

JURISDICCION COMPETENTE – Demanda sobre pensión de sobrevivientes de empleado público presentada antes de la vigencia de la Ley 712 de 2001 / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Competente para conocer de demanda sobre pensión de sobrevivientes de empleado público presentada antes de la vigencia de la Ley 712 de 2001 / PENSION DE SOBREVIVIENTES – Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de demanda presentada antes de la vigencia de la Ley 712 de 2001

Como el Procurador Delegado ante esta Corporación en el Concepto Fiscal, plantea la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda a fin de remitir las diligencias a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, porque a su juicio la controversia gira en torno a un asunto del Sistema de Seguridad Social conforme a la Ley 712 de 2001, debe la Sala ocuparse de este tema. Como la Ley 712 de 2001, mediante la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, fue publicada en el Diario Oficial No. 44640 de 8 de diciembre de 2001, quiere decir que su vigencia comenzó a partir del 8 de junio de 2002, y como la demanda se presentó el 16 de julio de 2001 antes de su vigencia, por tratarse de la controversia de un empleado público la Jurisdicción Competente es la Contenciosa Administrativa.

Nota de Relatoría: Se cita la Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 30 de abril de 2003, Exp. No.0581-02, Actora: Dolores María (Lola) de la Cruz de Pastrana, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Responsabilidad del pago por parte del empleador / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Responsabilidad del pago de los aportes al sistema de seguridad social

La Universidad de la Guajira insiste en la falta de legitimación por pasiva, toda vez que la acción debió dirigirse únicamente contra Porvenir S.A., ya que por la simple mora en el pago de los aportes, no se puede hacer responsable del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. La Sala no comparte tales argumentos debido a que el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, preceptúa: "(...) En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente", quiere decir que teniendo la obligación legal de que una vez efectuados los descuentos a la Seguridad Social al funcionario, procediera a pagarlos al fondo que hubiera escogido el señor Agamez Tano (q.d.e.p.) al no hacerlo no puede alegar en su favor la falta de cumplimiento de sus obligaciones. Además el artículo 22 ibídem con relación a las obligaciones del empleador, preceptúa: "(...)Será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio", así las cosas la Universidad de la Guajira debe acudir al proceso con miras a determinar su responsabilidad o no en el

reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por lo que la excepción de falta de legitimación por pasiva, no esta llamada a prosperar como lo expresó el A-quo.

PENSION DE SOBREVIVIENTES – Obligtoriedad del empleador de efectuar el pago de los aportes / PENSION DE SOBREVIVIENTES – Reconocimiento y pago por parte de empleador que no pagó oportunamente los aportes al fondo escogido por el causante

Para determinar si el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes esta a cargo tanto de la Universidad de la Guajira y como de Porvenir S.A. como lo decidió el A-quo o por el contrario a cargo de una u otra de las accionadas, es indispensable tener presente que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, establece la obligtoriedad de los empleados de efectuar las cotizaciones. Y el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, radica en cabeza del empleador la obligación de efectuar oportunamente el pago de los aportes a la entidad elegida por el funcionario. La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 1295 de 22 de junio de 1994, mediante el cual se determina la Organización y Administración General de Riesgos Profesionales, que en el artículo 16 establece que “Durante la vigencia de la relación laboral, los empleadores deberán efectuar las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Riesgos Profesionales. “ En el sub-examine la Universidad de la Guajira conforme a la certificación visible a folio 32 del expediente, y previo acuerdo de pago, el 10 de febrero de 2000 procedió a efectuar los aportes a Porvenir S.A. correspondientes a los aportes del causante por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1999, los cuales fueron pagados con posterioridad a su fallecimiento acaecido el día 19 de diciembre de 1999, quiere decir que el empleador no cumplió con la obligación de efectuar en forma oportuna los respectivos aportes al fondo –Porvenir S.A.- escogido por el causante. En ese orden de ideas como el pago se efectúo encontrándose la Universidad de la Guajira en mora y una vez ocurrido el siniestro, es decir, el fallecimiento del señor Agamez Tano, no puede pretender que por el hecho de que Porvenir no repudió el pago, sea ésta la obligada a sumir el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia, toda vez que el numeral 4° del artículo 53 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999, estable que: “(...) cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.”, es decir, que para que se refute válido el pago como exonerante del cumplimiento de la pretensión aquí demandada, el pago debió efectuarse antes de la ocurrencia del siniestro. En conclusión, las entidades acusadas deberán reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a cargo de las accionantes en representación de los hijos menores del señor Eduardo Agamez Tano, quienes no pueden verse perjudicadas por el hecho que el causante no pudo completar las semanas de cotización requeridas por la Ley para poder acceder al derecho pretendido por el incumplimiento de las obligaciones de quien fuera su nominador.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 44001-23-31-000-2001-00386-01(618-05)

