutela T-663 de 2003, T-1169 de 2003, T-815 de 2004, T-805 de 2004, T-098 de 2005, T-045 de 2007, T-390 de 2009 y T-447 de 2009, T-362 de 2010, y recientemente la Su-1073 de 2012,

¹³ Entre otras, sentencias de febrero 18 de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; abril 12 de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), C. P. Gerardo Arenas Monsalve; marzo 07 de 2013, radicado No. 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁴ Los lineamientos del Consejo de Estado ha empleado en relación con la actualización de obligaciones y condenas de contenido dinerario señalan que:

"La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$ donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional. Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones." Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Corte Constitucional, Sentencias T-425 de 2007, T-815 de 2007, T-311 de 2008, T-789 de 2008 y T-141 de 2011 entre otras.

esas cotizaciones de factores insolutos o diferencia en la cotización financie con suficiencia la prestación a cancelar.

Es importante considerar el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia que señala la necesidad de entender que la omisión de la afiliación es un concepto que se asimila, en sus consecuencias, a la falta de reporte de novedad de ingreso por parte del empleador¹⁵.

La Corte Constitucional en Auto 343 de 2006, en un caso similar, le advirtió al entonces ISS, hoy Colpensiones que debía indicarle al Ministerio de Relaciones la suma que debía ser cancelada en virtud de los aportes dejados de pagar por un funcionario del servicio diplomático. Fue así como la Corte en la parte resolutive de la referida sentencia al referirse a los aportes que debían ser pagados, resolvió lo siguiente:

*"Debe entonces volverse a la sentencia de tutela, que en el párrafo segundo del numeral segundo de la parte resolutive ordenó: "Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, **DISPONER** que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora."*

En este punto de la sentencia es claro que la Corte acoge de cierta manera el sentir del Consejo de Estado¹⁶ respecto a la correlación que debe lograrse entre el IBC e IBL expuesto, pero hace en esta misma sentencia, la siguiente salvedad con relación a lo que la Corte Constitucional entiende para este caso como aportes. Veamos:

"Dadas las circunstancias, la Corte debe intervenir de manera excepcional para que se cumpla la sentencia T-098 de 2006. Como se ve, la tardanza en la cabal atención de la tutela se debe a una controversia surgida entre las entidad encargadas de su cumplimiento (Ministerio de Relaciones Exteriores) y la encargada de facilitarlo (ISS), en cuanto a la forma como corresponde liquidarse los aportes que deben ser pagados por parte del Ministerio."

"La discusión respecto al numeral segundo de la parte resolutive del fallo de tutela, ha llevado a la entidad comprometida a cumplir únicamente con la primera parte de la sentencia esto es, el Ministerio de Relaciones Exteriores efectivamente ha enviado al ISS la información sobre los salarios reales que percibió Armando Echeverri Jiménez, pero ha omitido enviar el pago de los aportes correspondientes liquidados, de acuerdo con los salarios que realmente devengó."

"El párrafo segundo del numeral segundo de la parte resolutive del fallo de tutela, ha sido incumplido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en tanto, considera que la liquidación realizada por el ISS en cuanto a los aportes adeudados, no corresponde a lo ordenado en la sentencia referida. Sostiene que el ISS está cobrando intereses por mora y rendimientos, previsión que la sentencia de tutela no contempló."

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P: Eduardo Villegas López. Radicación No. 36234. Acta No. 13. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010).

16 Rad (4582-04) de Abril 6 de 2011

"Debe entonces volverse a la sentencia de tutela, que en el párrafo segundo del numeral segundo de la parte resolutive ordenó: "Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, **DISPONER** que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora."

"Lo anterior significa que la orden está dirigida a que se liquiden los aportes correspondientes, sin tener en cuenta sanciones o intereses por mora y según declara el ISS la liquidación se ha realizado efectivamente sin incluir tales intereses por mora o sanciones, sino únicamente la indexación de que trata el artículo 32 de la ley 100 de 1993, que no está prevista como una sanción."

