

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, diciembre, seis (06) de dos mil diecisiete (2017).

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JORGE ELIECER PEREZ
 DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
 GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
 PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
 SOCIAL- UGPP
 MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE
 EXPEDIENTE: 50001-33-33-002-2015-00327-01

Resuelve la Sala Unitaria, en 2ª instancia, el recurso de apelación formulado por apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP**, contra el auto del 10 de febrero de 2017, emitido por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual **NEGÓ** el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** del **MINISTERIO DE TRABAJO**.

I. ANTECEDENTES

PROVIDENCIA APELADA

La Juez A-Quo mediante auto del 10 de febrero de 2017, dispuso denegar el llamamiento en garantía que hizo la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** al **MINISTERIO DE TRABAJO**, considera que el memorial de llamamiento no satisface las exigencias formales del artículo 225 del CPACA frente al **MINISTERIO DE TRABAJO** pues, tal como lo indica el apoderado en su solicitud, según lo dispuesto por la Sección Segunda del **H. CONSEJO DE ESTADO**, en el evento de que se accedan a las pretensiones de la demanda, al Juez le corresponde autorizar a la Entidad demandada para que practique los descuentos correspondientes a los aportes que no hubiere hecho a la Entidad a la cual prestó sus servicios el pensionado.

Afirma que no es del caso llamar en garantía al **MINISTERIO DE TRABAJO**, pues de llegar a darse el evento regulado en los artículos citados, la parte demandada podrá, por sí sola, obtener el pago que debió hacer la Entidad empleadora.

Refiere que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META** en providencias del 18 de agosto y 21 de octubre de 2015, emitidas dentro de los procesos No. 500013333-005-2014-00127-01 y 500013333-005-2014-00128-01, confirmó la tesis aquí esbozada para negar la solicitud de llamamiento en garantía realizada por la **UGPP**, existiendo entonces precedente vertical que zanja la proposición jurídica planteada.

Indica que el apoderado de la Entidad demandada, solicitó de manera subsidiaria, en caso de que fuera desestimada la petición de llamamiento en garantía, integrar el litisconsorcio llamando al **MINISTERIO DE TRABAJO**, sin embargo, la Juez A-

Quo refirió que la vinculación del **MINISTERIO DE TRABAJO** se basa en la responsabilidad que se le atribuye por no haber efectuado aporte alguno respecto de los factores salariales cuya inclusión reclama el señor **JORGE ELIECER PÉREZ**, por lo que es claro que no existe una relación jurídico- material entre sí, como para que necesariamente se les deba citar al proceso como litisconsortes necesarios, pudiendo decidirse de fondo sin la comparecencia de la Entidad cuya vinculación se pretende.

Afirma que no es indispensable la presencia del **MINISTERIO DE TRABAJO** para que en el proceso pueda continuar contra la **UGPP**, pues nada impone que cualquier decisión de fondo que se tome esté llamada a perjudicarlas o beneficiarlas a los dos en la misma medida.

Concluye que no se satisfacen los requisitos del artículo 61 del C.G.P. para tener como litisconsorte necesario de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** al **MINISTERIO DE TRABAJO**, pues no fue demostrada la existencia entre ellas de una relación o acto jurídico respectó del cual deba resolverse en forma uniforme, de tal suerte que la ausencia de alguna de estas dos personas diera lugar a que la sentencia que aquí se profiera no tenga la eficacia legal correspondiente (fls. 26-27 cuad. llamamiento en garantía).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la negativa de vincular al proceso al **MINISTERIO DE TRABAJO**, el apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP-**, indica que el Despacho no tiene en cuenta que el empleador realizó los aportes a seguridad que según la Ley vigente en ese momento le correspondía, es decir, lo que pretende es que se incluyan factores salariales de los que no hubo cotización por cuanto existía una norma que amparaba dicha conducta.

Considera que de no haber sentencia condenatoria en contra de la Entidad, no existe tampoco que cobrar al empleador, sencillamente porque los factores salariales cotizados por el empleador en su momento, eran los que debía cotizar conforme a las normas vigentes.