Actor: ISABEL ELOINA FUENTES VARGAS Y OTROS

Demandado: UNIVERSIDAD DE LA GUAJIRA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas contra la sentencia de 19 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Isabel Eloína Fuentes Vargas, en representación de sus hijos menores Carlos Enrique, Nayibe Isabel y José Eduardo Agamez Fuentes; Ennis Policarpo Suárez Deníes en representación de su hija menor Ana Gabriela Agamez Suarez; y Maribeth Vásquez Mendoza en representación de sus hijos menores Eduardo Enrique, Tania Julieta y Andrea Paola Agamez Vásquez contra la Universidad de la Guajira y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

LA DEMANDA

La señora Isabel Eloina Fuentes Vargas en representación de sus hijos menores Carlos Enrique, Nayibe Isabel y Jose Eduardo Agamez Fuentes, pretende la

nulidad del Oficio No. 001639 de 30 de abril de 2001, suscrito por el Rector de la Universidad de la Guajira, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y el Auxilio Funerario por la muerte del señor Eduardo Agamez Tano ocurrida el 19 de diciembre de 1999.

Por su parte las señoras Ennis Policarpo Suárez Deníes en representación de su hija menor Ana Gabriela Agamez Suarez y Maribeth Vásquez Mendoza en representación de sus hijos menores Eduardo Enrique, Tania Julieta y Andrea Paola Agamez Vásquez pretenden la nulidad del Oficio No. 006169 de 18 de diciembre de 2001, suscrito por el Rector de la Universidad de la Guajira, que negó el renacimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del causante señor Eduardo Agamez Tano ocurrida el 19 de diciembre de 1999.

A título de restablecimiento del derecho las accionantes en representación de sus hijos menores, pretenden el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con base en el artículo 46, numeral 2°, literal A) de la Ley 100 de 1993; y el Auxilio Funerario de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 51 ibidem y el reajuste ordenado en la Ley 71 de 1988; y que se de cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expusieron los siguientes hechos:

El señor Eduardo Agamez Tano fue funcionario de la Universidad de la Guajira, por espacio de más de 2 años como catedrático y ocupó igualmente cargos administrativos.

Devengaba un salario mensual de \$2'386.973,00 y al momento de su fallecimiento había cotizado más de 26 semanas por concepto de pensión.

El 19 de diciembre de 1999, el señor Agamez Tano falleció como consecuencia de un accidente de tránsito, estando al servicio de la Universidad desde el inicio de dicho año, con vinculación de tiempo completo.

La señora Isabel Eloina Fuentes Vargas, es madre de los menores Carlos Enrique, Nayibe Isabel y José Eduardo Agamez Fuentes.

Porvenir, mediante Oficio No. 2733 de 2001, negó la pretensión de ley, porque no se acreditaron los requisitos mínimos legales para acceder a su reconocimiento así: *“El señor Eduardo Enrique Agamez Tano, no se encontraba efectuando aportes pensionales para el cubrimiento de los riesgos derivados de invalidez, vejez y muerte de origen común al momento de su fallecimiento; en consecuencia, se debe acreditar un número mínimo de semanas de cotización (26) dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de ocurrencia del siniestro, conforme el literal B) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión expresa del artículo 73 de la misma ley, (...)”*

El 4 de abril de 2001 la Señora Fuentes Vargas, requiere al Rector de la Universidad de la Guajira, y le pone de presente, la posición jurídica tomada por Porvenir, en el sentido de negarle la Pensión de Sobrevivientes y el Auxilio Funerario por cuanto no se acreditó el requisito de cotizar un mínimo de 26 semanas de cotización un anteriores al insuceso.

La Universidad dio respuesta mediante el oficio acusado, manifestando que al caso del señor Eduardo Agamez Tano, no le es aplicable el Decreto 1295 de 1994 que regula el Sistema General de Riesgos Profesionales, *“Por no estar cubierto los accidentes de tránsito en actividades particulares dentro de los Riesgos Profesionales que regula dicha norma; y manifiesta de la misma manera, que el señor Agamez Tano, se encontraba afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir en el momento de su fallecimiento, entidad esta que a la fecha de ocurrido el siniestro y con posterioridad a ello, no desafilió del Sistema General de Pensiones al ex funcionario, por la mora en el pago de las cotizaciones en que incurrió la Universidad, no puede eludir el deber de asumir la obligación prestacional correspondiente, después de haber—Sic- recibido los aportes por cotización del afiliado. Finalmente que dicho Fondo está obligado al pago del Auxilio Funerario de conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 51.”*

Las señoras Ennis Policarpo Suárez Denies en representación de su hija menor Ana Gabriela Agamez Suarez; y Maribeth Vásquez Mendoza en representación de

sus hijos menores Eduardo Enrique, Tania Julieta y Andrea Paola Agamez Vásquez, solicitaron a Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes los cuales manifiestan que esta no es procedente dado que: *“el señor EDUARDO AGAMEZ TANO no se encontraba efectuando aportes pensionales para el cubrimiento de los riesgos derivados de la invalidez, vejez y muerte de origen común, al momento de su fallecimiento”*; agrega además Porvenir que: *“las cotizaciones realizadas a Porvenir S.A. a nombre del señor . . ., se efectuaron con posterioridad a la fecha de su fallecimiento.”*

El 30 de noviembre de 2001 solicitaron al Rector de la Universidad de la Guajira, que se le reconociera la pensión de sobrevivientes correspondiente.

El 18 de diciembre de 2001 recibieron respuesta por parte de la Rectoría de la Universidad, negando la pretensión y estableciendo que le corresponde reconocerla a Porvenir S.A.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos, 2º, 25 y 58; Ley 4ª de 1966, artículo, 4º; Ley 100 de 1993 artículos, 46 y 73; Decreto 1295 de 1994, artículos, 3º, 4º, 7º, 12, 13, 16 y 17; C.C.A., artículo, 85. (Fls. 1-6 C.1 y 1-6 C.2)

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de la Guajira, accedió a las súplicas de la demanda (Fls. 125-130), con base en los siguientes argumentos:

La Universidad de la Guajira, propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva, fundada en que la llamada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al grupo familiar es Porvenir S.A., porque el señor Agámez Tano se encontraba afiliado a ese fondo. Sin embargo, como el empleador incurrió en una

ostensible mora en el pago de los respectivos aportes pensionales a que legalmente estaba obligado, la excepción propuesta no esta llamada a prosperar. Por su parte Porvenir S.A. propuso la excepción de inexistencia de la obligación demandada, sin embargo como esta es realmente la materia de la litis, y su examen es de fondo, no prospera el cargo. Igualmente propuso la Falta de Jurisdicción, que tampoco esta llamada a prosperar, porque en éste caso opera el fuero de atracción, según el cual, cuando se demanda en una misma acción a una persona de derecho público y otra de derecho privado, la Jurisdicción competente es la Contenciosa Administrativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 18 del artículo 23 del C.P.C.

Con relación a los expedientes acumulados, no aparece prueba alguna que demuestre que el Fondo de Cesantía y Pensiones Porvenir S.A., hubiere repudiado o rechazado el pago realizado por parte de la Universidad de la Guajira o reembolsado el valor del mismo. Tampoco se trajo por parte del mencionado Fondo prueba documental que acredite que en su oportunidad hubiere requerido al empleador para el pago de los correspondientes aportes ni informado, acerca de que la Universidad no había cumplido con esa obligación. Tampoco aparece prueba relativa a la desafiliación del empleado por falta de pago de los aportes.

Se encuentra acreditado que el afiliado cotizó más de 26 semanas al sistema, razón por la cual los miembros de los grupos familiares demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, conforme a los términos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, es decir, el equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que sólo se acreditó como tiempo de servicio el período comprendido entre el 6 de mayo al 19 de diciembre de 1999, por lo que condenó a las entidades demandadas a reconocerles y pagarles una pensión de sobreviviente compartida pero, respecto a la Universidad de la Guajira, en proporción al monto de los aportes cancelados por ésta al Fondo Porvenir S.A., post mortem, en relación con el señor Agámez Tano.