"En este sentido, la Corte Constitucional ha determinado que la liquidación de los aportes deben realizarse conforme a los cálculos actuariales, cuestión que sustenta tanto en normas constitucionales como legales. Así, el artículo 48 de la Constitución Política establece que la ley "definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante..." El artículo 32 de la Ley 100 de 1993 prevé que "Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley."

"De otra parte, el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, consagra la sanción moratoria al señalar que "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".

"Así entonces, las actualizaciones monetarias (indexación) y los intereses por mora son conceptos disímiles. En este preciso caso, el fallo no limitó la liquidación de los aportes a la indexación legalmente establecida sino a los intereses por mora y otras sanciones."

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional es clara al determinar que para constituir el capital necesario (aportes) para el pago de una pensión de estas características, se hace necesario realizar un ejercicio de cálculo actuarial y no una actualización de cotizaciones o mucho menos el cobro de unos intereses moratorios.

Es procedente citar en este punto que la misma Corte Constitucional en la sentencia T-122 de 2005, citada dentro del Auto 343 de 2006 le ordenó a Avianca realizar los aportes necesarios para financiar la pensión, los cuales se calculan bajo la metodología explicada de reserva actuarial, no sólo porque Decretos como 1282 y 1283 de 1994 así lo disponen, sino porque la Honorable Corte lo considera el mecanismo adecuado para calcular el capital necesario para el pago de estas pensiones.

Respecto al cálculo actuarial el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A", Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación No: 25000-23-25-000-2012-00190-01 (0628-2013), expresó:

“En el caso bajo estudio, el a quo consideró que a la actora le asiste el derecho a la reliquidación pensional, **pero ordenando descontar los correspondientes aportes al sistema de seguridad pensional, si no se hubiera hecho.**”

“No discute la Sala que la doctrina de esta Corporación, señala que **“procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”**. Lo anterior, en tanto la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. No obstante, es necesario hacer la siguiente precisión, con base en anteriores pronunciamientos que en este sentido ha realizado ésta Subsección:”

“El Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

“Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral de la actora desde el momento de su causación, **para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)**, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.”

“Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.”

“Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas de la demandante, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de ella dependan económicamente.”

“En su parte resolutive la misma sentencia expresa:” “(…)”

“ADICIÓNENSE la sentencia indicada en el inciso anterior, en el sentido de señalar que la orden de reliquidación proferida por el a quo, **estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables,** de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”

Revisados los anteriores mecanismos, conforme a lo desarrollado en las sentencias y línea jurisprudencial de las altas corporaciones judiciales (Consejo de Estado y Corte Constitucional) la metodología actuarial es la que garantiza la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que resulta ser el mecanismo adecuado para calcular el capital necesario para el pago de estas pensiones.

Es preciso analizar lo concerniente a CUMPLIMIENTO DE FALLOS JUDICIALES.

Sobre el cumplimiento de los fallos judiciales, tal y como lo ha determinado la Corte Constitucional en sentencia T-670 del 13 de noviembre 1998, se debe tener presente:

"Todos los funcionarios estatales, desde el más encumbrado hasta el más humilde, y todas las personas, públicas y privadas, tienen el deber de acatar los fallos judiciales, sin entrar a evaluar si ellos son convenientes u oportunos. Basta saber que han sido proferidos por el juez competente para que a ellos se deba respeto y para que quienes se encuentran vinculados por sus resoluciones contraigan la obligación perentoria e inexcusable de cumplirlos, máxime si están relacionados con el imperio de las garantías constitucionales.

De allí se desprende necesariamente que si la causa actual de la vulneración de un derecho está representada por la resistencia de un funcionario público o de un particular a ejecutar lo dispuesto por un juez de la República, nos encontramos ante una omisión de las que contempla el artículo 86 de la Carta, como objeto de acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional conculcado. Al fin y al cabo, se trata de acudir a una instancia dotada del suficiente poder como para lograr que de manera cierta e indudable tengan vigencia en el caso concreto las prescripciones abstractas de la Constitución."

