



Sentencia 2017-01393 de 2020 Consejo de Estado

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA AL EMPLEADOR POR PAGO DE APORTES PENSIONALES - Improcedencia

Luego de estudiar los supuestos fácticos y jurídicos del presente asunto, el despacho encuentra mérito suficiente para confirmar el auto apelado, por las siguientes razones: De acuerdo con los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador tiene el deber de realizar las cotizaciones a pensión que le corresponden a él y al trabajador. Asimismo, en el evento en que no se efectúen los aportes respectivos, el empleador se hace responsable por estos, en su totalidad. Como resulta evidente, las citadas normas se ocupan de asignar al empleador ciertas obligaciones y responsabilidades en punto de las cotizaciones a pensión, pero no presuponen o generan, entre el empleador y la entidad administradora de fondos de pensiones, el vínculo legal o contractual que se requiere para que proceda el llamamiento en garantía. Ahora bien, el cobro coactivo es el mecanismo que previó la ley para que las entidades que administran fondos de pensiones obtengan las sumas dejadas de recibir a causa del incumplimiento de los deberes del empleador, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1994 - ARTÍCULO 24 / LEY 100 DE 1994 - ARTÍCULO 17 / LEY 100 DE 1994 - ARTÍCULO 22

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA - Definición

La figura jurídica del llamamiento en garantía, en virtud de la cual una de las partes procesales, previa acreditación de un vínculo legal o contractual, solicita 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. Esta institución procesal también procede con fines de repetición frente a un agente estatal.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 de 2011 (CPACA) - ARTÍCULO 225

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 05001-23-33-000-2017-01393-01(1133-18)

Actor: MARGARITA MARÍA RESTREPO GAVIRIA

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Apelación de auto que niega llamamiento en garantía

AUTO INTERLOCUTORIO

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto proferido el 27 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante el cual se negó un llamamiento en garantía.

1. Antecedentes

1.1. Pretensiones de la demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Margarita María Restrepo Gaviria formuló demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en orden a que se declare la nulidad de las Resoluciones gnr 36206 del 31 de enero de 2017¹ y dir

1263 del 9 de marzo de 2017,² por medio de las cuales se negó la reliquidación de una pensión de vejez y se resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el primer acto, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) reliquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75 % del promedio de todos los factores salariales y no salariales devengados en el último año de servicios; ii) aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985; iii) pagar la diferencia que resulte entre el monto que se viene cancelando y el que resulte de la liquidación correcta; iv) realizar los ajustes de valor a las mesadas pensionales, desde la fecha de causación hasta que se realice el pago; y v) condenar en costas a la parte demandada.

1.2. La solicitud de llamamiento en garantía

La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) llamó en garantía a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (dian),³ en calidad de empleadora, por las siguientes razones:

- i) La demandante solicita la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida, con el objeto de incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.
- ii) La dian, como entidad empleadora de la accionante, tenía a cargo el reporte de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.
- iii) Como ingreso base de liquidación, Colpensiones tuvo en cuenta los valores efectivamente cotizados por el empleador público.
- iv) Entre Colpensiones y la dian existe una relación legal para los efectos del presente proceso, puesto que, en caso de que se acceda a las pretensiones de reliquidación de la pensión de vejez, con inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizaron aportes para pensión, la entidad empleadora debe reconocer los valores que se llegaren a exigir con ocasión de la sentencia.
- v) Colpensiones no tiene relación laboral alguna con sus afiliados; por ende, si se le condena a pagar los montos que no fueron objeto de aportes para pensión, se afectaría gravemente la estabilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida.

1.3. El auto apelado

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante auto del 27 de noviembre de 2017,⁴ negó el llamamiento en garantía deprecado por Colpensiones, por las razones que se exponen a continuación:

- i) Según lo establece el artículo 225 del cpaca, «[q]uien 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».
- ii) Si bien la dian fue la entidad donde laboró la señora Margarita María Restrepo Gaviria, a aquella no le corresponde reconocer ni reliquidar la pensión de vejez que le fue concedida a la demandante, como sí le compete a Colpensiones.
- iii) La dian no posee la calidad de «cuotapartista», sino de entidad empleadora, por lo que no resulta procedente el llamamiento en garantía.