Sostiene que en caso de una condena que obligue a reliquidar la pensión de la demandante con nuevos factores salariales, es ahí donde nace la obligación del empleador de cancelar los aportes que no realizó durante la relación laboral.

Refiere que si la Entidad fuera condenada a reliquidar, la sentencia debe autorizar que se descuente el valor de las cotizaciones que no se realizaron, pero dicha autorización solo hará referencia a los aportes que debió hacer el trabajador.

Comenta que el **CONSEJO DE ESTADO** en sentencia No. 25000-23-25-000-2010-00014-01 (1849-13), con Ponencia del Doctor **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**, ha dicho que en casos como este, procede la acción de repetición en contra del empleador y precisamente lo que se busca con el llamamiento en garantía es no congestionar a la Rama Judicial, con un montón de procesos judiciales de repetición en contra de los empleadores que no cotizaron sobre el valor total de los factores salariales no por su culpa, sino por la decisión judicial de incluir como factores salariales, pagos que según las normas que aún se encuentran vigentes no lo son.

Señala que siempre existirá otro mecanismo judicial para reclamar lo que se pretende con el llamamiento en garantía, el cual no es una acción residual, como la acción de tutela, basta con que el llamante afirme tener un derecho para que pueda hacer el respectivo llamamiento.

Expediente: 50001-33-33-002-2015-00327-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: JORGE ELIECER PEREZ

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

Considera que la decisión de rechazar un llamamiento en garantía no puede resolver de fondo el asunto, ya que según el C.G.P. el llamamiento es una demanda de quien asegure tener un derecho para hacerlo, por lo que negar dicho derecho al momento de la admisión de la demanda del llamamiento en garantía, el Despacho resolvió de fondo sin siquiera trabar la Litis con el llamado.

Indica que si el Despacho considera que el llamamiento no está llamado a prosperar, debe decirlo en la sentencia que ponga fin a la instancia y no al principio del proceso, donde niquiera se ha debatido el tema.

Concluye expresando que el rechazo del llamamiento en garantía, al igual que el rechazo de una demanda no es por razones subjetivas como hace el Despacho, sino que debe ser similar al rechazo de la demanda (fl. 30 cuad. Llamamiento en garantía).

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 153 y 243 # 7 del C.P.A.C.A., esta **SALA UNITARIA** es competente para conocer, en 2ª Instancia, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, por tratarse de una decisión tomada por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, por ser su superior funcional.

PROBLEMA JURIDICO

Se centra en establecer si el **MINISTERIO DEL TRABAJO** debe ser **LLAMADO EN GARANTÍA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que adelanta el actor, donde reclama el reconocimiento y reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** se encuentra regulado en el artículo 225 del C.P.C.A, permite la vinculación al proceso de un tercero de quien se afirme tener derecho legal o contractual, para exigirle la reparación de la indemnización del perjuicio que puede llegar a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, para que se resuelva sobre tal relación.

Se colige de esta norma que para su procedencia debe **existir una relación de garantía real o personal** del llamado con el llamante, de donde surge la obligación de aquél, de resarcir el perjuicio o de efectuar el pago que pudiera ser impuesto dentro del proceso judicial respecto del segundo.

El **H. CONSEJO DE ESTADO**, ha precisado el concepto de dicha figura jurídica.

“El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, **con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia**. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél **debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante**.

El objeto del llamamiento en garantía lo es "que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a reembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento."¹²

Desde esta perspectiva jurisprudencial, se tiene que a partir de la formulación del **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** lo que se quiere lograr es que un tercero que desconoce el asunto y deba responder por las pretensiones debatidas, sea parte procesal del mismo con la finalidad de que ejerza su defensa frente a una relación legal o contractual que puso de presente el llamante en garantía ante el Juez de conocimiento del proceso, pues en caso de una eventual condena contra el llamante, aquél deberá responder en virtud de la relación sustancial que los vincula a ambos.

También ha dicho que la existencia de la obligación legal de indemnización, 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 proceso³.

