

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

09 MAR 2020

Santiago de Cali, _____

Auto Interlocutorio No. 68

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR SILVIO NARVAEZ DAZA

| | |
|-------------------|--|
| MEDIO DE CONTROL: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| EXPEDIENTE: | 76001-33-33-017-2016-00116-01 |
| DEMANDANTE: | JOSE EDGAR MONTOYA MONTOYA |
| DEMANDADO: | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP |
| ASUNTO | APELACIÓN DE AUTO LLAMAMIENTO EN GARANTIA - CONFIRMA |

I. OBJETO DE LA DECISION

Se procederá a resolver el recurso apelación, propuesto por la parte demandada, contra el auto interlocutorio nro. 958 del 13 de diciembre de 2018¹, proferido por el Juzgado Diecisiete Administrativo de Cali, mediante el cual negó la solicitud de llamamiento en garantía formulada por la parte demandada en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y el municipio de Dagua.

II. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA y actuando a través de apoderado judicial, el señor José Edgar Montoya Montoya demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, y solicitó² la nulidad parcial de la Resolución nro. RDP 038008 del 17 de septiembre de 2015 por medio de la cual se negó la reliquidación de una pensión de vejez, y de la Resolución RDP 053605 del 16 de diciembre de 2015 que resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución RDP 038008. Como restablecimiento del derecho, solicitó se le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de todo lo devengado durante el último año de servicios, en cuantía de \$992.080,85 efectiva a partir del 25 de noviembre de 2002 y se proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4 del 76 y 71 del 88, se pague la totalidad de las diferencias entre lo pagado y lo que se determine en la sentencia, sumas debidamente indexadas, pago de intereses y costas procesales

III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:

En escrito separado³ a la contestación de la demanda, la UGPP solicitó que se vinculara en calidad de llamado en garantía al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al municipio de Dagua, como quiera que estas fueron las entidades empleadora del demandante.

Mediante auto interlocutorio nro. 958 del 13 de diciembre de 2018, el *A-quo* negó el llamamiento en garantía solicitados por el Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, por considerar que no existe un

¹ Ver folios 40 – 41 cuaderno 2

² Ver folio 38 - 39 cuaderno 1

³ Ver folio 1 – 4 cuaderno 2



vínculo legal (una relación de garantía legal o contractual) entre la UGPP con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y el municipio de Dagua.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada UGPP, interpone recurso de apelación⁴ contra el auto interlocutorio nro. 958 del 13 de diciembre de 2018, aduciendo que la entidad que representa no está obligada a reliquidar ni reconocer prestaciones con fundamento en factores salariales de los cuales no se realizaron aportes, pues en estas decisiones no interviene la voluntad de dicha entidad, por lo que se hace necesario vincular al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al municipio de Dagua, en calidad de ex empleadores del demandante.

V. CONSIDERACIONES:

2.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

La controversia jurídica planteada se resuelve respondiendo al siguiente interrogante:

¿Es procedente vincular en el proceso de la referencia a los ex empleadores del demandante, es decir, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al municipio de Dagua, en calidad de llamados en garantía, teniendo en cuenta que lo pretendido en la demanda es la reliquidación de la pensión del actor con base a en todo lo devengado en el último año de servicio?

Para tal efecto, se analizará en primer orden: i) procedencia del llamamiento en garantía cuando se solicita la vinculación del empleador por incumplimiento en el pago de aportes al Sistema General de Pensiones y ii) del caso en concreto.

2.4. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula al 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, 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 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.”⁵

⁴ Ver folios 42 – 46 cuaderno 2

⁵ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial ABC, undécima edición, pág. 258. Bogotá. 1991.

El llamamiento en garantía en materia contenciosa administrativa está regulado en norma especial, bajo los supuestos del artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que expresamente dice:

“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 entiende 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.”

De igual forma, lo que no se encuentre regulado en el CPACA sobre la intervención de terceros, por expresa remisión del artículo 227 ibídem, se debe aplicar las normas del hoy vigente, Código General del Proceso (CGP).

Verificada la competencia de esta Corporación para resolver el recurso de alzada contra el Auto que se negó la solicitud de llamamiento en garantía, se procede a abordar el análisis del fondo del presente asunto.

