



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Auto Interlocutorio No. **895**

Villavicencio, **11 DIC 2019**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	EDISON MONTES LÓPEZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
EXPEDIENTE:	50001-33-33-007-2018-00122-01
TEMA:	LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Resuelve el Despacho el recurso de apelación presentado por la entidad demandada-UGPP-, contra el auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio el 8 de abril de 2019, mediante el cual negó el llamamiento en garantía propuesto por la entidad demandada UGPP contra el Instituto Nacional Penitenciario-INPEC¹.

Antecedentes:

1. La demanda²

Edinson Montes López presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, con el objeto de declarar la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. RDP 037534 de 15 de septiembre de 2015, por medio de la cual se le reconoció la pensión de vejez.

¹ Fl.11 y 12, C. llamamiento

² F. 3-410, C1

- Resolución No. RDP-048667 de 23 de noviembre de 2015, a través de la cual se confirmó la anterior decisión.
- Resolución No. RDP-052288 de 9 de diciembre de 2015, a través de la cual se confirmó la resolución-37534 de 2015
- Se declare la nulidad total de la Resolución RDP-028109 de 29 de julio de 2016, a través de la cual se negó la reliquidación.
- Se declare la nulidad total de la Resolución RDP-040903 de 27 de octubre de 2016 mediante la cual se confirmó la decisión anterior.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a la demandada a la reliquidación de la pensión con el 75% del promedio de la asignación básica y todo lo devengado en el último año de servicio. (Fls. 3-10, C1).

2. llamamiento en garantía³

El apoderado de la UGPP mediante escrito radicado el 28 de agosto de 2018, solicitó llamar en garantía al Instituto Nacional Penitenciario INPEC, al considerar que esa entidad es la responsable de efectuar los aportes con base en todos los factores salariales reclamados por el demandante, por haber prestado sus servicios para la mencionada entidad. En ese sentido, señaló que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha dispuesto que en todos los casos en que se ordene la reliquidación de la mesada pensional por inclusión de nuevos factores se debe efectuar el pago de los aportes a la entidad de seguridad social sobre tales sumas, si es que durante la relación laboral no se efectuaron, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Por tanto, considera procedente la solicitud elevada, pues en la sentencia se puede ordenar o autorizar que se realicen los descuentos al pensionado de lo que debió aportar sobre los valores incluidos, pero a este solo se le puede descontar el 25% de los aportes, toda vez que el porcentaje restante, es decir el 75%, es obligación del empleador, quien es el llamado en garantía.

3. Auto apelado⁴

El Juzgado Séptimo Administrativo oral del Circuito de Villavicencio, mediante providencia de 8 de abril de 2019, negó la solicitud de llamamiento en garantía presentada por la UGPP contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -

³ F. 1-2, C. Llamamiento

⁴ Fl. 11-12, C. Llamamiento

INPEC, argumentando que, si bien alega la accionada que el empleador, tenía la obligación de realizar los aportes al sistema de seguridad social, ello no implica que ante una sentencia adversa a los intereses de la demandada, el INPEC deba responder por la misma, toda vez que el objeto de la demanda no es ese, sino la reliquidación de la pensión reconocida a la aquí demandante.

Explica que es obligación de todo empleador realizar el pago de los aportes a seguridad social y que las entidades administradoras de pensiones deben exigir del empleador la cancelación de tales aportes, no siendo imputable al trabajador las consecuencias, ya que se le ha debido hacer las deducciones respectivas; además, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, respecto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación pensional, se deben efectuar los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al sistema

Indica que si la UGPP pretendía acreditar el no pago de aportes por parte de la llamada, el presente medio de control no es el idóneo, sino que le corresponde adelantar otros procesos para la recuperación de esas sumas en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, correspondiéndole a las diferentes administradoras del régimen de pensiones, en este caso, a la UGPP adelantar las acciones de cobro con motivo del cumplimiento de las obligaciones del empleador, razones por las cuales negó la solicitud de llamamiento.

