



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, veinte (20) de junio de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN: 50001 33 33 007 2018 00047 01
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO CORTÉS ESCOBAR
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

Revisado el proceso de la referencia, el Despacho procede a decidir el RECURSO DE APELACIÓN, interpuesto por la parte demandada, contra el AUTO del 5 de abril de 2019, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante el cual negó llamamiento en garantía¹.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor HERNANDO CORTÉS ESCOBAR presentó demanda contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, solicitando la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 29385 del 27 de septiembre de 2005; 00463 del 20 diciembre de 2005; 34305 del 16 de julio de 2007; 59343 de 04 de diciembre de 2008; RDP 005154 del 13 de febrero de 2017 y RDP 018031 del 28 abril de 2017, por las cuales esa entidad negó la reliquidación de la pensión de vejez y resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión.

Como consecuencia de lo anterior pretende que la UGPP, reliquide la pensión de vejez de la cual es titular, en un monto equivalente al 75% del promedio de la asignación básica y todo lo devengado desde el 1º de abril del año 1994, hasta el 1º de diciembre del año 2002, fecha de retiro del servicio.

Mediante auto del 26 de junio de 2018², el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio admitió demanda y a su vez ordenó notificar personalmente al representante legal de la demandada, quien el 1 de octubre del mismo año contestó la demanda³ y en escrito separado, solicitó llamar en garantía al Ministerio de Salud y

¹ Folios 12-13 C Llamamiento en G.

² Fol. 57 C. primera instancia

³ Folio 95 a 100 del cuaderno de primera instancia

Protección Social, y a su vez, en caso de no prosperar dicha petición, propuso integrarlo como litisconsorcio necesario.

El 05 de abril de 2019⁴, el mismo juzgado profirió decisión en la que resolvió negar el llamamiento en garantía, indicando que no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 225 del CPACA, pues en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha dispuesto que en caso de acceder a las pretensiones, el juez debe autorizar a la entidad para que practique los descuentos a los aportes que no hubiere hecho la entidad a la que el demandante prestó sus servicios.

Contra la anterior decisión, el apoderado de la UGPP, presentó recurso de apelación el 11 de abril de 2019⁵, al no estar de acuerdo con el rechazo del llamamiento en garantía, pues considera que el sistema público de pensiones está compuesto por los aportes que hace la entidad empleadora, sin embargo, aquel aporte lo hace respecto de lo que le corresponde a aquel y también la parte del trabajador efectuando el respectivo descuento.

Por lo anterior, sostiene que de no haber sentencia condenatoria en contra de la entidad que representa, no existe tampoco qué cobrar al empleador sencillamente porque los factores salariales cotizados por el empleador en su momento eran los que debió cotizar conforme a las normas vigentes, y si existe condena que obligue reliquidar la pensión del demandante con nuevos factores salariales, es ahí donde nace la obligación del empleador de cancelar los aportes que no realizó durante la relación laboral.

Del recurso interpuesto, se corrió traslado del 25 al 29 de abril de 2019, no obstante, la parte actora guardó silencio, luego, mediante auto del 13 de mayo del año en curso⁶, se concedió en efecto suspensivo ante esta corporación el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

I. Competencia:

De acuerdo con lo previsto en los artículos 153, 226 y 243, numeral 7º del C.P.A.C.A., este tribunal es competente para conocer de la apelación contra el auto proferido en primera instancia, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, por el cual se negó el llamamiento en garantía realizado por la U.G.P.P. al Ministerio de Salud y Protección Social.

Se precisa que es competencia del magistrado ponente decidir el presente recurso de apelación, habida cuenta que el artículo 125 del C.P.A.C.A. señala que

⁴Fols. 12-13 C. Llamamiento en G.

⁵Fol. 14 Ib.

⁶Fol. 17 C. Llamamiento en g.

serán de sala las decisiones de los jueces colegiados que se refieren en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 *ibidem*, entre los cuales no se encuentra la intervención de terceros⁷.

II. Problema Jurídico:

El *problema jurídico* que debe abordar el despacho, acorde con el sustento de alzada y la decisión del *a quo*, radica en establecer si procede el llamamiento en garantía efectuado por la UGPP contra el Ministerio de Salud y Protección Social por haber sido su último empleador, toda vez que lo pretendido es la reliquidación de la pensión de vejez, reconocida al señor HERNANDO CORTÉS ESCOBAR.

