

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

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

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA FABIOLA DE JESÚS LÓPEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE
EXPEDIENTE: 50001-33-33-005-2016-00451-01

Resuelve la Sala Unitaria, en 2ª instancia, el recurso de apelación formulado por el apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP**, contra el auto del 27 de julio de 2017, emitido por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual **NEGÓ** el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** del **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**.

I. ANTECEDENTES

PROVIDENCIA APELADA

La Juez A-Quo mediante auto del 27 de julio 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 **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, al considerar que el memorial de llamamiento no satisface las exigencias formales del artículo 225 del C.P.A.C.A. frente al **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, pues según lo dispuesto en la Jurisprudencia de la Sección Segunda del **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 la Entidad a la cual prestó sus servicios la pensionada.

Indica que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, en providencias del 18 de agosto y 21 de octubre de 2015, emitidas dentro de los procesos No. 5000133333-005-2014-00127-01 y 5000133333-005-2014-00128-01, confirmó la tesis de negar la solicitud de llamamiento en garantía realizada por la **UGPP**, existiendo precedente vertical que zanja la proposición jurídica.

Refiere que no es del caso llamar en garantía al **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, pues de llegar a darse el evento regulado, la parte demandada podrá, por sí sola, obtener el pago que debió hacer la Entidad empleadora.

Sostiene que la vinculación del **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, se basa en la responsabilidad que se le atribuye por no

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00451-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: MARIA FABIOLA DE JESÚS LÓPEZ GONZALEZ

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

haber efectuado aporte alguno respecto de los factores salariales cuya inclusión reclama el señor **EDILBERTO VARGAS CONTRERAS**, luego, es claro que lo planteado no es que entre la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP** y el **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, exista una relación jurídica material entre sí, como para que necesariamente se les deba citar al proceso como litisconsortes necesarios.

Considera que la controversia aquí planteada puede decidirse de fondo sin la comparecencia de la Entidad cuya vinculación se pretende.

Contrario sensu, no es indispensable la presencia del **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)** para que 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 **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, pues no fue demostrada la existencia entre ella de una relación o acto jurídico respecto del cual deba resolverse de manera uniforme, de tal suerte que la ausencia de alguna de esas dos personas diera lugar a que la sentencia que aquí se profiera, no tenga la eficacia legal (Fis. 11-12 cuad. llamamiento en garantía).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la negativa de vincular al proceso al **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, el apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP-**, indica que el auto impugnado mediante el cual rechaza el llamamiento en garantía aduciendo que en la sentencia que ponga fin al proceso se autoriza a la Entidad demandada a descontar lo que la Entidad empleadora no aportó al sistema general de seguridad social en pensiones.

Afirma que el sistema público de pensiones está compuesto por los aportes que hacen la Entidad empleadora y el trabajador.

Indica que la Jurisprudencia, ha autorizado a descontar al trabajador lo que debió aportar y no aportó al sistema general de seguridad social en pensiones, pero no puede autorizar a descontar lo que el empleador no aportó como empleador, sencillamente porque esa obligación no estaba a cargo del trabajador.

Refiere que los llamamientos en garantía se hacen precisamente para lograr que el empleador pague los aportes que le hubiera correspondido hacer si las pretensiones de la demanda prosperan.

Comenta que el **CONSEJO DE ESTADO**, ha dicho que cuando prosperan esta clase de demandas, el trabajador debe pagar los valores que no aportó y que para ello debe hacerse un cálculo actuarial y no una simple indexación, pero además dijo que lo que respecta al aporte del empleador, se le puede cobrar, a través de una acción de repetición, es decir, una cosa es el aporte del trabajador y otra el aporte del empleador, por lo que se puede cobrar a través de una acción de repetición al empleador dichas cotizaciones.

Concluye que por economía procesal, lo correcto es llamar en garantía con fines de repetición a la Entidad empleadora y no esperar a que después de obtenida una sentencia, se inicie otro proceso judicial (Fl. 13 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 QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, por ser su superior funcional.

PROBLEMA JURIDICO

Se centra en establecer si el **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, debe ser **LLAMADO EN GARANTÍA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que adelanta la actora, donde reclama la reliquidación y reajuste de la pensión de vejez con el 75% del promedio de los factores 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 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

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 De La Hoz. Sentencia del 8 de junio de 2011. Radicación Número: 25000-23-26-000-1993-09895-01 (18901)

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00451-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: MARIA FABIOLA DE JESÚS LÓPEZ GONZALEZ

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

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 **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)** y la demandada, pues simplemente la Entidad hace la solicitud, con sustentó en que el llamado, 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*

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: 50001-33-33-005-2016-00451-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: MARIA FABIOLA DE JESÚS LÓPEZ GONZALEZ

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

*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 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.

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: 50001-33-33-005-2016-00451-01

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: MARIA FABIOLA DE JESÚS LÓPEZ GONZALEZ

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

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 la reliquidación y reajuste de la pensión de vejez con el 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicio de la demandante, siendo la Administradora de pensiones **UGPP**, quien debe asumir esa responsabilidad y cualquier no pago en los aportes por parte del **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, 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.

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 **DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, cuando lo que se discute es la reliquidación y reajuste de la pensión de vejez con el 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicio de la demandante, 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 **27 de julio de 2017** por el **JUZGADO QUINTO 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 **27 de julio de 2017** por el **JUZGADO QUINTO 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