CASO CONCRETO

El Despacho considera que en este caso no es procedente aceptar el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** que hace la **UGPP**, debido a que es requisito sine qua non de quien llama en garantía, demostrar que entre el llamante y el llamado existe una relación legal o contractual, que le permita traerlo al proceso; relación que no se advierte que exista entre el **MINISTERIO DEL TRABAJO** y la **UGPP**, pues simplemente la Entidad hace la solicitud, con sustentó en que el **MINISTERIO DEL TRABAJO**, fue el empleador y no realizó los respectivos pagos.

El **H. CONSEJO DE ESTADO**, ha señalado en un caso similar como el que aquí se discute, lo siguiente:

(...)

i) Caso Concreto

Con base en los argumentos expuestos en los acápites anteriores, es preciso señalar que la UGPP es quien tiene la obligación de realizar en debida forma la liquidación de la pensión, su reconocimiento y el pago de las sumas derivadas de las liquidaciones pensionales que efectúe.

Por otra parte, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC- como empleadora, tiene la obligación de realizar el pago de los aportes respectivos, sin que por ello se pueda señalar que existe un vínculo legal para llamarla en garantía para responder por las consecuencias del fallo que se pueda dictar en este proceso en contra de la UGPP, si se ordena la reliquidación de la pensión de su afiliado.

Lo anterior, sin perjuicio de que esta última pueda iniciar los medios de control a que haya lugar cuando verifique que existe

¹ MORALES Molina Hernando, *Curso de derecho procesal civil*. Editorial ABC, undécima edición, pág. 258. Bogotá. 1991.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle De La Hoz. Sentencia del 8 de junio de 2011. Radicación Número: 25000-23-26-000-1993-09895-01 (18901)

³ Auto del 26 de septiembre de 2012, Sección 2ª, Subsección B, Expediente No. 05001-23-31-000-2001-02844-01 (1807-09) C.P. **GERARDO ARENAS MONSALVE** y reiterado en auto del 1 de agosto de 2016, de la misma Sección, Subsección A, radicado No 15001-23-33-000-2013-00785-01 (4054-14), C.P. **WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ**.

Expediente: 50001-33-33-002-2015-00327-01

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Demandante: **JORGE ELIECER PEREZ**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**

incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues de conformidad con la normativa señalada, la liquidación en la cual se determine el valor adeudado por el empleador presta mérito ejecutivo, sin que esta situación deba ser resuelta en el presente proceso, toda vez que lo que se discute es la aplicación del régimen de transición por parte de la entidad demandada y no el incumplimiento de la obligación de aportes patronales al régimen pensional.

Conclusión: No es procedente el llamado en garantía formulado por la UGPP a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC- para responder por los sumas de dinero que se podrían ocasionar en caso que se presentara una sentencia judicial desfavorable, ya que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de la pensión y del pago de las sumas derivadas de la liquidación recae en la UGPP, sin que exista norma que determine que esta eventual obligación debe ser asumida por aquella o deba responderle a la UGPP por la condena en su contra.⁴

Durante la vigencia de la relación laboral, el Empleador deberá efectuar las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Cuando el trabajador acredita el cumplimiento de los requisitos consagrados en la Ley para adquirir la pensión, la Entidad Administradora de pensiones debe reconocérsela y asumir las decisiones de la reliquidación de la misma.

Entonces, a cargo del Empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores, obligación que solo finaliza cuando el trabajador cumpla con las condiciones exigidas por la Ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, y cualquier omisión del Empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas, pues como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la **H CORTE CONSTITUCIONAL**, estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.

Al respecto ha dicho en sentencia T-558 de 1998[3], la Sala Segunda de Revisión:

(...)

"En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte, de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado.

Dicho de otra forma: retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Auto del 1 de agosto de 2016. Radicación No. 15001-23-33-000-2013-00785-01 (4054-14) C.P. William Hernández Gómez

Expediente: 50001-33-33-002-2015-00327-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: JORGE ELIECER PEREZ

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

descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez.” (Negrilla fuera del texto original).

Así, queda claro que la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

La mora a cargo del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de pensiones, transgrede de forma expresa los derechos al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana de la persona. Por consiguiente, del pago oportuno de los aportes depende el reconocimiento de la pensión mínima, una vez reunidas las condiciones exigidas por la Ley.

En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha determinado si la mora en el traslado de los aportes a las entidades de seguridad social por parte del empleador, es una causal directa que imposibilita la obtención de la pensión de vejez. Tanto la jurisprudencia como la Ley 100 de 1993 y el decreto reglamentario 2633 de 1994, han delimitado una posición uniforme sobre este punto.

La Corte frente a dicho interrogante ha establecido:

“... esta Corte ha indicado en reiteradas oportunidades que no es aceptable hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud o en pensiones, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hicieron las deducciones respectivas, de suerte que resulta ajeno a la situación de mora que, por otra parte, debe ser subsanada por dichas entidades mediante el uso de los instrumentos que la ley les concede para el recaudo de los aportes”^[4]

En este orden de ideas, cuando el empleador no efectúa el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones, ésta última tiene el deber legal de recaudar los dineros adeudados por el empleador a través del cobro judicial, mecanismo jurídico establecido en la Ley.

El procedimiento para constituir en mora al empleador para el pago de las cotizaciones, consagrado en la Ley 100 de 1993^[5], se traduce en: (i) cuando expira el plazo señalado para que el empleador moroso efectúe el pago de los aportes a la Administradora del Fondo de Pensiones, será requerido mediante comunicación, (ii) transcurridos 15 días contados a partir del envío de la comunicación si el empleador no se pronuncia, se elaborará la liquidación de la deuda, (iii) la liquidación elaborada por la AFP prestará mérito ejecutivo, por lo cual se podrá ejecutar el cobro coactivo de la obligación.

No obstante, aún cuando el empleador de manera tardía o no haya pagado las cotizaciones al sistema de pensiones del trabajador, si ésta entidad de seguridad social no ejerce el cobro coactivo, ni los mecanismos judiciales establecidos en la Ley para que cumpla a cabalidad con su obligación, se entenderá que se *allanó a la mora* y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador.

En este sentido esta Corporación expresó:

“(...) estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago de forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización. Las eventualidades como la mora del empleador están contempladas en la Ley, que crea los mecanismos para su cobro y sanción”

(...)

El debate del proceso que nos ocupa es sobre el reconocimiento y reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio del actor, siendo la Administradora de pensiones **UGPP.**, quien debe asumir esa responsabilidad y cualquier no pago en los aportes por parte del **MINISTERIO DEL TRABAJO**, pues, aquella tiene facultad para realizar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeude, como lo ha indicado la Ley 100 de 1993, en su artículo 24, norma que debe cumplir la demandada, **UGPP.**

No comparte el Despacho lo afirmado por el recurrente en el sentido de que el cobro puede hacerse por el medio de control de **REPETICIÓN**, (artículo 142 del C.P.C.A.) pues este mecanismo legal sólo está instituido para establecer una condena al Agente que incurrió en mora en el pago oportuno de los aportes, busca sancionar su actuar doloso o gravemente culposo, además, como ya se dijo, la Ley instituyó un mecanismo idóneo para el cobro de los aportes no hechos por el Empleador.

Tampoco se comparte el argumento que se deba trabar la Litis dentro del procedimiento del llamado en garantía cuando como se ha reiterado entre la **UGPP** y el **MINISTERIO DE TRABAJO** no ha existido una relación legal o contractual que permita traerlo al proceso.

Entonces, al no existir ningún fundamento legal, para vincular al proceso judicial en calidad de **LLAMADO EN GARANTÍA** al **MINISTERIO DEL TRABAJO**, cuando lo que se discute es el reconocimiento y reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, como es lo pretendido en esta demanda, la obligación de reconocer esa pretensión recae en la Entidad Administradora de Pensiones, y no en el Empleador, por lo que la decisión proferida el **10 de febrero de 2017** por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, se **CONFIRMARÁ**.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, SALA UNITARIA**,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el **10 de febrero de 2017** por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual **NIEGA** el llamamiento en garantía propuesto por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP-**

SEGUNDO: En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo, previa **DESANOTACIÓN** en los libros respectivos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada