

SEÑOR (A)
 DRA. CATALINA DIAZ VARGAS
 JUEZ 16 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.
 SECCIÓN SEGUNDA
 E. S. D.

OFICINA DE APOYO
 JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

NÚMERO DE PROCESO: 11001333501620160027700

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del Derecho

DE: **EVARISTO HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ**

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL.-UGPP.-

LLAMADO EN GARANTIA: U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

ASUNTO: PENSION LEGAL LEY 33 DE 1985.

2018 OCT 29 PM 12 15

CORRESPONDENCIA
 RECIBIDA



CONTESTACIÓN DEMANDA

JUAN CARLOS BECERRA RUIZ, mayor de edad domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía número 79.625.143 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la tarjeta No. 87.834 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado especial de la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN., representada por el Director General quien mediante resolución No.0001480 DEL 17 de julio de 2014 delego la representación judicial y extrajudicial en la Subdirección Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Judicial de la DIAN en cabeza de la Doctora quien mediante resolución No. 000073 delego la representación judicial y extrajudicial en la Subdirección Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Judicial de la DIAN en cabeza de la Doctora DIAN ASTRID CHAPARRO MANOSALVA, calidad que acredita mediante resolución de nombramiento, y poder que se acompaña para efectos de reconocimiento de personería jurídica y, estando dentro de término legal, me permito dar contestación a la demanda en los términos y condiciones señaladas por la Ley 1437 de 2011 art, 175 y ss.

1- DESIGNACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

Parte demandada, U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN., representada por el Director General Doctor SANTIAGO ROJAS, con domicilio principal en la carrera 8 No. 6-64 de la ciudad de Bogotá D.C. Dirección de correo electrónico notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Apoderado de la parte demanda JUAN CARLOS BECERRA RUIZ, identificado con cédula de ciudadanía número 79.625.143 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la tarjeta No. 87.834 del Consejo Superior de la Judicatura, con dirección de notificación en la carrera 8 No. 6-64, Sexto piso, del Edificio San Agustín de la ciudad de Bogotá D.C.

2- OPOSICION LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Se opone la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN al escrito de llamamiento en garantía efectuada por la entidad demandan UGPP-CAJANAL, en consideración a la inexistente responsabilidad en el descuento de los aportes a la demandante para constituir su cuota parte en el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994 (factores salariales).

3- CONSIDERACIONES DE LA DEFENSA

Para efectos de determinar una presunta responsabilidad del tercero llamado en garantía DIAN , debemos como primera medida revisar los antecedentes de si, existía o no obligación legal del empleador, para la época de los hechos, de generar aportes, pagos, cuotas o bonos, a favor de las entidades que tuvieran la obligación del reconocimiento del derecho pensional de sus trabajadores, debiendo evaluar diversos factores que determinarán el marco a analizar.

Pues bien, con la ley 6 de 1945, fuera de haberse estructurado el sistema de prestaciones laborales de los empleados de ambos sectores, se establecieron las obligaciones que, en razón a lo que hoy en día conocemos como aportes, se vendrían a dar. Al respecto, dispuso como obligación para el empleador, el hecho de otorgar una pensión vitalicia de jubilación, que correspondiera al equivalente de las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados por el trabajador de cada mes, dejando clara, una obligación de carácter directo para el empleador, sin contemplar aún, los aportes o cuotas obligatorias a las Cajas.

Lo anterior, en relación con trabajadores del sector privado; en cuanto a los empleados y obreros nacionales, en el literal b) del artículo 17, estableció el derecho a la pensión vitalicia de jubilación que sería del mismo tenor de la anterior, con el equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados y que, de acuerdo a una interpretación armónica, estaría a cargo de la entidad pública a la cual estuviese vinculado el trabajador, toda vez que, la misma ley 6, fue por medio de la cual, se constituyó la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales.

Dicha Caja, sería la que entraría a establecer el reconocimiento y pago de los derechos de carácter pensional, entre otros, de los empleados del sector público, tendiendo por efecto, un presupuesto conformado de acuerdo a lo dispuesto los literales b) y c) del artículo 20 de la mentada ley 6 de 1945, mencionando con esto, las obligaciones que recaerían en cabeza de los trabajadores, con su aporte equivalente a tres y dos por ciento (3%, 2%), de su sueldo o jornal.

Ahora bien, el artículo 29 de la ley 6 de 1945, modificado por el artículo 1 de la Ley 24 de 1947, estableció una fórmula para el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados y obreros nacionales, cuando estos hubiesen servido a diversas entidades públicas, así:

"ARTICULO 29. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y **el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas.** Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial. "(Negrillas fuera de texto).

De lo anterior diremos, que se vislumbra el albor de la obligación del empleador del sector público, en el entendido de asumir la carga prestacional de la pensión vitalicia de jubilación, en proporciones justas a las que aquel hubiese estado a sus servicios, al determinar que, el monto sería distribuido al tiempo servido y al salario percibido en cada una de ellas, no habiendo duda, de que la entidad tendría que sufragar una parte equivalente, de la prestación social que fuese reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social.

Ahora bien, en el año de 1948, se expide el Decreto 2921, por medio del cual se reglamentó el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, que en su artículo 2 dispuso:

"Artículo 2 La Caja de previsión social que reciba una solicitud de pago de una pensión de jubilación que sea de su cargo o de varias entidades, la pondrá en conocimiento de éstas, y **les remitirá copia del proyecto de resolución que elabore y de los documentos que sean necesarios para que cada una de tales entidades pueda establecer si son correctos**, si está obligada a la cuota que se le asigna y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen." (Negritas fuera de texto).

En relación con la obligación impuesta a las Cajas de Previsión Social, frente a las entidades en las cuales hubiese trabajado alguno de sus afiliados, al momento del reconocimiento del derecho pensional, es claro cómo, mediante el decreto referido, se establece una obligación atinente a cuotas parte, para el pago de la mesada que sea reconocida, dejando en el entendido, que aún no se estaría hablando de aportes propiamente dichos, como se hace en vigencia de la ley 100, por ejemplo, sino de una obligación que permanecería intacta, hasta el momento efectivo en que hubiese la necesidad de empezar a efectuar los pagos, motivo por el cual, se presentaban en las entidades, los llamados pasivos pensionales.

