

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

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

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
 GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
 PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
 SOCIAL- UGPP
MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE
EXPEDIENTE: 50001-33-33-003-2016-00259-01

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 28 de febrero de 2017, emitido por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual **NEGÓ el LLAMAMIENTO EN GARANTÍA del ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN.-**

I. ANTECEDENTES

PROVIDENCIA APELADA

La Jueza A-Quo mediante auto del 28 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** a la **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN**, después de hacer un estudio sobre la figura del **LLAMAMIENTO EN GARANTIA** precisa que cumplidos sus requisitos, debe tenerse en cuenta que las relaciones jurídicas que atan al demandante y al demandado, no implica per se que sean las mismas entre el llamante y el llamado, puede ocurrir que a pesar de prosperar las pretensiones de la demanda condenándose al accionado, no surja la obligación del llamado para reembolsar o indemnizar a la parte actora.

Sostiene que la existencia de un vínculo legal entre el demandante y la Entidad a la que prestó el servicio, no implica que está obligada, legal o contractualmente, con la Entidad administradora del régimen pensional a que se encuentre afiliado el demandante, a reembolsar parcial o totalmente el pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Que el artículo 225 del CPACA., que habla de la finalidad del **LLAMAMIENTO EN GARANTIA** es que el llamado asuma el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer el demandado como resultado de la sentencia, es decir, es

Expediente: 50001-33-33-003-2016-00259-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE

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

consecuencia directa de la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial y una diferente como la que recae sobre el cumplimiento del Empleador en el pago de los aportes a la seguridad social.

Afirma que contra el Empleador procede la acción de cobro "... que consagra el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, ...", debiendo las Entidades administradoras de pensión, adelantar las acciones de cobro en razón al del incumplimiento del Empleador y la liquidación que determina el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

Insiste en que al existir un proceso definido por la Ley para el recobro del dinero que se dejó de recibir por aportes al no consignarlos el Empleador oportunamente, no es la **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, a través del **LLAMAMIENTO EN GARANTIA** no es el medio idóneo para definir esos valores.

Concluye denegando la solicitud de **LLAMAMIENTO EN GARANTIA** y la petición de integración del Litis consorcio necesario, por lo que se continúa el trámite legal. (fls. 90-91 cuad. ppal.).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la negativa de vincular al proceso a la **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN** -, el apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP-**, indica que el sistema público de pensiones está compuesto por los aportes que realiza el Empleador y el trabajador, en un porcentaje menor este último, y la jurisprudencia autoriza a descontar al trabajador que no aportó, pero este no puede autorizar los descuentos de los aportes que el Empleador no efectuó. Que los **LLAMADOS EN GARANTIA** se efectúan para lograr que el Empleador pague los aportes, si las pretensiones de la demanda prosperan.

Afirma que el **CONSEJO DE ESTADO** respecto de los aportes del Empleador se le pueda cobrar a través de la acción de repetición, las cotizaciones y lo correcto es llamar en garantía a la Entidad empleadora con fines de repetición. (fl. 92 del cuad. 1ª inst.)

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 TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, por ser su superior funcional.

PROBLEMA JURIDICO

Se centra en establecer si el **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN** debe ser **LLAMADO EN GARANTÍA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que adelanta el actor, donde reclama el reconocimiento y pago de su pensión.

Expediente: 50001-33-33-003-2016-00259-01

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Demandante: **FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE**

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

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 afirma 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 rembolsar, 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.

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: **50001-33-33-003-2016-00259-01**

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Demandante: **FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE**

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

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 **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN** -, y la **UGPP**, pues simplemente la Entidad hace la solicitud, con sustentó en que el **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN** -, 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 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.

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: **50001-33-33-003-2016-00259-01**

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Demandante: **FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE**

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

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 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.

Expediente: 50001-33-33-003-2016-00259-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE

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

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"

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 la reliquidación de la pensión del actor, siendo la Administradora de pensiones **UGPP.**, quien debe asumir esa responsabilidad y cualquier no pago en los aportes por parte de la **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN** -, 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, (y no 245 como erradamente lo afirma el A Quo) 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.

Entonces, al no existir ningún fundamento legal, para vincular al proceso judicial en calidad de **LLAMADO EN GARANTÍA** al **ESE. HOSPITAL LOCAL DE SAN MARTIN.**, cuando lo que se discute es la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, como es lo

Expediente: 50001-33-33-003-2016-00259-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: FLOR DE MARIA BOHORQUEZ AGUIRRE

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

pretendido en esta demanda, la obligación de reconocer esa pretensión recae es en la Entidad Administradora de Pensiones, y no en el Empleador, por lo que la decisión proferida el **28 de febrero de 2017** por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, se **CONFIRMARÁ**.

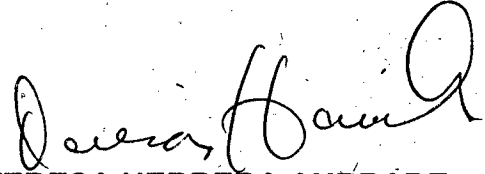
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, SALA UNITARIA**,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el **28 de febrero de 2017** por el **JUZGADO TERCERO 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