Frente al llamamiento en garantía el consejo de Estado en providencia del 19 de septiembre de 2019⁶, señaló:

“12. Al respecto esta sección⁷ ha sostenido que «para que proceda la intervención de un tercero en calidad de garante, debe existir una relación en la que se evidencie que el llamado en garantía está obligado a resarcir un daño, pues de lo contrario, la vinculación del mismo no tendría un fundamento legal para responder». No obstante, se advierte que si el juez señala que del llamamiento en garantía no se desprende una relación sustancial entre aquel que pretende llamar y el llamado, el funcionario deberá negar el llamamiento por improcedente.

13. Ahora bien, en cuanto a la procedencia del llamamiento en garantía cuando se solicita la vinculación del empleador por el incumplimiento del pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, se debe tener en cuenta que el empleador está en la obligación de realizar los pagos de los mismos al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, conforme lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 100 de 1993⁸ que

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Auto del 19 de septiembre de 2019. Radicación número: 15001-23-33-000-2017-00899-01(2541-19)

⁷ Consejo de Estado, Sección segunda – Subsección B. Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortés. Auto de fecha 22 de octubre de 2018, número de radicado: 05001-23-33-000-2014-00709-01(4593-15); auto del 16 de mayo de 2019 dentro del proceso con radicado No 25000-23-42-000-2016-01294-01(6477-2018), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁸ «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».



establece «el empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador».

14. No obstante ello y bajo la circunstancia del incumplimiento de la obligación aludida, las entidades administradoras de pensiones podrán hacer efectivo el cobro de los aportes de cotización pensional que corresponda a los empleadores mediante la acción coactivo que preceptúa el artículo 24 de la Ley 100 de 1993:

«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».

15. En suma, lo antedicho implica que aquellos casos en que los aportes no sean efectuados por el empleador, la obligación de hacer efectivo el pago de los mismos recae sobre las entidades administradoras de pensiones, quienes deberán impetrar las acciones de cobro a que hubiere lugar y hacer efectiva la ejecución de la liquidación que determine el valor adeudado, pues como lo señala la norma, presta mérito ejecutivo.

16. Así las cosas, no es procedente el llamamiento en garantía que haga la entidad encargada del reconocimiento prestacional a quien tiene la obligación de realizar el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, pues entre una y otra no existe una relación legal o contractual para solicitar su vinculación. Tal postura ha sido pacífica al interior de esta sección⁹ en los casos en donde se solicita por parte de la administradora de pensiones el llamamiento en garantía de aquel empleador que no había efectuado el pago de los aportes sobre los cuales se ordenaría la reliquidación de la pensión, como el estudiado en el sub lite, pues se indicó que esta figura procedía cuando entre el llamado y el llamante existiera una relación de garantía de orden real o personal de la que surge la obligación de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso, razón por la que se negaba la solicitud."

5.1. CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 328¹¹ del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306¹² del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, pronunciándose solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

⁹ Consejo de Estado, subsección B de la sección segunda, auto de fecha 21 de febrero de 2019, proferido dentro del proceso con radicado No 17001-23-33-000-2016-00236-01(1648-2018), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰ Consejo de Estado, auto de 5 de febrero de 2015, radicado 15001-23-33-000-2012-00120-01(2355-13), C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; auto del 4 de julio de 2018, radicado 17001233300020160076401(3513-2017), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; auto de fecha 21 de febrero de 2019, radicado 17001-23-33-000-2016-00236-01(1648-2018), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹¹ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos intimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

¹² ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 172 del CAPCA¹³, la solicitud de llamamiento en garantía de la referencia se radicó dentro del término de contestación de la demanda, esto es, dentro de la oportunidad legal.

Revisado el expediente, se tiene que el demandante pretende que se ordene a la UGPP la reliquidación de la pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario percibido en el último año, incluyendo todos los factores salariales devengados, de manera que la discusión gira en torno a determinar si procede la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Asunto sobre el cual no tiene injerencia el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y el municipio de Dagua, en su calidad de ex empleadores del demandante.

La parte demandada UGPP sostiene como argumento para llamar en garantía al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al municipio de Dagua, que la reliquidación pensional no podría fundamentarse sobre aportes que no realizaron los ex empleadores al sistema de seguridad social en pensión, lo cual conlleva a determinar la improcedencia de la solicitud del llamamiento.

Así las cosas, de los argumentos expuestos en el escrito del llamamiento en garantía y en el recurso de apelación, no se pueden determinar la existencia de un vínculo legal o contractual que justifique la vinculación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y del municipio de Dagua, en calidad de llamados.

Además, en el evento de acceder a las pretensiones de la demanda, la consecuencia derivada de ella estaría en cabeza de la administradora de pensiones y no en cabeza del ex empleador del señor José Edgar Montoya.

Al respecto, el Consejo de Estado en pronunciamiento reciente, precisó¹⁴:

“(…) Debe señalarse entonces que es a la administradora de pensiones a la que le corresponde realizar en debida forma el reconocimiento de la pensión y proceder a reliquidarla, si a ello hubiere lugar, y que se encuentra a cargo empleador realizar los portes durante el lapso laborado por el trabajador.

Bajo esta perspectiva, ante una eventual condena desfavorable, la UGPP es la obligada a responder por la reliquidación pretendida por el accionante e incluso podrá descontar de la nueva liquidación pensional los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordene, circunstancia que desvirtúa presunta relación lega o contractual con la entidad llamada en garantía, para que sea vinculada al proceso como extremo pasivo de la Litis.

Por lo anterior, si bien el empleador tiene la obligación de realizar el pago de los aportes que le corresponda, causados durante la relación laboral, no significa que sea necesaria su comparecencia a este proceso para que responda por las consecuencias que se deriven de una eventual condena, puesto que en caso de presentarse incumplimiento de sus obligaciones, la UGPP está facultada para iniciar las respectivas acciones legales, razón por la cual se confirmará la providencia recurrida, que negó el llamamiento en garantía deprecado. (Subraya fuera del texto)

Ahora bien, en un asunto de iguales connotaciones al aquí debatido, el Consejo de Estado precisó¹⁵ que “no es procedente llamar en garantía a la Registraduría Nacional

¹³ Norma relativa al traslado de la demanda.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda – Subsección B. Consejero Ponente: CARMELO PERDOMO CUETER. providencia del 8 de abril de 2019 Radicación No. 25000-23-42-000-2015-02600-01 (3469-16).

del Estado Civil porque no existe una norma que establezca el vínculo legal entre ella y la UGPP para responder por la reliquidación pensional derivada de una eventual condena judicial, pues, de requerirse el pago de las 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 este orden de ideas y acogiendo los argumentos expuestos en precedencia, no puede predicarse la existencia de un vínculo legal para llamar en garantía al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al municipio de Dagua, para responder por las consecuencias del fallo que se pueda dictar en este proceso en contra de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, pues si bien el empleador tiene la obligación de realizar el pago de los aportes respectivos, las entidades administradoras de pensiones, tienen el deber de realizar en debida forma la liquidación de las pensiones, su reconocimiento y el pago de las sumas derivadas de las liquidaciones que efectúen, conforme al régimen pensional aplicable a cada trabajador.

Por lo anterior, al tratarse el presente asunto de una reliquidación pensional, es claro que la responsabilidad recae en cabeza de la administradora de pensiones que para este caso es la UGPP, quien a su vez cuenta con la posibilidad de ordenar los descuentos por concepto de aportes no efectuados o iniciar los trámites a que haya lugar como el cobro coactivo de que trata el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el Despacho confirmará el auto interlocutorio nro. 827 del 25 de octubre de 2018, mediante el cual el Juzgado 17 Administrativo Oral de Cali negó el llamamiento en garantía formulado por la UGPP.

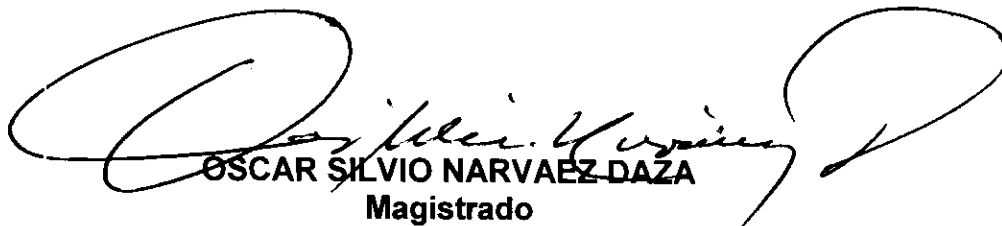
En consecuencia, se;

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el Auto Interlocutorio nro. 958 del 13 de diciembre de 2018 , proferido por el Juzgado Diecisiete Administrativo de Cali, mediante el cual negó la solicitud de llamamiento en garantía formulada por la UGPP.

SEGUNDO: Ordenase la devolución del expediente al despacho de origen, dejándose en el sistema judicial las anotaciones de rigor.¹⁵

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR SILVIO NARVAEZ-DAZA
Magistrado

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. providencia del 8 de abril de 2019 Radicación No. 19001-23-33-000-2015-00414-01 (2351-16).

¹⁶