Claro está para el Despacho, que aún cuando no se habló de algún pago directo a la Caja, luego de la afiliación de los trabajadores, se habló de la distribución de cargas en la orden de pago a la cual tendría derecho el trabajador, por haber laborado en una u otra, denotando los albores de la estructuración del principio de Solidaridad en el sistema pensional colombiano.

Para mejor entendimiento de la forma como se estructuró la obligación para los empleadores, en relación con los montos de mesada pensional de los trabajadores del sector público, es loable hacer referencia al artículo 9 del decreto 2921 de 1948. A su tenor:

"Artículo 9. La caja a la cual corresponda el pago de una pensión formada por cuotas de diversas entidades, **repetirá contra las demás dichas cuentas de la comprobación de haber efectuado los pagos, las que deberán ser canceladas a su presentación.**" (Negritas fuera de texto)

Así las cosas, sería la misma norma, la que habilitaría a las Cajas de Previsión Social, a que dispusiera las formas como entraría a sufragar los gastos extraordinarios en que hubiese tenido que incurrir, por la negativa o la mora de las entidades empleadoras a las que hubiese comunicado el valor de las cuotas a pagar, por concepto de los derechos a la pensión de jubilación reconocidos, indicando con esto que, si había lugar, a título de repetición, a realizar cobros, era porque había una clara obligación para las entidades, de sufragar partes completas de las mesadas pensionales que se hubiesen reconocido por las Cajas y de las cuales, no eran responsables estas últimas.

Tiempo después, el Congreso de la República expide la ley 4 de 1966, la cual, empieza a hablar de cuestiones mucho más concretas en relación con los aportes obligatorios que debían ser realizados por las Entidades estatales que tuvieren afiliados a sus trabajadores a las Cajas. El artículo 3 estableció:

"Artículo 3º.- A partir del 1º. De enero de 1966, los Establecimientos Públicos, Institutos Descentralizados y demás entidades **de Derecho Público del orden nacional con patrimonio propio** y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión, **están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento**, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal. (...)" (Negritas fuera de texto)

Así pues, nos encontramos por primera vez con el concepto de la cuota patronal, como aporte presupuestal a favor de la Caja Nacional de Previsión Social, con miras a sufragar los gastos en los que tuviese que incurrir, para el efecto del reconocimiento y pago de las pensiones vitalicias de jubilación del personal que laborara en el sector público. Si bien, no se hacía transferencia presupuestal a título individual de empleado, esta se hacía basada en la nómina con la que se contara, de tal forma que el aporte de la cuota patronal, debía estar de acuerdo con la carga futura que se vendría a imponer. Es claro indicar que, el cinco por ciento (5%) al que obligó la ley, fue incrementado al ocho por ciento (8%) con la expedición del Decreto 1089 de 1983, solventando los ingresos de la Caja Nacional de Previsión Social.

La ley 4 de 1966 vino a ser reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 y, en lo que respecta a la obligación de aportes por parte de las Entidades empleadoras, en el artículo 3, dispuso:

"ARTÍCULO 3o. **La cuota patronal que deberán pagar a la Caja Nacional de Previsión Social**, a partir del primero (1o.) de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados, empresas descentralizadas y demás entidades de Derecho Público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, **es equivalente al cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento**, y deberá cancelarse a dicha entidad dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, sin cuya comprobación la Contraloría General de la República, mediante sus Auditores no refrendará las cuentas sobre gastos de funcionamiento de dichas entidades. Es igualmente obligación de los Notarios y Registradores pagar a la Caja Nacional de Previsión, por concepto de cuota patronal, el cinco por ciento (5%) de sus ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio de las cuotas de afiliación y periódicas a cargo de los afiliados pertenecientes a esas entidades, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes." (Negritas fuera de texto).

No es oculto, el hecho de evidenciar la transcripción, casi literal, de lo dispuesto por la Ley 4 de 1966, en el entendido de obligar a las Entidades Públicas que tuviesen a sus trabajadores afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, adicionando únicamente, los términos en los cuales debería realizarse la transferencia presupuestal a favor de esta última, confirmando la obligación de cuota patronal, al efecto de lograr reconocer las pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

El 26 de Diciembre de 1968, se expide el Decreto 3135 de ese año, por medio del cual, se prevería la integración de los sectores, público y privado, en lo atinente a la seguridad social, determinando adicionalmente, el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales. En su artículo 28, derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, contempló el mismo mecanismo de repetición habilitado a favor de la entidad de previsión que tuviese a su cargo el reconocimiento de pensión de jubilación, contemplado en la Ley 4 de 1966, al ordenar:

"ARTÍCULO 28. La entidad de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación, tendrá derecho a **repetir contra los organismos no afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores**, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo." (Negrillas fuera de texto).

Podemos concluir, que la obligación de la cuota patronal, aún expedido este decreto, se entendía vigente para las entidades públicas que hubiesen afiliado a sus trabajadores a las Cajas de Previsión Social, por cuanto, como reiteramos, la posibilidad de iniciar un recobro en repetición, a prorrata de tiempo servido, indica claramente la existencia de la carga prestacional para la entidad pública, soportada en los pasivos pensionales que debería contemplar para su presupuesto.

Al año siguiente, se expide el Decreto 1848 de 1969, por medio del cual se reglamentaría el mencionado 3135 y contemplando en sus artículos 72, 75, 94 y 99, cuestiones relativas a las obligaciones para los empleadores (entidades públicas), con ocasión de la configuración de los derechos prestacionales de carácter pensional.

El artículo 72 instituyó:

"Art. 72.- Acumulación del tiempo de servicios. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación. En este caso, **el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta.**" (Negrillas fuera de texto)

Con la figura de la acumulación del tiempo de servicios, se acudió al mismo sentir de lo que se ha venido estudiando, donde, de acuerdo a la proporción de trabajo, la mesada reconocida a favor del trabajador, se hará en distribución equivalente al tiempo de servicio en cada una de las entidades donde haya estado, dejando a su cargo, las mismas cuotas parte que se habían venido manejando al respecto.

