

Señores:

JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.

E. S. D.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 110013337042202000154

Demandante: FIDUCIARIA LA PREVISORA –FIDUPREVISORA S.A.

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

KARINA VENCE PELAEZ identificada con C.C. No 42.403.532, y portadora de la T.P. 81621 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada general de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP, de acuerdo al poder allegado en su oportunidad, mediante el presente escrito me permito contestar la demanda en los siguientes términos:

RESPECTO DE LOS HECHOS

AL HECHO UNO: es cierto, así se evidencia en el acto administrativo que reposa en el expediente.

AL HECHO DOS: es cierto, así se evidencia en el expediente administrativo.

AL HECHO TRES: es cierto, así se evidencia en el expediente administrativo.

AL HECHO CUATRO: es cierto, así se evidencia en el expediente administrativo.

AL HECHO QUINTO: es cierto, así se puede evidenciar en el expediente administrativo.

AL HECHO SEXTO: es cierto, la entidad demandante interpuso los recursos pertinentes.

AL HECHO SEPTIMO: es cierto, así se puede evidenciar en el expediente administrativo.

CONTESTACIÓN DE LAS PRETENSIONES Y ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

*La entidad se opone a las pretensiones interpuestas por la parte actora, en razón a que lo pretendido, en este caso, es que “se declare la **nulidad de la Resolución No. RDP 015261 del 17 de mayo de 2019, la nulidad de la Resolución RDP 035774 del 27 de noviembre de 2019 y la RDP 038346 del 17 de diciembre de 2019, mediante las cuales se ordenó y confirmó un cobro***

por concepto de aportes patronales correspondiente a la reliquidación de la pensión de vejez de la señora LUZ ELVINIA FARFAN ORJUELA". Así mismo, solicita se nos imponga condenas a título del restablecimiento del derecho y al pago de las costas procesales.

Obligación del empleador a cancelar los aportes patronales:

Es indicado señalar, que las decisiones tomadas por los estrados judiciales se hacen no sólo protegiendo los derechos de quien promueve o pone en funcionamiento el aparato judicial, sino también busca proteger los bienes que son de interés público, porque cada una de sus decisiones pueden afectar el interés general. Es por ello que, en el presente asunto, los estrados judiciales también precisan en sus proyectos de sentencias sobre los descuentos que deben hacerse de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión ordenan y sobre los cuales no se hayan efectuado las deducciones legales, esto de acuerdo al artículo 48 de la Constitución Política Nacional Colombiana, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece:

(...) Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...)

Habida cuenta que el artículo 48 de la Constitución Política establece que, para la liquidación de las pensiones, solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren efectuado cotizaciones, en caso de que sobre alguno de los factores a tener en cuenta no se hubiesen efectuado aportes deberá establecerse la obligación de descontarlos en principio del retroactivo, de no ser esto posible, deberá definirse un esquema que permita el descuento con cargo a las mesadas futuras. Que para el cálculo de la pensión de vejez solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, es decir las que constituyen salario de conformidad con el régimen aplicable.

Que en este orden de ideas, la pensión de vejez se reconoce partiendo de los aportes realizados durante la vida laboral del trabajador y para su otorgamiento se tienen en cuenta los descuentos que para tal fin fueron consignados al fondo de pensiones respectivo.

Así mismo, los recursos del estado no son ilimitados y no es posible que este soporte el reconocimiento del valor correspondiente a factores salariales sobre los cuales no se hicieron descuentos para pensión, máxime cuando el derecho pensional se establece por aportes. Es por ello que mi representada debe hacer lo necesario para ejercer las acciones tendientes a que la entidad recupere tales descuentos que no se realizaron, y con base en ello se ordenan en los actos administrativos de reconocimiento o reliquidación el cobro respectivo, tendiente a proteger el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

El principio de solidaridad referenciado se incorporó en la Constitución en los siguientes términos:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

En efecto, bajo dicho principio los aportes al régimen general de pensiones constituyen un sistema en el cual las contribuciones que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; pues en caso contrario, implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del Régimen General de Pensiones, ocasionando un detrimento incluso para aquellos afiliados que al realizar sus aportes mantienen una expectativa de alcanzar el derecho a la pensión.

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

Sin embargo, antes de efectuar un cobro patronal, mi representada debe realizar un trámite interadministrativo, para verificar si el cobro se ajusta o no a la Ley. Ahora bien, si las entidades empleadoras consideran que no es procedente hacer dichos cobros, pues la Ley faculta a las entidades administradoras de los fondos de pensiones a ejecutarlos, esto de acuerdo al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, artículo 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 18 de la Ley 100 de 1993, artículo 3 del Decreto 510 de 2003, por supuesto el artículo 48 de la Constitución Política Nacional Colombiana, modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005 y lo ampliamente señalado por el Honorable Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia con radicación No. 25000232500020120019001 (0628-2013) de fecha 05 de junio de 2014, Magistrado GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, precisando que los respectivos cobros deben efectuarse con el fin de evitar un detrimento patrimonial público y para efectos de propender por la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

El cobro de los aportes pensionales correspondientes a los factores salariales que se ordenaron incluir por decisión judicial tiene sustento en lo preceptuado por el legislador en los artículos 4 y 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 22 de la Ley 100 de 1993; y en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo que ha señalado que hay lugar a realizar los descuentos por aportes pensionales respecto de los factores salariales que no se tuvieron en cuenta al momento del reconocimiento pensional.