III. Tesis:

Considera el Despacho que no es procedente el llamamiento en garantía solicitado por la U.G.P.P., ya que el litigio se centra en la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la parte actora, lo cual, legalmente corresponde a la administradora de pensiones, sin perjuicio que en proceso distinto pueda obtener el cobro de las obligaciones no cumplidas por parte del empleado que afectarían la sostenibilidad fiscal de aquella.

IV. Marco normativo y jurisprudencial:

Sobre el llamamiento en garantía

El llamamiento en garantía, establecido en el artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸, es una figura jurídica encaminada a que una de las partes procesales, previa acreditación de un vínculo legal o contractual, solicite la intervención de un tercero con el fin de que se haga cargo del pago, o el reembolso total o parcial, de la reparación de un perjuicio que tuviere que hacer como consecuencia de una sentencia condenatoria.⁹ De igual manera, conviene precisar que la solicitud de llamamiento en garantía debe contener *(i)* el nombre del llamado; *(ii)* la indicación del domicilio o residencia del llamado; *(iii)* los hechos en los que basa el llamamiento con los fundamentos jurídicos; y *(iv)* la dirección de notificaciones del llamante.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 12 de diciembre de 2017. Cp. Ramiro Pazos Guerrero. Radicado: 25000 23 36 000 2014 00302 01(55475).

⁸ Artículo 225. 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. El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos: 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso. 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entienda prestado por la sola presentación del escrito. 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen. 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales. El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*, tomo I, editorial DUPRÉ Editores, explica que «las relaciones jurídica que ligan al demandante con [el] demandado son diferentes de las que unen a llamante con llamado y es por eso que se explica que no necesariamente siempre el demandado llamante sea condenado, o el demandante llamante obtenga fallo en su favor, fatalmente el llamado en garantía está obligado a indemnizar o reembolsar, debido a que perfectamente puede acontecer que no surja obligación alguna a su cargo».

También, la norma en cita prevé otro requisito que consiste en que el llamante manifieste que existe una relación legal o contractual entre él y el llamado en garantía y, con base en ello, al juez le corresponde resolver sobre tal relación. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*[...] 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 proceso.¹⁰ (Negritas fuera del texto)*

Quiere decir lo anterior que la relación legal que se refiere en el artículo 225 del C.P.A.C.A, debe estar establecida en una norma que, de manera clara y expresa, determine el vínculo y la obligación que tiene el llamado en garantía para responder eventualmente por el pago de un perjuicio impuesto al llamante a través de una decisión judicial.

Ahora bien, es pertinente indicar que el llamamiento en garantía puede tener como fin el evitar la interposición de una acción de repetición; en este caso, se debe hacer remisión a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, que señala:

*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. (Se resalta)

En síntesis, para este supuesto, el llamamiento en garantía debe recaer sobre el funcionario que dio lugar a los hechos que ocasionaron el perjuicio, siempre y cuando, de manera sumaria, se pruebe su responsabilidad de haber obrado con dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones.

De las obligaciones del empleador en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones

Respecto de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, es pertinente afirmar que la legislación colombiana ha sido diáfana en la protección de los derechos de los trabajadores y más aún en materia pensional, puesto que cuando el

¹⁰ Consejo de Estado- Sección Segunda - Subsección A, auto interlocutorio del 1 de agosto de 2016. C.P. William Hernández Gómez. Expediente núm. 4054-2014:

empleado pierde su capacidad laboral y adquiere el estatus pensional, puede gozar de una mesada que le garantice su calidad de vida y el mínimo vital en la edad de vejez.

Para lograr lo anterior, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación del empleador de pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, determinando que «*el empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador*», y en caso de que este omita dicha carga, el artículo 24 *ibídem*, creó la acción de cobro coactivo para que las entidades administradoras de pensiones hagan efectivo dicho pago. Al respecto, la norma reza lo siguiente:

Artículo 24. 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.*

De igual manera, el artículo 53 *ejusdem*, establece las funciones de fiscalización que tienen las entidades administradoras de pensiones del régimen de prima media con prestación definida, así:

Artículo 53. Fiscalización e investigación. *Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente Ley. Para tal efecto podrán:*

- a. Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;*
- b. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;*
- c. Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes;*
- d. Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;***
- e. Ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones. (Resalta el Despacho)*

Conviene resaltar que la función fiscalizadora está encaminada, principalmente, a investigar a quienes eluden o evaden el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones; sin embargo, dicha facultad es de carácter administrativo y tiene como finalidad tener certeza para iniciar la acción de cobro coactivo que trata el artículo 24 citado.