A su vez, en concordancia con lo expresado anteriormente, el artículo 75 del mismo Decreto, dispuso:

"Art. 75.- Efectividad de la pensión. 1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, **tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda**, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión. El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión." (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, del estudio sobre el articulado referido, es dable entender que allí se condensan las reglas que habrían venido rigiendo para el efecto del reconocimiento de los derechos prestacionales referidos a la pensión jubilación, pues denota la obligación de las Cajas, respecto del reconocimiento del derecho pensional de sus afiliados, así como la de las entidades empleadoras, en el sentido de aportar al pago de las pensiones reconocidas, las cuotas parte sobre las cuales estuviesen obligadas en razón al tiempo de servicio y el monto devengado y, determina nuevamente, la posibilidad de ejercer el derecho de repetición, en cabeza de las Cajas, en contra de las entidades empleadoras que hubiesen tenido la obligación de aportar y colaborar al efecto, pero se sustrajeran de la misma.

Finalmente, en relación con la constitución de los aportes necesarios para el pago y reconocimiento de la Pensión, la normatividad autorizó a las Cajas, a efectuar descuentos relativos al deducible faltante de aportes, por parte del trabajador, así:

"Art. 99.- Deduciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una

determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio."

Por último y en relación con el objeto de estudio del presente capítulo, relativo a la obligación del Llamado en Garantía a la Litis propuesta, se dirá que, la Ley 33 de 1985, en su artículo 2, estableció:

"Art. 2.- La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos."

Con lo anterior, quedó confirmada la regla general que subsistió, en relación con la potestad de repetir por el cobro de aportes, en contra de las entidades que tuvieran dicha obligación, a favor de las Cajas de Previsión creadas y que reconocieran y pagaran efectivamente el derecho pensional.

En atención a lo anterior, el artículo 11 de la Ley 33 de 1985, dispuso:

"Art. 11.- Cada una de las entidades afiliadas a una Caja de Previsión, le presentará, por cada mes calendario, una relación de los empleados oficiales por los cuales está aportando en ese mes, incluyendo el nombre y documento de identidad del empleado, el valor de su aporte patronal y personal y los demás datos que señale el reglamento que expedirá el Gobierno.
(...)"

Finalmente, se concreta así, la reiterativa obligación que se ha mostrado para el efecto de los aportes a cualquier título, por parte del empleador, en el entendido de generar pagos a favor de las Cajas de Previsión Social, con miras al reconocimiento y pago de la prestación social de pensión de jubilación.

No obstante, la ley 33 de 1985, trae una novedad, en relación con la normatividad que venía rigiendo al efecto, en el entendido de diferenciar, un valor por aporte patronal, de forma individual, por cada uno de los trabajadores que hacen parte de la nómina de la entidad, haciendo alusión, a lo que se concretaría con la expedición de la ley 100 de 1993, sobre el aporte a pensiones compartido.

Pues bien, la Responsabilidad del Llamado en garantía DIAN, no podría exigirse pago alguno sobre factores no deducibles, posteriores a la expedición de la ley 33 de 1985, pues como se demostró, la obligación previa, solo se ajustaba a cuestiones presupuestales y no de trabajadores individuales.

Ahora bien, en relación con el caso, se dirá que si bien existió permanentemente la obligación por parte del empleador, de generar los aportes a las Cajas de Previsión Social, resulta lógico establecer que, la misma se encontraría vigente **únicamente durante el tiempo efectivo de vinculación**, lo cual nos lleva a identificar varios momentos en los cuales, entraría la misma a operar y a cesar.

Lo anterior, por cuanto es identificable, la obligación del empleador de generar los aportes respectivos a la Caja de Previsión correspondiente, cesa en el mismo momento en que el trabajador se desvincula, independiente del motivo a que haya lugar y que, si bien esta obligación se llevó a cabo de manera defectuosa, en relación con la posibilidad de obligarle a restablecer su actuar, habría operado el fenómeno de la prescripción, a favor del empleador y en contra de la Caja de Previsión, toda vez que, al día de hoy, no existiría una base jurídica equivalente, a efectos de poder condenar a la entidad empleadora al pago adicional alguno, toda vez que, como se reitera, la obligación cesó, con la desvinculación del trabajador.

De lo anterior se tiene, que para lograr un entendimiento conjunto, se debe realizar una discriminación de obligaciones, en el entendido, de establecer que las contenidas en la **ley 33 de 1985, hacen referencia a la base de liquidación para el valor de los aportes a cargo del empleador y el trabajador**, y las contenidas en el decreto 1045 de 1978, hacen referencia a la base de liquidación de la prestación social, que deberá tener en cuenta la entidad que reconoce el derecho (Caja Nacional de Previsión Social – Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social).

Lo anterior, con miras a que no sean confundidas las obligaciones de la DIAN y la UGPPP debido a que, no está demostrada obligación alguna por cuanto esta cesó hace más de tres años, operando el fenómeno jurídico de la prescripción, pues al terminarse el vínculo contractual con el trabajador, de contera implica la terminación de la obligación de generar aportes a favor de la Caja de Previsión respectiva.

4- EXCEPCIONES

EXCEPCION PREVIA.

4.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE PARTE DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN".

En lo que respecta al llamamiento en garantía tenemos que el artículo 225 del C.P.A.C.A., contempla la figura del Llamamiento en Garantía, de la siguiente forma:

"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." (Resaltado fuera del texto original)

La definición sobre la figura del llamamiento en garantía está dada en el artículo 64 del Código General del Proceso como un caso de intervención de terceros, que se presenta cuando entre una parte y un tercero existe una relación legal o contractual que habilita exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Sobre el llamamiento en garantía la jurisprudencia civil¹ y contencioso administrativa², ha considerado que para que proceda se debe cumplir tres requisitos, que son:

1. La existencia de un vínculo legal o contractual que da derecho a hacer el llamamiento.
2. La prueba siquiera sumaria del vínculo que motiva el llamamiento.
3. Las formalidades exigidas para la solicitud.