4. Recurso de apelación⁵

El apoderado de la entidad demandada presentó recurso de apelación contra el anterior auto, solicitando que sea revocado y su lugar, se proceda a la admisión del llamamiento en garantía.

Fundamenta la solicitud, indicando que aunque en caso de condena la sentencia autorizó para que se descuente el valor de las cotizaciones que no se realizaron dicha autorización solo hace referencia a los aportes que debió haber el trabajador.

Expone que dicha situación le daría el derecho de iniciar una acción de repetición contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, advirtiendo que una nueva demanda y todo lo que ello conlleva, se podría evitar con la simple admisión del llamamiento en garantía.

⁵F. 13, C1

De igual modo, sustenta que es inadmisibile la decisión tomada por el Juzgado de Instancia, pues considera que frente a la admisión del llamamiento en garantía, basta con afirmar que la demandada tenía derecho al cobro de las cotizaciones no efectuadas por el empleador y, que será en el fondo del asunto que se resuelva sobre la existencia de la relación legal o contractual.

Por último, rechaza la idea de contemplar el llamamiento como un mecanismo residual, cuando el Juzgado afirma que la Administradora de Pensiones cuenta con la acción de cobro, pues se trata de una figura que es válida en cualquier acción judicial, razones por las cuales aduce es procedente admitir el llamamiento en garantía.

II. Consideraciones del Despacho:

1. Competencia

Según el artículo 243 numeral 7° y 153 del CPACA, el Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación del auto adiado el 8 de abril de 2019, por el cual la Jueza Séptima Administrativa Oral del Circuito de Villavicencio negó el llamamiento en garantía propuesto por el apoderado de la UGPP.

2. Problema jurídico

En este caso, la discusión planteada se concreta en determinar si es procedente el llamamiento en garantía formulado por el apoderado de la UGPP, por medio del cual solicita vincular al trámite a Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, para que de ser favorable las pretensiones de la demanda se ordene al llamado a realizar los aportes dejados de pagar con la inclusión de todos los factores salariales.

Para resolver, se hará un análisis jurídico de la figura del llamamiento y lo que ha considerado el Consejo de Estado al respecto, para dirimir en el caso concreto, si hay lugar a admitir el llamamiento en garantía propuesto por la UGPP contra el INPEC.

◊ Llamamiento en garantía

El artículo 225 del CPACA dispone:

“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 la demandante o el demandado.

(..)”

Sobre las características de esta figura y sus requisitos, el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016⁶, indicó que el escrito de llamamiento en garantía debe contener como requisitos, entre otros, los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen. Así mismo, advierte que desde la vigencia del artículo 225 del CPACA, basta la simple mención y sustento del vínculo legal o contractual para que se satisfaga el requisito, pero que ello no es óbice, para que el funcionario judicial desde la misma decisión sobre la petición, pueda negar dicha posibilidad con el fin de evitar un desgaste innecesario de la administración de justicia y propender por la maximización de los principios de economía y celeridad procesal, en caso de constatar que el llamamiento es totalmente infundado o no se encuentra conexión alguna que ligue la responsabilidad del llamado con el objeto del proceso.

3. Caso concreto

Con base en lo anterior, procede el Despacho a verificar si la figura del llamamiento en garantía es procedente para lograr el pago de los dineros dejados de cotizar por el exempleador, sobre los nuevos factores a incluir para la reliquidación de la pensión del demandante, si a ello hubiere lugar, o si le asiste razón al Juzgado *a quo* al negar el llamamiento solicitado.

Al respecto, considera esta Sala que el llamamiento realizado resulta improcedente, tal como lo determinó el Juzgado de Primera Instancia, pues se advierte que la solicitud no satisface los requisitos del artículo 225 del CPACA, en tanto que no se observa el vínculo legal o contractual entre la UGPP y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, para exigir a esta el reembolso de lo que tuviera que pagar como resultado de una eventual sentencia condenatoria por reliquidación pensional.

Al margen de lo anterior, y con el fin de satisfacer los argumentos de la alzada en donde el apoderado de la UGPP sostiene que el Consejo de Estado en reiterada

⁶ Expediente núm.: 68-001-23-33-000-2013-00435-01, Número Interno: 1720-2014, Actor: María Elena Quintero de Castellanos Demandado: UGPP, CP. William Hernández Gómez.

jurisprudencia ha dispuesto que cuando prosperen demandas como la aquí debatida, el trabajador debe pagar los valores que no aportó, para lo cual se le puede cobrar **a través de una acción de repetición**; se considera necesario para mayor claridad, citar la sentencia No. 25000-23-25-000-2010-00014-01 de 9 de abril de 2014, que señaló:

“
(...)

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, *“procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”*⁷.

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional⁸.

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que “[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el *sub examine*, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

⁸ V. gr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandia Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nacionales.

De otra parte, específicamente en lo que concierne a los pensionados que gozan del régimen especial previsto para la Contraloría General de la República, esta Corporación en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12)dijo: *“Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final de, l (sic) artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes¹¹. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.”* (Subrayado fuera de texto.)

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

(...)” (Subrayado de la Sala)

Así mismo, La Ley 678 de 2001, dispone:

“ARTÍCULO 2º... Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, *conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

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.”

Pues bien, del análisis de las normas citadas, se concluye que el vocablo “repetir”, es utilizado de manera ambigua por el Consejo de Estado en la citada sentencia, pues a juicio del Despacho no se está refiriendo a la acción de repetición. La impropiedad que se advierte se deduce de la aplicación simple de la norma, concluyéndose que mal podría admitirse un llamamiento en garantía con fines de repetición dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por reliquidación pensional, pues de ninguna manera se puede advertir la configuración de los elementos exigidos para la aplicación de esta figura jurídica.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la responsabilidad en el medio de control de repetición es una responsabilidad de carácter subjetivo y por tanto, lo que se evalúa es el actuar doloso o culposo del agente presuntamente responsable del detrimento patrimonial de la entidad para la cual labora y en el caso, como se

advirtió tenemos que no existe ningún tipo de vínculo legal o contractual entre la UGPP y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC que permita inferir que efectivamente es una entidad adscrita a la UGPP y con base en ello determinar que fue la conducta dolosa o culposa de un agente de esta entidad que conllevó a que no se efectuaran las cotizaciones a pensión.

Así pues, el supuesto fáctico que alega el recurrente no se encuadra en el Ordenamiento Jurídico Colombiano consagrado en la Ley 678 de 2001 y en conclusión, no resulta viable el argumento planteado por la entidad demandada en el recurso de alzada.

Finalmente, respecto al cobro de los factores dejados de pagar por el empleador, el Consejo de Estado-Sección Segunda, en Sentencia del Consejero Ponente: William Hernández Gómez, radicada bajo el número: 15001-23-33-000-2013-00785-01(4054-14) de 1 de agosto de 2016, señaló:

“En materia de obligaciones de aportes pensionales, le asiste la obligación al empleador de realizar el pago oportuno de los aportes por concepto de seguridad social a las entidades administradoras, tanto de los que están a su cargo como en cabeza del trabajador; lo anterior de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁹.

(..)

Ahora, el artículo 24 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, señala:

[...] **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 [...].

Es decir, frente al incumplimiento de las obligaciones del empleador, son las entidades administradoras las obligadas de requerirlo para que realice el pago de los aportes o lo haga de manera correcta e iniciar las acciones de cobro correspondiente y proceder en debida forma a liquidar y reconocer la pensión respectiva¹⁰.”

⁹ [...] El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador [...].

¹⁰ Al respecto ver entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional T-362 de 2011, en la cual se indica “Cuando el empleador no traslada los aportes a la entidad de seguridad social, ésta última tiene el deber de cobrar los dineros adeudados por el empleador moroso a través de los mecanismos jurídicos establecidos en la Ley.”

Así las cosas, este Despacho confirmará el auto proferido el 8 de abril de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, que negó el llamamiento en garantía.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 8 de abril de 2019, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, conforme los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, previas anotaciones del sistema siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase,


NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada.