

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Auto interlocutorio No. 0403

Villavicencio, 21 SEP 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MERCEDES VELÁSQUEZ SÉMMA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP-
EXPEDIENTE: 50001-33-33-001-2016-00075-01
TEMA: LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación presentado por la entidad demandada –UGPP–, contra el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio el 16 de noviembre de 2016, mediante el cual negó el llamamiento en garantía que hizo la entidad demandada UGPP al Hospital Departamental de Villavicencio. (fls. 122 C,1).

I. Antecedentes:

1. La demanda:

Mercedes Velásquez Semma, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, con el objeto que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones n.º 03133 de 29 de enero de 2009; UGM 011164 de 30 de septiembre de 2011; RDP 039454 de 27 de agosto de

2013, y la nulidad total de las Resoluciones n.º RDP 033273 de 30 de octubre de 2014; RDP 001670 de 19 de enero de 2015; RDP 004653 de 4 de febrero de 2015; RDP 023496 de 10 de junio de 2015; RDP 034119 de 20 de agosto de 2015 y RDP 038152 de 18 de septiembre de 2015.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordenara a la demandada reliquidar, indexar y pagar retroactivamente la pensión de vejez, conforme lo ordena la Ley 33 de 1985, con el 75% del promedio de la asignación básica y todo lo devengado en el último año de servicio. (fls. 2-8, C1).

2. De la solicitud de llamamiento en garantía:

El apoderado de la UGPP mediante escrito radicado el 12 de septiembre de 2016, solicitó llamar en garantía al Hospital Departamental de Villavicencio, al considerar que esa entidad es la responsable de efectuar los aportes con base en todos los factores salariales reclamados por la demandante, como quiera que la señora Myriam Carvajal, prestó sus servicios para el mencionado Ente. En ese sentido, señaló que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha dispuesto que en todos los casos en que se deba ordenar la reliquidación de la mesada pensional por inclusión de nuevos factores se debe efectuar el pago de los aportes a la entidad de seguridad social sobre tales sumas, si es que durante la relación laboral no se efectuaron, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Aduce la UGPP que es claro que en la sentencia se ordena o se le autoriza para que realice los descuentos al pensionado de lo que debió aportar sobre los valores incluidos, sin embargo, a este solo se le puede descontar el 25% de los aportes, toda vez que los demás son obligación del empleador, es decir el 75% debe ser ordenado al hoy llamado en garantía, por lo que es procedente la solicitud que se eleva. (fls. 106-107, C- 1).

3. Auto apelado

El Juzgado Primero Administrativo, mediante providencia fechada el 16 de noviembre de 2016, negó la solicitud de llamamiento en garantía, al considerar que aunque existió un vínculo legal entre la demandante y su empleador en virtud de la cual se impuso la obligación de realizar las respectivas cotizaciones al sistema de pensiones, no puede entenderse que de dicho vínculo se desprenda accesoriamente una obligación legal o contractual entre la entidad empleadora con la UGPP, imposibilitando de esta forma su vinculación al proceso.

Aunado a lo anterior, señaló el Juez Primero que el fundamento de derecho que se invoca para llamar en garantía a la entidad empleadora, es que se afectaría el presupuesto de la entidad y de paso la sostenibilidad financiera de pensiones, sin embargo el Juzgado indicó que en estos casos, el Consejo de Estado¹, autorizó expresamente a las entidades accionadas a descontar las sumas impuestas y precisó que contra el empleados que no cumplió con sus obligaciones legales, proceden las acciones de cobro que consagra el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que existe un proceso plenamente definido en la Ley para recobrar el dinero que el empleador no consignó oportunamente. (fl. 122, C-1).

4. Recurso de apelación

La entidad demandada presentó el recurso de alzada, solicitando que se revoque la decisión del *a quo* teniendo en cuenta que la UGPP afirma tener derecho de reclamar al empleador de la demandante el pago de los factores que no cotizó, afirmación con la cual el juez debe admitir el llamamiento y definir en la sentencia si el llamado tiene o no la obligación de pagar al llamante suma alguna de dinero.

Afirma que en el evento que la entidad resulte condenada, puede iniciar una acción para el cobro de las cotizaciones al empleador de la parte actora, es decir, puede obtener un reembolso parcial de lo que tuviere que pagar, por lo que conforme a lo

¹ Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09)

normado en el artículo 225 del CPACA, le asiste el derecho de llamar en garantía al Hospital, precisando que la jurisprudencia del Consejo de Estado es repetitiva en afirmar que la UGPP puede repetir contra el empleador; no porque exista una póliza sino porque el empleador tenía una obligación que no cumplió.

Menciona que con el llamamiento en garantía se evitaría iniciar una acción judicial nueva en cada uno de los procesos en que la UGPP haya sido condenada a reliquidar mesadas, aunado a que se protegería el patrimonio del Estado, porque la UGPP no tendría que pagar más honorarios a otros abogados para iniciar las acciones judiciales correspondientes, evitando así el congestionamiento del aparato judicial. (fl. 123, C-1).

II. Consideraciones del Despacho:

1. Competencia

Según el artículo 243 numeral 7° y 153 del CPACA, el Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación del auto adiado el 16 de noviembre de 2016, por el cual el Juez Primero Oral del Circuito de Villavicencio resolvió negar el llamamiento en garantía propuesto por el apoderado de la UGPP.

2. Análisis del asunto:

En este caso la discusión planteada se concreta en determinar si es procedente el llamamiento en garantía formulado por el apoderado de la UGPP, en el que solicita vincular al trámite al Hospital Departamental de Villavicencio, para que de ser favorable las pretensiones de la demanda se ordene al llamado a realizar los aportes dejados de pagar con la inclusión de todos los factores salariales.

El artículo 225 del CPACA dispone:

“LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el

reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

(..)”

Sobre las características de esta figura y sus requisitos, el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016², indicó:

“La figura del llamamiento en garantía se encuentra regulada expresamente por el artículo 225 del CPACA (..)

La norma señala además, que procede dentro de esta figura el llamamiento en garantía con fines de repetición frente a un agente estatal, para lo cual se deberán cumplir las previsiones de la ley 678 de 2001 o de aquellas que la reformen o adicionen. Así mismo este artículo señala que el escrito de llamamiento en garantía debe contener como requisitos, entre otros, los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

En efecto, esta Corporación ha determinado en forma consistente y reiterada³ que la parte que realiza el llamamiento debe precisar y acreditar cuál es el sustento legal o contractual para exigir la vinculación del llamado, con el fin de analizar la procedencia del mismo⁴, específicamente se ha indicado que ello “...tiene por finalidad establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, así como ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento, en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso.”⁵, de tal forma que si no existe o no se prueba ésta relación, no puede haber lugar al llamamiento en garantía.

Esta posición se adoptaba con fundamento en el artículo 54 del CPC, aplicable a esta jurisdicción por virtud del artículo 267 del CCA, que establecía que para el llamamiento en garantía – previsto en nuestro caso en el artículo 217 ib. –, se debía acompañar la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla, lo que había sido analizado por la jurisdicción en múltiples ocasiones, como se acaba de citar.

Sin embargo, con el nuevo estatuto procesal de lo contencioso administrativo este requisito no es exigible, tal como se observa del contenido del artículo 225 del

² Expediente núm.: 68-001-23-33-000-2013-00435-01, Número Interno: 1720-2014, Actor: María Elena Quintero de Castellanos Demandado: UGPP, CP. William Hernández Gómez.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 18.108 M.P. Ruth Stella Correa Palacio; auto de 31 de enero de 2008, exp. 34.419 M.P. Enrique Gil Botero; auto de 10 de abril de 2008, exp. 34.374 M.P. Myriam Guerrero de Escobar

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá D. C., doce (12) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00099-01(1192-15), Actor: SOFIA WALDRON MONTENEGRO, Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00327-01(46626), Actor: WILSON ÁLVIS ROJAS Y OTRO, Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

CPACA, que trajo regulación específica al respecto y por tanto, basta la simple mención y sustento de ese vínculo legal o contractual para que se satisfaga el requisito que apareja la nueva regulación procesal.

Lo anterior no es óbice, para que el funcionario judicial desde la misma decisión sobre la petición, pueda negar dicha posibilidad con el fin de evitar un desgaste innecesario de la administración de justicia y propender por la maximización de los principios de economía y celeridad procesal, en caso de constatar que el llamamiento es totalmente infundado o no se encuentra conexión alguna que ligue la responsabilidad del llamado con el objeto del proceso.

(..)

De otra parte, frente a la existencia de la obligación legal de indemnización o de acudir al llamamiento, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta se refiere a la existencia de una norma que determine que en un momento dado, un tercero ajeno a la relación procesal trabada en el asunto de que se trate, deba entrar a responder por los actos o hechos que son objeto de cuestionamiento en el mismo; es decir, que debe existir una norma que imponga la obligación a cargo de éste, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso⁶

Con base en lo anterior, procede el Despacho a verificar si la figura del llamamiento en garantía es procedente para lograr el pago de los dineros dejados de cotizar por el empleador, sobre los nuevos factores a incluir para la reliquidación de la pensión de la demandante, si a ello hubiere lugar, o si le asiste razón al Juzgado *a quo* al negar el llamamiento solicitado.

Considera esta Magistratura *ab initio* que el llamamiento realizado resulta improcedente, tal como lo determinó el Juzgado Primero Administrativo, pues se advierte que la solicitud no satisface los requisitos del artículo 225 del CPACA, pues a la llamante UGPP no le asiste ningún derecho legal o contractual para exigir al Hospital Departamental de Villavicencio el reembolso de lo que tuviera que pagar como resultado de una eventual sentencia condenatoria por reliquidación pensional.

Al margen de lo anterior, y con el fin de satisfacer los argumentos de la alzada en donde el apoderado de la UGPP sostiene que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha dispuesto que cuando prosperen demandas como la aquí

⁶ Auto del 26 de septiembre de 2012, Expediente No. 05001-23-31-000-2001-02844-01 (1807-09) Actor: Ruth Elisa Londoño Rendón, M.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

debatida, el trabajador debe pagar los valores que no aportó, para lo cual se le puede cobrar a través de una acción de repetición, esta sala considera necesario para mayor claridad, citar la sentencia No. 25000-23-25-000-2010-00014-01 de 9 de abril de 2014, que señaló:

“

(...)

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, *“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”*⁷.

Se ha 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 prestacional⁸.

Lo anterior debido a que 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 “[P]ara 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 del actor 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 del 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 al actor (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

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

⁸ V. gr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandia Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nacionales.

De otra parte, específicamente en lo que concierne a los pensionados que gozan del régimen especial previsto para la Contraloría General de la República, esta Corporación en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12)dijo: *“Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final de, l (sic) artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes¹¹. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.”* (Subrayado fuera de texto.)

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 al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

(..) ” (subrayado de la Sala)

La Ley 678 de 2001, dispone:

“ARTÍCULO 2º. *Acción de repetición.* La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

ARTÍCULO 19. *Llamamiento en garantía.* Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.”

Pues bien, del análisis de las normas acabadas de citar, concluye este Despacho que no resulta acertada la afirmación del actor dando a entender que el vocablo “repetir”, utilizado a nuestro juicio de manera ambigua por Consejo de Estado en la citada sentencia, se esté refiriendo a la acción de repetición. La impropiedad que se advierte se deduce de la aplicación simple de la norma, concluyéndose que mal podría admitirse un llamamiento en garantía con fines de repetición dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por reliquidación pensional, al empleador –Fiscalía General de la Nación- como agente frente al cual se pretenda deducir responsabilidad de haber actuado con dolo o culpa grave, elemento esencial del llamamiento en garantía con fines de repetición, pues en los asuntos como el que se analiza en este proceso de reliquidación de pensión con inclusión de nuevos

factores salariales, de ninguna manera se puede advertir conducta dolosa o culposa del empleador.

Por lo anterior, el supuesto fáctico que alega el recurrente no encuadra en el Ordenamiento Jurídico Colombiano consagrado en la Ley 678 de 2001 y en conclusión se reitera, no resulta acertada la interpretación dada a la sentencia citada, desvirtuándose así el argumento planteado por la entidad demandada en el recurso de alzada.

Finalmente, respecto al cobro de los factores dejados de pagar por el empleador el Consejo de Estado-Sección Segunda, en Sentencia del Consejero Ponente: William Hernández Gómez, radicada bajo el número: 15001-23-33- 000-2013-00785-01(4054-14) de 1 de agosto de 2016, señaló:

“En materia de obligaciones de aportes pensionales, le asiste la obligación al empleador de realizar el pago oportuno de los aportes por concepto de seguridad social a las entidades administradoras, tanto de los que están a su cargo como en cabeza del trabajador; lo anterior de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁹.

(..)

Ahora, el artículo 24 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, señala:

[...] ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo [...].

Es decir, frente al incumplimiento de las obligaciones del empleador, son las entidades administradoras las obligadas de requerirlo para que realice el pago de los aportes o lo haga de manera correcta e iniciar las acciones de cobro correspondiente y proceder en debida forma a liquidar y reconocer la pensión respectiva¹⁰.”

⁹ [...] El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador[...].

¹⁰ Al respecto ver entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional T-362 de 2011, en la cual se indica “Cuando el empleador no traslada los aportes a la entidad de seguridad social, ésta última tiene el deber de cobrar los dineros adeudados por el empleador moroso a través de los mecanismos jurídicos establecidos en la Ley.”

Así las cosas, este Despacho confirmará el auto proferido el 16 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo de Villavicencio, que negó el llamamiento en garantía.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 16 de noviembre de 2016, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Villavicencio, conforme los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, previas anotaciones del sistema siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase,



NILCE BONILLA ESCOBAR
Magistrada.