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado con respecto a la figura del llamamiento en garantía ha advertido lo siguiente:

"2. Del llamamiento en garantía de los agentes del Estado con fines de repetición.

"El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, en desarrollo del principio de economía procesal, permite que dentro del proceso de responsabilidad contra el Estado pueda vincularse mediante la figura del llamamiento en garantía al funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiese comprometido la responsabilidad de la entidad pública.

"Por su parte la ley 678 de 3 de agosto de 2001, reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, en desarrollo de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 90 de la C.P.

"Así, el Capítulo III de la Ley 678 de 2001, al regular tanto los aspectos sustanciales como los procesales del llamamiento en garantía, dispuso que dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado, 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 (art. 19).

"Cabe precisar, que como colorario de lo anterior se establece la exigencia para el llamamiento del agente o ex agente público, de acompañar el escrito de llamamiento con la prueba aunque sea sumaria de su actuar doloso o gravemente culposo, es lo que le permite al juez establecer la existencia de una relación jurídica sustancial de responsabilidad que fundamenta la vinculación del tercero al proceso como salvaguardia del principio del debido proceso.

"La Sala en providencia de 25 de octubre de 2006³, señaló sobre el cumplimiento de este requisito:

"Las anteriores reflexiones son los que han permitido a la Sala reformular su tesis jurisprudencial en relación con los requisitos que se deben cumplir para la procedencia del llamamiento en garantía que efectúa el Estado frente a sus funcionarios; indefectiblemente se concluye que, para que proceda legalmente el llamamiento en garantía se deben cumplir a cabalidad no sólo el conjunto de requisitos formales y sustanciales de que tratan los artículos 57, 56, 55 y 54 del C.P.C., sino que, adicionalmente, resulta indispensable que se aporte la prueba sumaria a que hace referencia el artículo 19 de la ley 678 de 2001 que sea, al menos, indicativa de la existencia de la relación jurídica sustancial de responsabilidad en que se fundamenta la pretendida vinculación del tercero." (Negrilla ajena al texto original).

"Más adelante se agregó:

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de octubre de 2000. M.P. Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Exp. No. 5387

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 03 de marzo de 2010. MP. Dra RUTH STELLA CORREA. Expediente No. 37.898

³ Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 25 de octubre de 2006, Exp. No. 33.054., Magistrado Ponente Dr. Alíer Hernández Enríquez, mediante el cual se reitera la providencia No. 32324 de 11 de octubre de ese mismo año.

"La sola circunstancia de que una entidad estatal resulte demandada, no la faculta para llamar en garantía al funcionario o ex funcionario público o al particular que cumple funciones públicas que, a su juicio, considere que es el responsable de dicha demanda, si no cuenta con suficientes elementos de juicio, serios y razonados que la lleven al convencimiento de que fue su actuación dolosa o gravemente culposa la que dio lugar a que la entidad pública hubiera sido demandada."

Por lo tanto, obsérvese que es clara la obligación legal de aportar la prueba sumaria de la culpa grave o el dolo al escrito de llamamiento en garantía"⁴.

El Máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, en proveído del 12 de marzo de 2014⁵, con relación a las providencias transcritas, indicó que "si bien la jurisprudencia glosada fue proferida en vigencia del Decreto 1 de 1984, sus directrices mantienen plena vigencia frente a la Ley 1437 de 2011, pues los principios reguladores de la figura del llamamiento en garantía conservaron su esencia al disponer el artículo 227 ibidem la remisión expresa al Código de Procedimiento Civil."

Adicionalmente, en el auto antes citado el alto Tribunal, descendiendo al caso concreto, adujo:

"(...) encuentra el Despacho que el requisito sustancial para la procedencia del llamamiento en garantía no se estructura, ya que, de una parte, no existe norma jurídica que posibilite la vinculación de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por razón del ejercicio de su función constitucional como administradora de justicia y, de otra, no obra en el plenario la prueba de la existencia de un contrato sobre el cual pueda edificarse la condición de garante de las actuaciones de la entidad accionada.

Ahora bien, en punto del llamamiento en garantía en actuaciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa, resulta claro que su destinatario debe ser un agente del Estado y no la misma institución pública, pues, de cumplirse con los presupuestos formales y sustanciales, su finalidad es lograr la individualización de la responsabilidad por la conducta dolosa o gravemente culposa de su autor, elementos que, lejos de haberse acreditado sumariamente por la entidad formulante, se muestran como simples conjeturas sin sustento probatorio.
(...)"

En el mismo sentido, en un proceso con rasgos similares al caso sub examine, esto es, la UGPP solicitó el llamamiento en garantía del empleador del demandante, el Honorable Consejo de Estado decidió:

"Descendiendo al caso concreto, encuentra el Despacho que ninguna de las exigencias consagradas en la norma que regula el llamamiento en garantía se cumplen en la petición que formula la entidad accionada en su escrito, pues, de una parte, no precisa cuál es el sustento legal o contractual para exigir la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en cuanto concierne al tema objeto de controversia jurídica, esto es, la expedición del acto administrativo acusado y; de otra parte, admitiendo en gracia de discusión que las condiciones se hubieren dado, el llamamiento tan sólo procede frente a los agentes del estado y no frente a las instituciones, caso en el cual es indispensable la aportación de la prueba sumaria sobre su culpa grave o dolo.

Suficientes los anteriores comentarios para explicar que la providencia recurrida se halla debidamente soportada en el ordenamiento jurídico pues no se dan las condiciones previstas por el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 para acceder a la vinculación de un tercero por citación de la parte demandada bajo la modalidad de llamamiento en garantía; además, no existe en el plenario prueba alguna que permita justificar jurídicamente la vinculación del tercero mencionado por la entidad demandada, cuando resulta evidente que la discusión del derecho en litigio se circunscribe a la nulidad parcial de un acto administrativo expedido por la liquidada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, en ejercicio de sus funciones como administradora del régimen de seguridad social en pensiones".⁶

A la luz de la normatividad aplicable y de las providencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado, es dado concluir que debe existir un sustento legal o contractual que sustente el llamamiento en garantía de un tercero.

Así pues, no se encuentra soporte fáctico ni jurídico para que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, sea vinculado o llamado en garantía, ya que no se existencia mandato legal o un contrato sobre el cual pueda edificarse la condición de garante de las actuaciones de la entidad accionada, máxime cuando por virtud del artículo 98 del C.P.A.C.A., los Fondos de Pensiones Públicas se encuentra revestida de la prerrogativa de cobro coactivo para el recaudo de la cuota que como consecuencia de la orden judicial que pueda imponerse, considere le corresponde a otra u otras entidades.

Finalmente, como lo indicó el honorable Consejo de Estado, en las providencias cuyos apartes fueron transcritos, la figura de llamamiento en garantía con fines de repetición, procede contra agentes del Estado y no contra instituciones de derecho Público.

⁴ Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de marzo de 2012, demandante Mario Gómez Cuadrado y otros, radicado 66001-23-31-000-2008-00296-01(37828), Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 12 de marzo de 2014, demandante Édgar Iglesias Benavides, radicado 76001-23-33-000-2012-00377-01(4738-13), Magistrado Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 14 de mayo de 2014, demandante José Yesid Medina Rubio, radicado 15001-23-33-000-2013-00330-01(1225-14), Magistrado Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Por consiguiente, el sustento legal o contractual para exigir la vinculación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en cuanto concierne a cobro de aportes pensionales, no se ajusta a derecho y; de otra parte, teniendo en cuenta que el llamamiento tan sólo procede frente a los agentes del Estado y no frente a las instituciones.

Que así las cosas, el llamamiento en garantía al no existir mandato legal o un contrato sobre el cual pueda edificarse la condición de garante de las actuaciones de la entidad y por tratarse de una figura garantía que procede contra agentes del Estado y no contra instituciones de derecho Público, no se viable la vinculación a dicho procesos, razones por la cuales se solicita se declare la presente excepción.

4.2.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Para efectos de determinar una presunta responsabilidad del tercero llamado en garantía DIAN, debemos como primera medida revisar los antecedentes de si, existía o no obligación legal del empleador, para la época de los hechos, de generar aportes, pagos, cuotas o bonos, a favor de las entidades que tuvieran la obligación del reconocimiento del derecho pensional de sus trabajadores, debiendo evaluar diversos factores que determinarán el marco a analizar.

Pues bien, con la ley 6 de 1945, fuera de haberse estructurado el sistema de prestaciones laborales de los empleados de ambos sectores, se establecieron las obligaciones que, en razón a lo que hoy en día conocemos como aportes, se vendrían a dar. Al respecto, dispuso como obligación para el empleador, el hecho de otorgar una pensión vitalicia de jubilación, que correspondiera al equivalente de las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados por el trabajador de cada mes, dejando clara, una obligación de carácter directo para el empleador, sin contemplar aún, los aportes o cuotas obligatorias a las Cajas.

Lo anterior, en relación con trabajadores del sector privado; en cuanto a los empleados y obreros nacionales, en el literal b) del artículo 17, estableció el derecho a la pensión vitalicia de jubilación que sería del mismo tenor de la anterior, con el equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados y que, de acuerdo a una interpretación armónica, estaría a cargo de la entidad pública a la cual estuviese vinculado el trabajador, toda vez que, la misma ley 6, fue por medio de la cual, se constituyó la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales.

Dicha Caja, sería la que entraría a establecer el reconocimiento y pago de los derechos de carácter pensional, entre otros, de los empleados del sector público, tendiendo por efecto, un presupuesto conformado de acuerdo a lo dispuesto los literales b) y c) del artículo 20 de la mentada ley 6 de 1945, mencionando con esto, las obligaciones que recaerían en cabeza de los trabajadores, con su aporte equivalente a tres y dos por ciento (3%, 2%), de su sueldo o jornal.

Ahora bien, el artículo 29 de la ley 6 de 1945, modificado por el artículo 1 de la Ley 24 de 1947, estableció una fórmula para el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados y obreros nacionales, cuando estos hubiesen servido a diversas entidades públicas, así:

"ARTICULO 29. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y **el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas.** Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial." (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior diremos, que se vislumbra el albor de la obligación del empleador del sector público, en el entendido de asumir la carga prestacional de la pensión vitalicia de jubilación, en proporciones justas a las que aquel hubiese estado a sus servicios, al determinar que, el monto sería distribuido al tiempo servido y al salario percibido en cada una de ellas, no habiendo duda, de que la entidad tendría que sufragar una parte equivalente, de la prestación social que fuese reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social.

Ahora bien, en el año de 1948, se expide el Decreto 2921, por medio del cual se reglamentó el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, que en su artículo 2 dispuso:

"Artículo 2 La Caja de previsión social que reciba una solicitud de pago de una pensión de jubilación que sea de su cargo o de varias entidades, la pondrá en conocimiento de éstas, y **les remitirá copia del proyecto de resolución que elabore y de los documentos que sean necesarios para que cada una de tales entidades pueda establecer si son correctos,** si está obligada a la cuota que se le asigna y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen." (Negrillas fuera de texto).

En relación con la obligación impuesta a las Cajas de Previsión Social, frente a las entidades en las cuales hubiese trabajado alguno de sus afiliados, al momento del reconocimiento del derecho pensional, es claro cómo, mediante el decreto referido, se establece una obligación afín a cuotas parte, para el pago de la mesada que sea reconocida, dejando en el entendido, que aún no se estaría hablando de aportes propiamente dichos, como se hace en vigencia de la ley 100, por ejemplo, sino de una obligación que permanecería intacta, hasta el momento efectivo en que hubiese la necesidad de empezar a efectuar los pagos, motivo por el cual, se presentaban en las entidades, los llamados pasivos pensionales.

Claro está para el Despacho, que aún cuando no se habló de algún pago directo a la Caja, luego de la afiliación de los trabajadores, se habló de la distribución de cargas en la orden de pago a la cual tendría derecho el trabajador, por haber laborado en una u otra, denotando los albores de la estructuración del principio de Solidaridad en el sistema pensional colombiano.

Para mejor entendimiento de la forma como se estructuró la obligación para los empleadores, en relación con los montos de mesada pensional de los trabajadores del sector público, es loable hacer referencia al artículo 9 del decreto 2921 de 1948. A su tenor:

"Artículo 9. La caja a la cual corresponda el pago de una pensión formada por cuotas de diversas entidades, **repetirá contra las demás dichas cuentas de la comprobación de haber efectuado los pagos, las que deberán ser canceladas a su presentación.**" (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, sería la misma norma, la que habilitaría a las Cajas de Previsión Social, a que dispusiera las formas como entraría a sufragar los gastos extraordinarios en que hubiese tenido que incurrir, por la negativa o la mora de las entidades empleadoras a las que hubiese comunicado el valor de las cuotas a pagar, por concepto de los derechos a la pensión de jubilación reconocidos, indicando con esto que, si había lugar, a título de repetición, a realizar cobros, era porque había una clara obligación para las entidades, de sufragar partes completas de las mesadas pensionales que se hubiesen reconocido por las Cajas y de las cuales, no eran responsables estas últimas.

Tiempo después, el Congreso de la República expide la ley 4 de 1966, la cual, empieza a hablar de cuestiones mucho más concretas en relación con los aportes obligatorios que debían ser realizados por las Entidades estatales que tuvieren afiliados a sus trabajadores a las Cajas. El artículo 3 estableció:

"Artículo 3º.- A partir del 1º. De enero de 1966, los Establecimientos Públicos, Institutos Descentralizados y demás entidades **de Derecho Público del orden nacional con patrimonio propio** y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión, **están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento**, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal. (...)" (Negrillas fuera de texto)

Así pues, nos encontramos por primera vez con el concepto de la cuota patronal, como aporte presupuestal a favor de la Caja Nacional de Previsión Social, con miras a sufragar los gastos en los que tuviese que incurrir, para el efecto del reconocimiento y pago de las pensiones vitalicias de jubilación del personal que laborara en el sector público. Si bien, no se hacía transferencia presupuestal a título individual de empleado, esta se hacía basada en la nómina con la que se contara, de tal forma que el aporte de la cuota patronal, debía estar de acuerdo con la carga futura que se vendría a imponer. Es claro indicar que, el cinco por ciento (5%) al que obligó la ley, fue incrementado al ocho por ciento (8%) con la expedición del Decreto 1089 de 1983, solventando los ingresos de la Caja Nacional de Previsión Social.

La ley 4 de 1966 vino a ser reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 y, en lo que respecta a la obligación de aportes por parte de las Entidades empleadoras, en el artículo 3, dispuso:

"ARTÍCULO 3o. **La cuota patronal que deberán pagar a la Caja Nacional de Previsión Social**, a partir del primero (1o.) de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados, empresas descentralizadas y demás entidades de Derecho Público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, **es equivalente al cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento**, y deberá cancelarse a dicha entidad dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, sin cuya comprobación la Contraloría General de la República, mediante sus Auditores no refrendará las cuentas sobre gastos de funcionamiento de dichas entidades. Es igualmente obligación de los Notarios y Registradores pagar a la Caja Nacional de Previsión, por concepto de cuota patronal, el cinco por ciento (5%) de sus ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio de las cuotas de afiliación y periódicas a cargo de los afiliados pertenecientes a esas entidades, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes." (Negrillas fuera de texto).

No es oculto, el hecho de evidenciar la transcripción, casi literal, de lo dispuesto por la Ley 4 de 1966, en el entendido de obligar a las Entidades Públicas que tuviesen a sus trabajadores afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, adicionando únicamente, los términos en los cuales debería realizarse la transferencia presupuestal a favor de esta última, confirmando la obligación de cuota patronal, al efecto de lograr reconocer las pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

El 26 de Diciembre de 1968, se expide el Decreto 3135 de ese año, por medio del cual, se preveía la integración de los sectores, público y privado, en lo afín a la seguridad social, determinando adicionalmente, el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales. En su artículo 28, derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, contempló el mismo mecanismo de repetición habilitado a favor de la entidad de previsión que tuviese a su cargo el reconocimiento de pensión de jubilación, contemplado en la Ley 4 de 1966, al ordenar:

"ARTÍCULO 28. La entidad de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación, tendrá derecho a **repetir contra los organismos no afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores**, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo." (Negrillas fuera de texto).

Podemos concluir, que la obligación de la cuota patronal, aún expedido este decreto, se entendía vigente para las entidades públicas que hubiesen afiliado a sus trabajadores a las Cajas de Previsión Social, por cuanto, como reiteramos, la posibilidad de iniciar un recobro en repetición, a prorrata de tiempo servido, indica claramente la existencia de la carga prestacional para la entidad pública, soportada en los pasivos pensionales que debería contemplar para su presupuesto.

Al año siguiente, se expide el Decreto 1848 de 1969, por medio del cual se reglamentaría el mencionado 3135 y contemplando en sus artículos 72, 75, 94 y 99, cuestiones relativas a las obligaciones para los empleadores (entidades públicas), con ocasión de la configuración de los derechos prestacionales de carácter pensional.

El artículo 72 instituyó:

"Art. 72.- Acumulación del tiempo de servicios. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación. En este caso, **el monto de**

la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta." (Negrillas fuera de texto)

Con la figura de la acumulación del tiempo de servicios, se acudió al mismo sentir de lo que se ha venido estudiando, donde, de acuerdo a la proporción de trabajo, la mesada reconocida a favor del trabajador, se hará en distribución equivalente al tiempo de servicio en cada una de las entidades donde haya estado, dejando a su cargo, las mismas cuotas parte que se habían venido manejando al respecto.

