

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, julio veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018).

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ GUSTAVO SAAVEDRA GAITÁN
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE
EXPEDIENTE: 50001-33-33-009-2016-00388-01

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 **11 de diciembre de 2017**, proferido por el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual, no se admitió el llamamiento en garantía al **MINISTERIO DE OBRA PÚBLICA**, hoy **MINISTERIO DE TRANSPORTE**.

I. ANTECEDENTES

PROVIDENCIA APELADA

La Jueza A-Quo mediante auto del **11 de diciembre de 2017**¹, dispuso no admitir el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** que hizo la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.**, después de hacer un estudio de los antecedentes laborales del demandante, y considerar el fundamento legal de la figura del **LLAMAMIENTO EN GARANTIA**, sostuvo que en el sub lite, el vínculo legal existió entre el empleador y la demandante, en virtud del cual, el primero, debía realizar las respectivas cotizaciones al Sistema General de Pensiones, pero que dicha relación no genera accesoriamente una obligación contractual o legal entre la Entidad empleadora y la **UGPP.**, que permita que se cumplan los requisitos para el llamamiento en garantía.

Indicó además que el fundamento para hacer el llamamiento en garantía es que en caso de una eventual condena se afectaría el presupuesto de la Entidad y la sostenibilidad financiera del Sistema de Pensiones, al tener que reliquidar una pensión con base en aportes no realizados por el empleador, pero que, frente a ese punto, en sentencia de unificación del **CONSEJO DE ESTADO** del 4 de agosto de 2010, se autorizó a las Entidades que han sido condenadas, a descontar de las sumas impuestas, los aportes correspondientes a los factores salariales que hayan sido incluidos por orden judicial y que no fueron realizados o deducidos, además, porqué de conformidad con el art. 24 de la Ley 100 de 1993, las Entidades administradoras pueden realizar acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones legales de los empleadores.

Por lo anterior, sostuvo que no existe mérito alguno para aceptar el llamamiento en garantía realizado por la Entidad demandada, pues esta cuenta con un

¹ Fl. 15-16 cuad. 1ª inst.

proceso para realizar el recobro de los dineros no consignados oportunamente por el empleador. Frente a la petición subsidiaria de integrar al actual **MINISTERIO DE TRANSPORTES** (antes **MINISTERIO DE OBRA PÚBLICA**), como litisconsorte necesario, la Jueza analizó el art. 61 del C.G.P. y explicó que para la aplicación de dicha figura, es necesaria una relación jurídica inescindible, que haga necesaria la comparecencia procesal de una pluralidad de sujetos, pero que en el caso, no existe ninguna relación jurídica material entre la demandada y el **MINISTERIO**, puesto que la Litis planteada de fondo, puede resolverse sin la participación de esta última, por no existir mandato expreso legal que haga indispensable la presencia de esta.

Consecuencia de lo anterior, la Jueza A Quo negó el llamamiento en garantía solicitado y de igual forma, rechazó la petición de vincular al **MINISTERIO DE TRANSPORTES** (antes **MINISTERIO DE OBRA PÚBLICA**), como litisconsorte necesario dentro de la actuación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP-**, indica que tal como lo afirmó en la solicitud de llamamiento en garantía, que es una verdadera demanda, entre la demandada y el empleador de la parte actora, **MINISTERIO DE OBRA PÚBLICA** (actualmente **MINISTERIO DE TRANSPORTE**), existe una relación legal, pues el Sistema General de Pensiones le impone a este último, la obligación de hacer aportes sobre el valor devengado por el trabajador y la **UGPP.**, cumplió con su deber legal de liquidar la pensión sobre los factores salariales que le fueron aportados por el Empleador y si la sentencia ordena una reliquidación, comprendería factores que no le fueron cotizados por el Empleador, afectando el patrimonio de la **UGPP.**, pagando mesadas sobre valores que nunca fueron cotizados, teniendo la facultad de repetir contra el Empleador para que pague dichos valores.

Expresa que la Entidad que representa tiene el derecho reclamado, bastando con esta afirmación, no puede el Juez al momento de admitir el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**, hacer un estudio que debe hacerse al final del proceso, porque allí es donde el Juez puede declarar si el llamado tiene o no la obligación de pagar al llamante suma alguna de dinero.

Cita el artículo 225 del **CPACA**, que trata del derecho legal o contractual para exigir de un tercero el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, porque es allí donde el Juez puede declarar si el llamado tiene o no obligación de pagar al llamante suma de dinero alguno.

Que **UGPP.**, en el eventual caso de ser condenado puede iniciar una acción el cobro de las cotizaciones al Empleador por parte del actor y obtener el reembolso parcial de lo que tuviera que pagar, por lo que es viable la figura del **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**, y pedir la citación de Empleador en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación, es decir, en casos como este, en que la misma jurisprudencia del **CONSEJO DE ESTADO**, es repetitiva al afirmar que la **UGPP** puede repetir contra el Empleador; no porque exista una póliza sino porque tenía una obligación que no cumplió, y así se evita iniciar una nueva acción judicial, en cada uno de los casos que la **UGPP.**, reliquide una pensión, se protege el patrimonio del Estado y se evita una congestión .

Dice que no debe confundirse el aporte que hace el trabajador con el que le corresponde hacer al Empleador, pues al trabajador se le pueden hacer los descuentos de estos por parte de la Entidad demandada, pero si el Empleador no fue llamado al proceso, no podrá pedir el reembolso correspondiente.

Indica que el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** no es un mecanismo

procesal residual que solo se puede usar cuando no existe otro mecanismo, como lo quiere hacer ver el Despacho, que este no es medio de control por que la Entidad cuenta con otros mecanismos para obtener el reembolso parcial del Empleador, siendo viable el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Finalmente afirma que tomar una decisión de rechazar el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** por razones de fondo, en su sentir es dictar una sentencia sin que se hubiere dado el debate procesal correspondiente. (fl. 17-18 cuad. llamado 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 NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, por ser su superior funcional.

CASO CONCRETO

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."²³

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,

² MORALES Molina Hernando, *Curso de derecho procesal civil*. Editorial ABC, undécima edición, pág. 258. Bogotá. 1991.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De De La Hoz. Sentencia del 8 de junio de 2011. Radicación Número: 25000-23-26-000-1993-09895-01 (18901)

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 proceso⁴.

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 DE OBRA PÚBLICA** (ahora **MINISTERIO DE TRANSPORTE**), y la **UGPP**, pues simplemente la Entidad hace la solicitud, con sustento en que aquella, fue la empleadora 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.⁵*

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 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**.

⁵ 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

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.

Ahora bien, frente a las circunstancias y procedimientos que deben seguirse en caso de incumplimiento por parte del empleador, a sus obligaciones de realizar aportes al Sistema General de Pensiones, la Alta Corporación⁶ indicó:

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 merito ejecutivo, por lo cual se podrá ejecutar el cobro coactivo de la obligación.

No obstante, aun 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,

⁶ Sentencia T- 398 de 2013

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, se centra en la solicitud de reliquidación de la pensión del actor, siendo su Administradora de pensiones la **UGPP**, quien debe asumir esa responsabilidad y ante cualquier impago en los aportes por parte del **MINISTERIO DE OBRA PÚBLICA**, aquella tiene facultad para realizar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeude, como lo ha señalado la Ley 100 de 1993, en su artículo 24, norma que debe cumplir la demandada, **UGPP**.

Entonces, al no existir ningún fundamento legal, para vincular al proceso judicial en calidad de **LLAMADO EN GARANTÍA** al **MINISTERIO DE TRANSPORTE** (antes **MINISTERIO DE OBRA PÚBLICA**), 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 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 por el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, se **CONFIRMARÁ**.

En el mismo sentido, se advierte que frente al rechazo de la solicitud de vinculación del **MINISTERIO**, como litisconsorte necesario, no hubo ninguna oposición por parte del apoderado de la **UGPP**., razón por la cual, el Despacho solo se manifestó frente al punto de disenso, de conformidad con el principio de limitación.

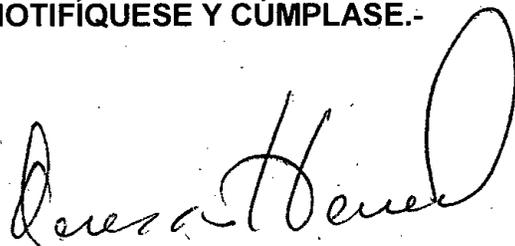
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, SALA UNITARIA**,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el **11 de diciembre de 2017**, por el **JUZGADO NOVENO 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