Bajo este contexto se debe señalar que de acuerdo con la concepción del Estado social de derecho y especialmente del principio de legalidad, criterios definitorios del estado colombiano al tenor de lo establecido en la Constitución Política, no le es dable a esta Entidad apartarse o realizar interpretaciones respecto de las órdenes impartidas por los diferentes órganos jurisdiccionales, toda vez que las autoridades públicas están sometidas al imperio de la ley, ello significa que así, como se deben acatar de manera estricta las normas de orden legal lo mismo debe hacerse con las ordenes de los jueces de la república, pues ellas en todos los casos se presume que están ajustadas a derecho y son de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, respecto al pago de los aportes que le correspondían al FONCEP, se debe resaltar que el valor a pagar es la suma de veintiséis millones ciento sesenta mil cuatrocientos ochenta y un pesos (**\$26.160.481**), suma que no es discutida por la entidad demandante, por el contrario es aceptada, pero que a su juicio y criterio no debe ser cancelada en su totalidad por cuanto se debe aplicar la prescripción trienal de los aportes que tienen carácter de parafiscales y que por tal razón solo pagó la suma de **doce millones novecientos diecinueve mil doscientos sesenta y siete (\$12.919.267)**; situación que se escapa de la realidad por cuanto está aplicando de manera errada la norma, porque si bien es cierto, en primer momento los aportes parafiscales no serían prescriptibles y por lo tanto la suma que adeuda la entidad demandante asciende al valor doce millones novecientos treinta y seis mil setecientos ochenta y tres pesos (\$12.936.783), valor que se obtiene de restar el pago efectuado por la entidad demandante a la entidad a la cual represento al valor que realmente adeuda por dicho concepto, es decir triste un valor restante, el cual fue reconocido por la entidad demandante y que está pendiente de pago, por lo que las resoluciones atacadas en medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho están ajustadas a derecho, respecto a lo anterior cabe decir lo siguiente:

LOS APORTES PARAFISCALES NO PRESCRIBEN: los aportes adeudados en pensión por ser recursos de carácter parafiscal no prescriben. Esto se sustenta en el concepto de la UGPP número 1120.12. Señala la imprescriptibilidad del cobro de aportes así:

"Las administradoras del Sistema de la Protección Social, entre ellas las del Sistema General en Salud, están obligadas a cobrar a los aportantes morosos (empleadores o trabajadores independientes) los aportes adeudados. En cuanto al tiempo para adelantar estas acciones de cobro, NO existe disposición de orden legal que señale expresamente el término dentro del cual las administradoras puedan realizar el cobro. (...)

Así mismo, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y la Protección Social mediante concepto No. 28912 del 30 de diciembre de 2011 remitido a la Contraloría General de la República, como autoridad competente, expresó sobre el término de prescripción del cobro de los aportes a seguridad Social lo siguiente: "En relación con el término de prescripción de aportes a la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, en concepto dirigido a la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló: "(...) que la oportunidad para hacer exigible el pago de aportes parafiscales indiscutiblemente debe encontrarse circunscrita a un término prescriptivo, el cual, según la Sentencia de julio 30 de 2004 del Consejo de Estado, cuyo aparte se transcribió líneas atrás, es el contemplado en el Estatuto Tributario Nacional, vale decir, cinco años". Conforme a los lineamientos planteados por la jurisprudencia, así como lo expresado por el Ministerio de Salud y la Protección Social, el término de prescripción de la acción de cobro de los aportes al Sistema de Seguridad Social, en este caso los del subsistema de salud, sería el consagrado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual corresponde a cinco (5) años contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, en razón a la ausencia de disposición legal expresa que regule el término de prescripción de la acción de cobro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y a que indiscutiblemente las obligaciones deben encontrarse circunscritas a un término prescriptivo, advirtiendo que dicho término es susceptible de interrupción y el término empezará a correr de nuevo".

Sobre este aspecto, la Superintendencia Financiera, a través del Oficio 2005048381-001 del 1º de febrero de 2006 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".

La anterior postura 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 qué 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.

En conclusión, de acuerdo con el anterior señalamiento, si el derecho pensional no prescribe, tampoco podría prescribir la acción de cobro de dichos aportes.

Frente a lo anterior, se debe señalar que no existe prescripción de la acción de cobro de aportes pensionales en tanto el derecho pensional y las prestaciones que se derivan de él no tiene prescripción alguna, fundamentado en la Corte Constitucional mediante Sentencia C-230 de 1998 reiterada por las Sentencias C-198 de 1999, C-624 de 2003 concordantes con las Sentencias de Tutela 410 de 2014 y 774 de 2015 ha ratificado la imprescriptibilidad del derecho pensional y por lo tanto la obligación de cotizar, por lo que al constituirse en un precedente constitucional es de obligatorio cumplimiento.

No OBSTANTE, no se puede desconocer que existe otra teoría respecto a la prescripción del pago de los aportes del empleador, pero que a su vez favorece la teoría de la entidad, ya que sobre el problema jurídico que nos atañe hay un antecedente normativo que de manera inequívoca resuelve lo siguiente:

el artículo 54 de la ley 383 de 1997 dice que respecto a las normas relativas al cobro incorporadas en el libro quinto del Estatuto tributario, son consideradas como aplicables a casos como el que nos ocupa en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidos como parafiscales. En ese sentido es evidente que la existencia de una norma especial al respecto, hace innecesario acudir a las normas generales relativas al cobro de este tipo de recursos, lo que atañe también al término de prescripción. así lo ha entendido la sección cuarta del Consejo de Estado, quien dice que el aludido artículo 54 ibídem si bien es cierto sufrió cambios con ocasión a la expedición de las leyes 488 de 1998 y 633 de 2000, los artículos 91 y 99 respectivamente, la ausencia de una norma expresa que establece una interpretación inequívoca, podría hacer pensar en la aplicación del Estatuto tributario para cubrir este vacío tal y como lo ha entendido la sala en tiempos pasados, sin embargo se debe entender que el Consejo de Estado manifiesta que el Estatuto tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes patronales parafiscales como los que hoy se debaten, motivo por el cual se hace necesario acudir a lo dispuesto en el Código Civil para obtener que la prescripción sobre estos aportes de carácter parafiscal se debe aplicar el artículo 2536 del Código Civil donde señala que la acción ejecutiva prescribe en 5 años.

Para mayor claridad, se hace necesario señalar que se debe observar el inciso primero del artículo 2536 del Código Civil donde señala "la acción ejecutiva se prescribe por 5 años y la ordinaria por 10 años.

Partiendo de lo anterior, se tiene que el fallo que ordenó la reliquidación quedó ejecutoriado en el año **2018** y que la UGPP reliquidó la pensión de vejez solicitada, es decir el derecho al cobro de esos aportes solo nació con las sentencias debidamente ejecutoriadas, por lo tanto como es en cumplimiento de los fallos anteriormente relacionados, se avizora que no ha trascurrido el termino de cinco (5) años señalado por el artículo 2536 del Código Civil, norma que debe ser aplicada, en el caso que no se acoja la teoría de que los aportes patronales no prescriben.

Se hace énfasis en que la obligación de aportes parafiscales y su término de prescripción de 5 años debe iniciar a partir de la obligación que impone la justicia ordinaria en cabeza de la entidad a la cual represento en el año 2018, y nace por la reliquidación de la pensión de jubilación del señor **Carlos Ernesto Peñuela Núñez**, los recursos impetra dos contra la resolución que ordena librar mandamiento de pago y la que ordena seguir adelante con la ejecución, el tiempo que se solicita declarar prescrito 2014 a 2017 no lo está, por cuanto entre el 2014 y el 2018 solo han transcurrido 4 años y por ende es preciso señalar que la obligación de pagar los aportes como empleador no han prescrito y por el contrario deben ser asumidos por el FONCEP en su totalidad, y no de manera parcial como los pagó en su momento.

Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta que la entidad demandante tuvo la oportunidad procesal para controvertir dichos argumentos y por el contrario con sus fundamentos ratifica que la entidad a la cual represento tiene la razón en cobrarle lo restante y que no fue cubierto con el pago parcial que efectuó.

En razón a lo expuesto y teniendo en cuenta que la resolución **RCC- 32548 del 19 de agosto de 2020** y **RCC- 33899 del 03 de noviembre de 2020** , y los demás actos administrativos expedidos por la UGPP y por las cuales se imponen el pago de una suma de dinero a cargo de la FONCEP, se encuentran debidamente notificadas y ejecutoriadas, son totalmente legales y no habrá lugar por parte de esta entidad a emitir nuevamente pronunciamiento al respecto pues se aportaron los mismos elementos probatorios que para emitir la resoluciones mencionadas se allegaron, y por ende las resoluciones atacadas de nulidad no son jurídicamente cambiables, en razón al principio de cosa juzgada y cumplimiento íntegro de fallo judicial.

EXCEPCIONES

Con el debido respeto la entidad demandada UGPP presenta las siguientes excepciones a la demanda formulada.

EXCEPCIONES PREVIAS

PRIMERA: INEPTA DEMANDA POR INDEBIDO ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDANDO.

Los actos administrativos de ejecución, se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surgen situaciones diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. Pero sobre este punto es importante señalar que la jurisprudencia ha dicho que es procedente el estudio de los actos de ejecución de sentencias de forma excepcional cuando: *"i) la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez, ii) crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el estado y el particular que no fue objeto de debate judicial."*¹⁷

Lo que quiere decir que el acto administrativo demandado de forma parcial, no fue más allá de lo ordenado por los fallos de la jurisdicción, toda vez que en proveído se ordenó que la entidad empleadora debía cancelar los respectivos aportes patronales y que para obtener lo anterior la UGPP contaba con todos los medios legales y facticos para obtener el recobro de los mismos.

Consecuencialmente se evidencia que al ordenarse el recobro de dichos aportes en la sentencia judicial que impone la obligación de la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta aunque sobre ellos no se hubieren efectuado aportes, este tema de la obligación legal de efectuar el recobro de los aportes que no fueron realizados por el empleador ya fue objeto de debate en el proceso ordinario, avizorándose que en las consideraciones de los fallos relacionados anteriormente, se efectuó un análisis del tema y dedujo que era viable el cobro de los aportes patronales que hoy pretende la entidad demandante no se efectúen por esta entidad.

En ese orden de ideas, el acto administrativo demandado de forma parcial es un acto administrativo de **EJECUCIÓN o CUMPLIMIENTO**, toda vez que da cumplimiento a una orden judicial proferida por la Jurisdicción; por lo anterior, el acto administrativo no es jurídicamente demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa. En concordancia con la Ley 1437 de 2011.

EXCEPCIÓN DE FONDO

PRIMERA: AUSENCIA DE VICIOS EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

El acto administrativo demandado de forma parcial la resolución No. **RCC- 32548 del 19 de agosto de 2020** y **RCC- 33899 del 03 de noviembre de 2020** expedida por la UGPP y por las cuales se imponen el pago de una suma de dinero a cargo de la FONCEP, conservan incólume su presunción de validez y surten plenamente sus efectos en el mundo jurídico, puesto que esta no ha sido desvirtuada por el demandante. Lo anterior en vista que los mismos no contiene vicio alguno que conlleven a su anulación, ya que fue expedido observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, tanto los motivos en los que se fundan como la motivación que en este se leen, son consistentes y congruentes con las normas superiores en las que se fundan y por lo tanto los vicios que se le imputan carecen de fundamento de acuerdo a los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS – SE PRETENDE UN EN REQUERIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.

Quedo demostrado en el proceso que la FONCEP, pretende obtener una ventaja patrimonial en el sentido pretende se ordene a la entidad se abstenga de realizar el cobro de la suma señalada en el artículo octavo de la resolución **RCC- 32548 del 19 de agosto de 2020** y **RCC- 33899 del 03 de noviembre de 2020** teniendo en cuenta que se discute la legalidad del mismo, evidenciándose que con la resolución atacada de nulidad, la UGPP reliquidó la pensión de vejez solicitada por el señor **Carlos Ernesto Peñuela Núñez**, fue en cumplimiento de los fallos judiciales proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa, actos administrativos debidamente motivados.

Especial atención merece, además, un elemento ínsito en la figura del enriquecimiento injusto, cual es la obligación que tienen las partes de obrar de buena fe, aludiendo a la confianza suscitada por el comportamiento del otro, como elemento digno de la protección del ordenamiento jurídico. Por ende, hora que no son atendibles algunos de los argumentos expuestos por el apoderado de

la parte demandante, toda vez que existe la prohibición para enriquecerse injustamente a expensas de otro.

Evidenciado que por medio de la resolución atacada de nulidad parcial el demandante pretende enriquecerse sin justa causa y en detrimento del sistema financiero argumentando que no es viable cobrar los aportes por los factores incorporados, toda vez la FONCEP realizó las deducciones y aportes en la época activa del trabajador pensionado; avizorándose por este extremo procesal que el demandante actúa de mala fe.

TERCERA: IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

Mi poderdante en todas y cada una de sus actuaciones legales, actúa bajo el principio de buena fe, y en este asunto, en cumplimiento de dicho precepto legal acata en su integridad la normatividad vigente para efectos de reconocimiento y liquidación de derechos pensionales.

La condena en costas y agencias en derecho: las mismas no son viables por cuanto El Consejo de Estado¹⁸, ha manifestado al respecto lo siguiente:

En efecto, dicha ponderación debe conducir a que se verifique si han procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas de interponer recurso o de promover incidentes en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.

Ahora bien, respecto a la condena en costas impuesta por el Tribunal a la entidad demandada se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Sentencia de 19 de enero del 2015, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, No. interno: 4583-2013 del M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, en la que se señaló sobre la naturaleza de la condena en costas a luz del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso¹⁹, que dicho precepto contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial cuando profiera sentencia que decida el mérito de las pretensiones en una causa sometida a su conocimiento, que es el de “dispondrá” el cual, acorde con el diccionario de la real academia de la lengua española es sinónimo de “decir”, “determinar”, “mandar”, “proveer”, por lo que, sin mayor esfuerzo puede colegirse que lo prescrito por el legislador en la norma en cita no es otra cosa que la facultad del juez para pronunciarse sobre la condena en costas.

Se deja en claro igualmente que tal disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de “condenar” en costas, sino la de “disponer” sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas.

Bajo esta preceptiva se precisó que si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra la previsión de antaño contenida en el artículo 171 del decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...”, también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 48809, 13 de junio de 2016.

¹⁹ Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

"automática" frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia.

Así mismo, se concluyó que esta interpretación resulta consonante con lo previsto por el artículo 392 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "... en que haya controversia..." y que "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

MEDIOS DE PRUEBAS

1. APORTADAS POR LA ENTIDAD.

Solicito al señor juez tenga como medios de prueba los aportados en el expediente Administrativo para el caso en mención.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Cra. 11 # 73- 44 Oficina 408 – Bogotá D.C.
- Tel. 3176355856
- **Solicito muy amablemente al despacho, que en caso de cualquier notificación vía correo electrónico, aparte de la respectiva comunicación a la entidad que represento, también se me notifique a mi correo: jvaldes.tcabogados@gmail.com**

Del Señor Juez,



JOHN EDISON VALDÉS PRADA
CC. 80.901.973 de Bogotá
T.P 238.220 del C.S. de la J.