A su vez, en concordancia con lo expresado anteriormente, el artículo 75 del mismo Decreto, dispuso:

"Art. 75.- Efectividad de la pensión. 1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, **tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda**, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión. El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión." (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, del estudio sobre el articulado referido, es dable entender que allí se condensan las reglas que habrían venido rigiendo para el efecto del reconocimiento de los derechos prestacionales referidos a la pensión jubilación, pues denota la obligación de las Cajas, respecto del reconocimiento del derecho pensional de sus afiliados, así como la de las entidades empleadoras, en el sentido de aportar al pago de las pensiones reconocidas, las cuotas parte sobre las cuales estuviesen obligadas en razón al tiempo de servicio y el monto devengado y, determina nuevamente, la posibilidad de ejercer el derecho de repetición, en cabeza de las Cajas, en contra de las entidades empleadoras que hubiesen tenido la obligación de aportar y colaborar al efecto, pero se sustrajeran de la misma.

Finalmente, en relación con la constitución de los aportes necesarios para el pago y reconocimiento de la Pensión, la normatividad autorizó a las Cajas, a efectuar descuentos relativos al deducible faltante de aportes, por parte del trabajador, así:

"Art. 99.- Deduciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio."

Por último y en relación con el objeto de estudio del presente capítulo, relativo a la obligación del Llamado en Garantía a la Litis propuesta, se dirá que, la Ley 33 de 1985, en su artículo 2, estableció:

"Art. 2.- La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos."

Con lo anterior, quedó confirmada la regla general que subsistió, en relación con la potestad de repetir por el cobro de aportes, en contra de las entidades que tuvieran dicha obligación, a favor de las Cajas de Previsión creadas y que reconocieran y pagaran efectivamente el derecho pensional.

En atención a lo anterior, el artículo 11 de la Ley 33 de 1985, dispuso:

"Art. 11.- Cada una de las entidades afiliadas a una Caja de Previsión, le presentará, por cada mes calendario, una relación de los empleados oficiales por los cuales está aportando en ese mes, incluyendo el nombre y documento de identidad del empleado, el valor de su aporte patronal y personal y los demás datos que señale el reglamento que expedirá el Gobierno.
(...)"

Finalmente, se concreta así, la reiterativa obligación que se ha mostrado para el efecto de los aportes a cualquier título, por parte del empleador, en el entendido de generar pagos a favor de las Cajas de Previsión Social, con miras al reconocimiento y pago de la prestación social de pensión de jubilación.

No obstante, la ley 33 de 1985, trae una novedad, en relación con la normatividad que venía rigiendo al efecto, en el entendido de diferenciar, un valor por aporte patronal, de forma individual, por cada uno de los trabajadores que hacen parte de la nómina de la entidad, haciendo alusión, a lo que se concretaría con la expedición de la ley 100 de 1993, sobre el aporte a pensiones compartido.

Pues bien, la Responsabilidad del Llamado en garantía DIAN, no podría exigirse pago alguno sobre factores no deducibles, posteriores a la expedición de la ley 33 de 1985, pues como se demostró, la obligación previa, solo se ajustaba a cuestiones presupuestales y no de trabajadores individuales.

4.3. . PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A COBRO O RECOBRO DE APORTES.

Ahora bien, en relación con el caso, se dirá que si bien existió permanentemente la obligación por parte del empleador, de generar los aportes a las Cajas de Previsión Social, resulta lógico establecer que, la misma se encontraría vigente **únicamente durante el tiempo efectivo de vinculación**, lo cual nos lleva a identificar varios momentos en los cuales, entraría la misma a operar y a cesar.

Lo anterior, por cuanto es identificable, la obligación del empleador de generar los aportes respectivos a la Caja de Previsión correspondiente, cesa en el mismo momento en que el trabajador se desvincula, independiente del motivo a que haya lugar y que, si bien esta obligación se llevó a cabo de manera defectuosa, en relación con la posibilidad de obligarle a restablecer su actuar, habría operado el fenómeno de la prescripción, a favor del empleador y en contra de la Caja de Previsión, toda vez que, al día de hoy, no existiría una base jurídica equivalente, a efectos de poder condenar a la entidad empleadora al pago adicional alguno, toda vez que, como se reitera, la obligación cesó, con la desvinculación del trabajador.

De lo anterior se tiene, que para lograr un entendimiento conjunto, se debe realizar una discriminación de obligaciones, en el entendido, de establecer que las contenidas en la **ley 33 de 1985, hacen referencia a la base de liquidación para el valor de los aportes a cargo del empleador y el trabajador**, y las contenidas en el decreto 1045 de 1978, hacen referencia a la base de liquidación de la prestación social, que deberá tener en cuenta la entidad que reconoce el derecho (Caja Nacional de Previsión Social – Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social).

Lo anterior, con miras a que no sean confundidas las obligaciones de la DIAN y la UGPPP debido a que, no está demostrada obligación alguna por cuanto esta cesó hace más de tres años, operando el fenómeno jurídico de la prescripción, pues al terminarse el vínculo contractual con el trabajador, de contera implica la terminación de la obligación de generar aportes a favor de la Caja de Previsión respectiva.

4.4. .AUSENCIA EN LA CAUSA PARA PEDIR FRENTE A FACTORES SALARIALES QUE NO CONSTITUYEN FACTOR SALARIAL

Se plantea la presente excepción en el evento que sea condenada mí representada al pago o recobro de laguna cuota parte pensional en cuanto los factores salariales como Incentivo por desempeño grupal y nacional; bonificación por recreación; vacaciones factor salarial; sueldo de vacaciones, a saber:

Mediante sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., Agosto diecisiete (17) de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2005-03746-01(0054-09) Actor: MARIA INOCENCIA ROJAS DE CELIS Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL PENSION DE JUBILACION – Incentivo por desempeño grupal y nacional. Bonificación por recreación, dispuso que este tipo de prestación NO CONSTITUYEN SALARIO.