1.4. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones interpuso recurso de apelación⁵ y lo sustentó así:

- i) Se pretende traer al proceso a la dian como última entidad empleadora, con el fin de que ejerza su derecho de defensa en relación con los factores salariales que la demandante solicita para la liquidación de su pensión de vejez.
- ii) De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador tiene la obligación de pagar los aportes que le corresponden a él y al trabajador, y se hace responsable por la totalidad del aporte aun en el evento en que no hubiere efectuado los descuentos al trabajador.
- iii) En este caso existe una relación legal entre Colpensiones y la dian, puesto que esta última debe responder por los valores que se llegaren a reconocer en la sentencia, sobre los cuales no se realizaron cotizaciones, o reembolsar lo que tendría que pagar la administradora de fondos de pensiones.
- iv) No se persigue la declaración de una relación jurídico procesal diferente a la que planteó la demandante, sino la garantía del derecho de defensa de la entidad empleadora, en desarrollo del principio de economía procesal.
- v) Si no se llama a la dian, se configuraría una causal de nulidad procesal por violación de los derechos de defensa técnica, igualdad de las partes, acceso a la justicia y legalidad, ya que dicha entidad no tendría oportunidad de velar por sus intereses.
- vi) De acuerdo con dos providencias del Tribunal Administrativo de Antioquia,⁶ en estos procesos se puede llamar en garantía al empleador, en tanto este tiene el deber de pagar la seguridad social del trabajador.

vii) En presente caso se reúnen los requisitos para que proceda el llamamiento en garantía. Asimismo, la solicitud se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Se circunscribe a determinar si en el asunto *sub examine* se cumplen los requisitos legales para que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) llame en garantía a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (dian), de acuerdo con el artículo 225 del cpaca, a fin de establecer si se debe revocar o confirmar el auto del 27 de noviembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, por medio del cual se denegó una solicitud con dicho objeto.

Para efectos metodológicos, el estudio del caso *sub lite* se desarrollará en el siguiente orden: i) el llamamiento en garantía; ii) la obligación del empleador en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones; y iii) solución del caso concreto.

2.2. El llamamiento en garantía

El artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (cpaca)⁷ regula la figura jurídica del llamamiento en garantía, en virtud de la cual una de las partes procesales, previa acreditación de un vínculo legal o contractual, solicita 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.⁸ Esta institución procesal también procede con fines de repetición frente a un agente estatal.⁹

La solicitud de llamamiento en garantía debe contener: i) el nombre del llamado; ii) la indicación del domicilio o residencia de este; iii) los hechos en los que sirven de base al llamamiento y sus fundamentos jurídicos; y iv) la dirección de notificaciones del llamante.

A su vez, esta corporación ha estudiado la figura en comento y ha concluido lo siguiente:

El llamamiento en garantía tiene ocurrencia cuando entre la persona citada y la que hace el llamamiento existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultas del proceso, para que en caso de que efectivamente se declare la responsabilidad del llamante, el juez decida sobre la relación sustancial existente entre este y el llamado en garantía, cuestión que puede dar lugar a una de dos situaciones: *a)* que el llamado en garantía no esté obligado a responder, o *b)* que le asista razón al demandado frente a la obligación que tiene el llamado en garantía de repararle los perjuicios, caso en cual se debe determinar el alcance de su responsabilidad y el porcentaje de la condena que deberá restituir a la parte demandada con cargo a lo que esta pague al demandante¹⁰.

En consonancia con lo anterior, la demostración del derecho legal o contractual en que se funda la petición de llamamiento tiene como razón el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que eventualmente llegue a proferirse en su contra, de manera que en la misma sentencia se resuelva tanto la *litis* principal como aquella que se traba de forma consecuencial entre llamante y llamado, por razón de la relación sustancial existente entre ellos.

[...]

Conviene señalar que el llamamiento en garantía implica una relación sustancial diferente a la del fondo de la pretensión que dio origen al proceso principal, por tanto el tercero puede controvertir el derecho que se alega en su contra, solicitar pruebas que sustenten tal presupuesto u oponerse a su vinculación.¹¹

Así las cosas, el llamamiento en garantía presupone la existencia de una relación legal o contractual entre el llamante y el llamado y, con base en ello, en caso de proferirse sentencia condenatoria, al juez le corresponde resolver sobre las consecuencias de dicho vínculo, esto es, determinar si hay lugar a que el convocado resarza los perjuicios que haya causado, en consonancia con el grado de responsabilidad que se le pueda endilgar.

2.3. La obligación del empleador en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones

La legislación colombiana ha sido enfática en la protección de los derechos de los trabajadores y, especialmente, en lo que concierne a la pérdida de la capacidad laboral como consecuencia de la vejez; por tal razón, se previó la posibilidad de que el afiliado, en esta etapa de la existencia humana, goce de una mesada pensional que le garantice su calidad de vida, el mínimo vital y el acceso a los servicios médico-asistenciales que requiera.