En las reliquidaciones pensionales, cuando existe 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 del que realmente devenga el funcionario), de debe realizar la compensación de aportes en virtud del principio de correlación.

Respecto de la prescripción del cobro patronal:

También es preciso indicar que, ante la obligación de hacer aportes a pensión, no puede predicarse el fenómeno de la prescripción extintiva, puesto que la pensión es un derecho inalienable, indiscutible y cierto, además que si se admite dicha postura equivaldría a generar un daño a las finanzas del Estado. En efecto, así lo reiteró el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016:

“(…) no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a lo beneficios mínimos laborales y los principios in dubio pro operario, no regresividad y progresividad”.

(…)

Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que **la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.**

De la jurisprudencia citada, se entiende que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema general de seguridad social no están sometidos al fenómeno de la prescripción, razón por la cual podrían solicitarse en cualquier tiempo. Por lo tanto, no es acertado pretender que se omita el cobro de aportes a pensión, por haber transcurrido el término de prescripción general de las contribuciones parafiscales, puesto que dicho proceder equivaldría a exonerar a la demandante de una obligación que repercute en derechos de estirpe constitucional, claro e irrenunciable, como lo es la pensión de un trabajador y a la seguridad social.

El Concepto No. 28 del 09 de enero de 2006, emitido por el Ministerio de la Protección Social, los recursos de carácter parafiscal no prescriben:

“Teniendo en cuenta el criterio esgrimido en líneas precedentes, resulta acertado afirmar que en tanto los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones constituyen el presupuesto material necesario para el reconocimiento del derecho pensional, y ese derecho es imprescriptible siendo exigible por su titular en cualquier tiempo una vez cumplida la condición legal para el efecto de edad y densidad mínima de semanas de cotización o tiempos servidos, tal circunstancia legitima a las entidades administradoras para hacer exigibles también en cualquier tiempo los aportes con los cuales se financia el crédito social, de lo cual forzoso será colegir que los aportes que por mandato legal deben ser tenidos en cuenta para la conformación sustancial del derecho pensional, no se encuentran sujetos a término alguno de prescripción”.

Es entonces que mi representada no se aparta de lo que ha definido la ley y la abundante jurisprudencia constitucional al predicarse que los aportes al Sistema de Seguridad Social, no pertenecen al empleador, al trabajador o a la administradora de los fondos, antes bien, son BIENES PÚBLICOS DE NATURALEZA PARAFISCAL (Sentencia C-307 del 2009, M.P JORGE IVAN PALACIO PALACIO), que no constituyen impuestos, ni contraprestación salarial,

implicando con ello que dichos valores no pueden destinarse a otros fines previstos en la norma especial aplicable al Sistema, es decir no son de libre disposición. En esa medida, si la prescripción se predica de derechos de libre disposición y los aportes al Sistema de Seguridad Social en tanto constituyen recursos de orden parafiscal no son de libre disposición, bajo esa lógica se colige que los aportes destinados al Sistema no tienen término prescriptivo alguno. El Honorable Consejo de Estado en sentencia del 23 de marzo de 1979, señaló:

“Si el derecho pensional no se extingue, tampoco puede aplicarse el fenómeno prescriptivo a los factores que constituyen parte integrante del derecho. Conocido es el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de los principal”.

Sobre este aspecto, la aplicación de un término de prescripción de aportes, especialmente tratándose del Sistema Pensional desconoce no solo la vida laboral del trabajador sino además el carácter fundamental, irrenunciable e imprescriptible del derecho pensional como ha sido reiterado en abundante jurisprudencia constitucional, por tal razón el legislador no estableció término prescriptivo alguno para el cobro de dichos aportes y en esa medida mi representada y todas las entidades administradoras de los fondos pensionales podrán hacer exigibles en cualquier tiempo, todos aquellos aportes que los empleadores debieron haber cotizado por efecto de las vinculaciones contractuales del afiliado durante toda su vida laboral.

Conclusión:

El caso bajo estudio, parte de la liquidación inicial de la pensión de la señora Luz Elvinia Farfán Orjuela, la cual se basó en las cotizaciones efectuadas por sus empleadores a lo largo de su vida laboral, no obstante, fue a partir de la interpretación jurisprudencial que se incluyeron nuevos factores salariales para el cálculo del IBL, conceptos sobre los cuales la demandante FIDUPREVISORA S.A. no ha efectuado el aporte al sistema de pensión y por tanto se genera la obligación a su cargo de asumir el pago de dichos aportes patronales para financiar la pensión del señora Luz Elvinia Farfán Orjuela y del Sistema General de la Protección Social.