"...De un lado, los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, establecieron expresamente que los incentivos por desempeño grupal y nacional, **no constituyen factor salarial para ningún efecto legal**, como lo ratificó esta Corporación al decidir sobre su legalidad en providencia de 14 de febrero de 2002, expediente No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-00). De otro lado, desde la expedición del Decreto 451 de 1984, que creó la bonificación especial de recreación, así como en los sucesivos decretos que anualmente ha venido expidiendo el Gobierno Nacional con los que ha fijando las escalas de remuneración de los empleados públicos, ha venido reiterando que la citada bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal. En ese sentido no puede tenerse como factor para la liquidación de la pensión...."

Frente al tema de las vacaciones en dinero o sueldo de vacaciones o vacaciones factor salarial, no constituye factor salarial para efectos prestacionales, toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales (Concejo de Estado mediante sentencia de unificación con ponencia del Consejero Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA con radicación número: 112-09), en esos términos deberán declararse la presente excepción.

4.5.- DESCUENTOS SOBRE FACTORES PARA COTIZACIÓN.

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes mencionada, había señalado que los factores sobre los cuales se debía liquidar la prestación de jubilación correspondía a los señalados en la Ley 62 de 1985, los cuales eran taxativos, no obstante al cambiar la jurisprudencia, la sentencia de unificación dispuso la inclusión ya no de los señalados en la norma si no de todos los que constituyen salario, pero a fin de salvaguardar las finanzas públicas y el financiamiento de las prestaciones, se dispuso que sobre los factores que no se hubiere contribuido con el descuento de la respectiva cotización se efectuara al momento de reliquidarse la prestación, así lo señaló la jurisprudencia:

"...a).- De las finanzas públicas

En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho..." (negrillas ajena al texto).

Como quiera que la sentencia de unificación, ordena realizar los descuentos sobre aquellos factores salariales sobre los cuales no se hubiere efectuado cotización, y en razón a que tales descuentos corresponden al financiamiento de la pensión realizado durante toda la vida laboral del beneficiario, resulta entonces equitativo, que los descuentos no realizados sobre tales factores, se efectúen teniendo en cuenta toda la vida laboral y las cotizaciones realizadas.

Como corolario de todo lo anterior le solicito se orden el descuento en el evento que ordene la inclusión de factores salariales legales y extralegales.

4.6. FACTORES DEVENGADOS EN CUANTO A LAS DOCEAVAS PARTES.

Frente a la presente excepción tenemos que si en el evento que accediera al reconocimiento e inclusión de factores salariales para el último año de servicio, no debe perderse de vista que esta liquidación debió ordenarse y expresado en doceavas partes (1/12) y a eso va apuntalado la inconformidad, en cuanto que los factores enunciados se deben liquidar de forma mensualizada y semestralizada en algunos casos, razón por la cual se solicita se tenga en cuenta al momento de decidir en sentencia judicial.

5- PRUEBAS

Me permito acompañar con la presente certificación devengada de fecha corte 24 de septiembre de 2014.

6- ANEXOS

1. Poder para actuar con sus debidos soportes.
2. Los documentos señalados en el acápite de pruebas.

7- NOTIFICACIONES

Los recibiré en la Secretaría de este despacho o en la Subdirección de Gestión de Representación Externa ubicada en la carrera 8 No. 6-64, Sexto piso, del Edificio San Agustín de esta ciudad o en la Secretaría de su despacho.

De la señora Juez,

JUAN CARLOS BECERRA RUIZ

C. C. 79625748 de Bogotá

T. P. 87.834 del C.S.J.

Señor Juez
**JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA**
Sección Segunda
Bogotá D.C.

Radicación : 11001333501620160027700
Actor : EVARISTO HERNANDEZ GUTIERREZ
**Demandado : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL
Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION
SOCIAL -UGPP**
Medio : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
**Llamado en Garantía: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES -DIAN**

DIANA ASTRID CHAPARRO MANOSALVA con cédula de ciudadanía 51.977.057 de Bogotá, en calidad de Subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo establecido en la Resolución 000204 del 23 de Octubre de 2014 y Resolución 010836 de 09 de Diciembre de 2014, me permito manifestar que otorgo poder especial, amplio y suficiente al abogado(a) **JUAN CARLOS BECERRA RUÍZ** con cédula de ciudadanía 79.625.143 de Bogotá, tarjeta profesional 87.834 del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de representar a la NACION-U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, en el proceso de la referencia.

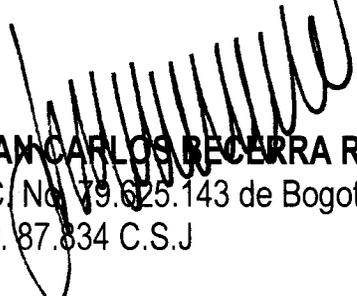
El abogado(a) queda facultado(a) para contestar demanda, solicitar pruebas, interponer recursos, presentar acciones ordinarias y extraordinarias y demás consagradas en el artículo 77 del C.G.P. para la eficaz representación de los intereses de la DIAN.

Del Despacho,



DIANA ASTRID CHAPARRO MANOSALVA
C.C. No. 51.977.057 de Bogotá

ACEPTO:



JUAN CARLOS BECERRA RUÍZ
C.C. No. 79.625.143 de Bogotá
T.P. 87.834 C.S.J



COMPARECENCIA PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE FIRMA

LA NOTARÍA SÉPTIMA DE BOGOTÁ, D.C.

Da fé que el anterior escrito dirigido a:

SEÑOR JUEZ
fue presentado personalmente por:

Diana Astrid Chabarro Manosalva
quien exhibió la C.C. No. 51.937.053

de Bogotá y T.P. No. 117
y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y que acepta el contenido del mismo

[Firma]
El Declarante
Firma



Bogotá D.C. 17 OCT 2018

NOTARIA 7a A SOLICITUD DEL INTERESADO LA NOTARIA SÉPTIMA CERTIFICA QUE LA PRESENTE HUELLA FUE IMPUESTA POR EL RECONOCIMIENTO O SOLICITANTE. 17 OCT 2018



Bv