En conclusión, la obligación de hacer efectivo el pago de los aportes que no realizó el empleador recae en las entidades administradoras de pensiones, quienes deberán interponer las acciones de cobro coactivo respectivas.

V. Caso concreto

Como primera medida observa el despacho que el recurso de apelación únicamente fue interpuesto por la negativa del *a quo* en llamar en garantía al Ministerio de Salud y de la Protección Social, y que el apoderado de la U.G.P.P. guardó silencio respecto a la petición especial de litisconsorcio necesario; en ese orden de ideas, en aplicación del artículo 238 del C.G.P. se abordará la problemática bajo las reglas sobre el alcance del *ad quem*.

Ahora bien, en el caso particular se advierte que el señor Hernando Cortés Escobar solicita la reliquidación del valor de la pensión de vejez que, en principio, fue reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL–, y que lo solicitado por el llamante es el pago total de los aportes a pensión que correspondían al Ministerio de Salud y Protección Social, en calidad de empleador.

En ese orden de ideas, como la encargada de asignar la pensión y el monto de la misma es la entidad administradora de aportes pensionales, en caso de una eventual condena a quien corresponde hacer el reajuste de dicha prestación es a la misma entidad y no al empleador, pues éste únicamente es el encargado de hacer el pago de los aportes.

No obstante lo anterior, tal y como se precisó en el marco normativo de esta providencia, la entidad demandante podrá adelantar la correspondiente *acción de cobro*, contra el empleador a fin de obtener el pago de las obligaciones no cumplidas por aquel, y que de esta manera no sea el pensionado quien tenga que soportar la carga de dicho incumplimiento.

Al respecto, el Consejo de Estado¹¹ ha manifestado que aun cuando el empleador omite pagar la totalidad de los aportes al sistema general de pensiones, ello no es razón suficiente para que la entidad encargada de asignar y liquidar el monto de la pensión no la reconozca sobre los valores que por ley correspondan, ya que puede hacer las respectivas deducciones al momento de efectuar dicho reconocimiento, es decir, al reajustar el valor de la pensión del demandante, de ser condenada a ello.

Claramente, el Ministerio de Salud y Protección Social, tenía la obligación de realizar el pago de los aportes respectivos al Sistema. No obstante, ello no demuestra la existencia de una relación legal entre el Ministerio de Salud y Protección Social, y la entidad demandada, respecto de la reliquidación de la pensión discutida en este asunto, pues la responsabilidad de la pensión y su eventual reliquidación recae únicamente en la U.G.P.P, quien de ver afectada su sostenibilidad podrá recurrir al

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto del 4 de agosto de 2010. C.P VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor. LUIS MARIO VELANDIA. Auto del 04 de agosto de 2010.

cobro previsto en la ley, de advertir la existencia de incumplimiento de las obligaciones del empleador.

Adicionalmente, la entidad demandada quien para ese entonces era la Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución No.32176 del 18 de noviembre de 2002 reconoció la pensión de vejez y la Resolución No.29385 del 27 de septiembre de 2005¹² negó la reliquidación de la pensión, lo que demuestra que la UGPP es quien debe asumir la reliquidación de la pensión en caso de ser condenada en este proceso.

Así las cosas, advierte el Despacho que no es procedente llamar en garantía al Ministerio de Salud y Protección Social, ya que no existe una norma que establezca un vínculo legal entre éste y la U.G.P.P, que lo haga responsable de responder por el pago de la reliquidación pensional derivado de una eventual condena judicial, por lo que de requerirse el pago de cotizaciones dejadas de realizar por la entidad llamada, en su condición de empleadora, la administradora de pensiones debe ejercer las acciones de cobro coactivo que la Ley 100 de 1993 dispuso para tal fin.

En consecuencia, se procederá a confirmar el auto apelado que negó el llamamiento en garantía solicitado por la U.G.P.P, por encontrar que no existe una relación legal o vínculo contractual entre el llamante y el llamado. Asimismo, se ordenará devolver el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho 005 del Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** el Auto del 5 de abril de 2019, por el cual el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio negó el llamamiento en garantía del MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, conforme los argumentos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada

J.K.M.T.

¹² Fols. 13 a 18 C. primera instancia