De lo anterior, se entiende que mi representada debe iniciar el cobro de los aportes pensionales dejados de realizar por el empleador y el trabajador, en razón de los nuevos factores salariales que fueron ordenados incluir en el IBL pensional y que se fundan en el CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN JUDICIAL.

La Doctrina sentada de antaño por el Honorable Consejo de Estado según la cual “procede el descuento de los factores correspondientes cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”, se había establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que 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 pensional.

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 del año 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”.

Es así, que no debe exonerarse a la demandante del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión, puesto que no pueden ser asumidas por el Fondo, lo que atenta contra el Principio de Sostenibilidad fiscal y las obligaciones de los empleadores.

De esta manera, no implica automáticamente que mi representada hubiese incurrido en una falta o falsa motivación, en la medida en que se dio cumplimiento a unos fallos judiciales en el que se incluyeron nuevos factores salariales y en donde la obligación de mi representada es corroborar que, sobre los mismos, tanto el empleador como el trabajador –pensionado hayan cotizado los aportes al sistema de pensión y es por tanto que se procede a realizar el cobro de las cotizaciones pendientes.

La motivación de los actos administrativos, implica que la manifestación de la voluntad de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable: los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Es decir, que cuando se pretenda indicar que un acto administrativo no está motivado debe probarse que los fundamentos de la administración no se encuentran debidamente probados o que se omitió tener en cuenta hechos que habrían cambiado sustancialmente la decisión adoptada. Es por tanto que, si nos detenemos a observar las resoluciones, mi representada no se basó en circunstancias que no estuvieran probadas, todo lo contrario, las decisiones allí adoptadas se encuentran ajustadas a las condiciones fácticas y jurídicas del caso particular.

Así entonces, esta defensa no podrá apartarse de la Ley, al adelantar procedimientos que busquen mantener el equilibrio de los recursos públicos destinados a proteger el principio de solidaridad y la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Respecto de las costas procesales

*Las costas procesales son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta en el juicio. El Consejo de Estado en su sección segunda considera que las costas procesales se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, los viáticos, entre otros, y encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, comprenden en esta noción los honorarios del abogado, que en el aspecto jurídico son las agencias en derecho. **Y que además el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 entrega al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual resulta del análisis de los diversos aspectos dentro de la actuación procesal.***

Así mismo, no se desconoce el pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016¹, en el que se acoge el criterio objetivo valorativo respecto a la causación de las costas, no

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23- 33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.
Calle 93B # 11ª-44 Edificio Parque 93-Oficina 404 / Tel.: 9372013 Cel. 3172577654 / E-mail: info@vencesalamanca.co
Bogotá D.C. - Colombia

obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, se considera que debe continuarse aplicando la tesis de la Subsección A del Consejo de Estado que indica: “...la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como 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, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada”²

Dichos aspectos que conducen a una condena en costas, esto es la conducta de las partes, deben estar causadas y comprobadas, siendo consonantes con el artículo 365 del Código General del Proceso, **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente refiera quien resulte vencido para que le sean impuestas.**

Sumado a lo anterior, se recuerda, que al condenar en costas, se violenta el principio de sostenibilidad financiera de la seguridad social en pensiones, por ser de interés público, expresamente el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia 25000234200020130644901 (39892015) del 1 de marzo de 2018, indicó:

“Cuando se trata de procesos donde se ventila un interés público no hay lugar a la imposición de esta erogación y, por último, explicó que el trámite de liquidación lo deberá realizar el secretario del despacho para posterior aprobación por el juez...”

Así las cosas, no procede la condena en costas.

EXCEPCIONES DE FONDO

Se propone la siguiente:

- 1. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:** los actos administrativos atacados gozan de plena legalidad, por ser proferidos por el funcionario competente, respetando el orden jurídico contenido en las normas en que se fundaron y los motivos que le sirvieron de causa a su expedición.

PETICIÓN

Teniendo en cuenta los razonamientos de orden legal, solicito respetuosamente no acceder a las pretensiones o súplicas de la demanda.

² Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lissette Ibarra Vélez.

PRUEBAS

Solicito se tengan y valoren como pruebas:

1. Expediente de la señora Luz Elvinia Farfán Orjuela.
2. Las que el Juez considere pertinente para proferir el respectivo fallo en derecho.

NOTIFICACIONES

La suscrita las recibirá en la calle 93B # 11A-44 Edificio parque 93 oficina 404 E-mail info@vencesalamanca.co, teléfono 9372013.

A la entidad demandada para notificaciones o radicaciones de correspondencia judicial la dirección es Av. Carrera 68 No. 13 - 37 Bogotá D.C. E-mail notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

Del Señor Juez, atentamente,



KARINA VENCE PELAEZ
C.C. 42.403.532 de San Diego.
T.P. 81621 del C.S. de la Judicatura.