Para lograr lo anterior, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 establece la obligación del empleador de pagar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, y determina que aquel «responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador»; y, para los casos en que se omita dicha carga, el artículo 24 *ibidem* creó la acción de cobro coactivo para que las entidades administradoras de pensiones hagan efectivo el pago. Al respecto, la norma consagra 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.

[Negritas por fuera del original]

De igual manera, el artículo 53 *ibidem* se ocupa de 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.

[Negritas por fuera del original]

En otras palabras, la función fiscalizadora es de carácter administrativo y se orienta, principalmente, a investigar a quienes evaden el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Además, esta atribución permite recaudar elementos que otorguen certeza para iniciar la acción de cobro coactivo de que trata el artículo 24 precitado.

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 adelantar las respectivas acciones de cobro coactivo.

2.4. Solución del caso concreto. Análisis del despacho

Luego de estudiar los supuestos fácticos y jurídicos del presente asunto, el despacho encuentra mérito suficiente para confirmar el auto apelado, por las siguientes razones:

- i) De acuerdo con los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador tiene el deber de realizar las cotizaciones a pensión que le corresponden a él y al trabajador. Asimismo, en el evento en que no se efectúen los aportes respectivos, el empleador se hace responsable por estos, en su totalidad.
- ii) Como resulta evidente, las citadas normas se ocupan de asignar al empleador ciertas obligaciones y responsabilidades en punto de las cotizaciones a pensión, pero no presuponen o generan, entre el empleador y la entidad administradora de fondos de pensiones, el vínculo legal o contractual que se requiere para que proceda el llamamiento en garantía.
- iii) Ahora bien, el cobro coactivo es el mecanismo que previó la ley para que las entidades que administran fondos de pensiones obtengan las sumas dejadas de recibir a causa del incumplimiento de los deberes del empleador, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Es importante precisar que el llamamiento en garantía es una figura jurídica regulada en el artículo 225 del cpca, en lo que concierne a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y su procedencia está condicionada al cumplimiento de los requisitos que prevé dicha norma. De tal suerte que, aunque el mencionado mecanismo comporta una manifestación de la economía procesal, no resulta viable en todos los eventos en que se argumenta una mayor celeridad en el trámite de los asuntos, pues tal amplitud generaría la desnaturalización de la plurimencionada herramienta procesal y, en muchos casos, la desatención de otros procedimientos definidos por el legislador, como sería la acción cobro coactivo en este caso.

En consecuencia, comoquiera que no son de recibo las razones que expuso Colpensiones para acreditar el vínculo legal o contractual que debe existir entre el llamante y el llamado, establecido en el artículo 225 del cpca, el auto apelado deberá ser confirmado.

Finalmente, se reconoce a los abogados José Octavio Zuluaga Rodríguez y Mayra Alejandra Carrillo Bohórquez como apoderados judiciales de Colpensiones, el primero como principal y la segunda como sustituta, de acuerdo con el poder que les fue conferido y sustituido, respectivamente.¹²

En mérito de lo expuesto, el despacho

Resuelve

Primero. Confirmar el auto del 27 de noviembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante el cual se denegó el llamamiento en garantía solicitado por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Segundo. Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

JMMC

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el consejero conductor del proceso en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 76 a 81 del cuaderno principal.

2. Folios 96 a 101 ibidem.

3. Folios 1 a 3 del cuaderno de llamamiento en garantía.

4. Folios 4 y 5 ibidem.

5. Folios 6 a 10.

6. Tribunal Administrativo de Antioquia: i) providencia del 26 de agosto de 2014, expediente 05001-33-33-022-2013-00147-01, M.P. Dr. Gonzalo Zambrano Velandia; y ii) providencia expedida dentro del proceso 05001-33-33-008-2015-01361-00, M.P. Dr. Jorge Iván Duque Gutiérrez.

7. 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. [...].

8. 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».

9. El artículo 225 del cpaca dispone que 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».

10. Al respecto en Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente No. Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01406-01(18108), M.P. Ruth Stella Correa Palacio se sostuvo: *“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 reembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento”*.

11. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Dra. María Adriana Marín, providencia de 29 de octubre de 2019, radicado:

76001-23-33-000-2016-00072-02(63703).

12. Folios 144 y 148 del cuaderno principal.

Fecha y hora de creación: 2024-10-06 07:54:33