En relación al reconocimiento y pago del Auxilio Funerario pretendido, precisa que el artículo 86 de la Ley 100 de 1993, establece que la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un Auxilio Funerario equivalente al último salario base de cotización o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a 5 salarios mínimos legales mensuales, ni superior a 10.

Por tanto el referido Auxilio Funerario debe ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda. Esta pretensión se negará porque no se probó en ningún de los dos procesos acumulados, haberse realizado el pago de los gastos funerarios.

EL RECURSO

La Universidad de la Guajira y la Sociedad Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., interpusieron recurso de apelación cuya sustentación corre de folios 132 a 140.

La Universidad de la Guajira, considera que debe prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva, por cuanto la acción debió dirigirse contra Porvenir S.A.

Aduce que en el sub-examine, debe dilucidarse si la Universidad esta obligada o no por motivo de la mora en que incurrió en el pago de los aportes, a reconocer la pensión de sobrevivientes a las accionantes, teniendo en cuenta que la entidad pública violó el artículo 16 del Decreto 1295 de 1994 según el cual queda a cargo del respectivo empleador, la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales.”

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 5 de marzo de 2002, expediente 17118, M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez, sostiene que con respecto a la mora en el pago de cotizaciones a las A.R.P., la

desafiliación automática debe comunicarse, es decir, no opera de pleno derecho, y en éste caso Porvenir S.A. en ningún momento le comunicó a ellos ni al afiliado – señor Agamez Tano-, que lo había desafiliado. Y es que aún cuando la norma no contempla expresamente este procedimiento, debe entenderse inherente a su preceptiva en desarrollo de garantías constitucionales, como el derecho de legítima defensa y los principios y finalidades propias de la seguridad social como sistema y como derecho individual irrenunciable.

Lo anterior debido a que no es aceptable, verbigracia, que el afiliado conozca su desprotección ante el siniestro cuando la administradora le niegue los derecho que reclame, y lo que es peor, no se entere nunca debido a su muerte y los familiares derechohabientes se vean en una situación de desamparo.

Además en la relación fáctica de la demanda, se tiene que la accionada, tenía afiliado al señor Agamez Tano (q.d.e.p.) en pensiones y cesantías en la Administradora Porvenir S.A., que si bien es cierto incurrió en mora en el pago de sus aportes, suscribió un acuerdo de pago con la Administradora de Riesgos Profesionales; incluso reconociéndoles intereses de mora, acuerdo este que se cumplió a cabalidad y mas adelante agrega: *“Importa considerar que si las administradoras siguen prescribiendo cotizaciones una vez detectada la mora o no las devuelven en un plazo prudencial, enterando debidamente a los interesados de la decisión de acogerse a la desafiliación automática, es dable presumir que prefirieron sanear la situación y dejar vigente la afiliación”,* sin perjuicio de las acciones de cobros en los términos del artículo 23 del Decreto 1295 de 1994.

La Sociedad Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., insiste en la Falta de Jurisdicción y que no esta llamada a responder por las pretensiones de la demanda.

Considera que en oficio No. 2733 sustentó su posición respecto a la solicitud pensional formulada por las accionantes, a raíz del fallecimiento del señor Eduardo Enrique Agamez Tano, en el que expresó las siguientes razones:

“(...) el señor (...) no se encontraba efectuando aportes pensionales para el cubrimiento de los riesgos derivados de invalidez, vejez y muerte de origen común al momento de su fallecimiento, en consecuencia se debe acreditar un número mínimo de semanas cotizadas (26) dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de ocurrencia del siniestro conforme el literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión expresa del artículo 73 de la misma Ley (...).

En el caso en estudio, no se acreditaron el número mínimo de 26 semanas de cotización a que nos hemos referido, durante el año comprendido entre el 19 de diciembre de 1998 y el 19 de diciembre de 1999 (fecha del siniestro), razón por la cual esta Sociedad Administradora rechaza su solicitud pensional y el auxilio funerario.

Al respecto resulta improcedente hacer claridad en el sentido de que las cotizaciones realizadas a PORVENIR S.A. a nombre del señor EDUARDO ENRIQUE AGAMEZ TANO, se efectuaron con posterioridad a la fecha de su fallecimiento, por tal motivo dichos períodos de cotización no se pueden tener en cuenta para efectos de validez el requisito legal de las 26 semanas de cotización pues el literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que éstas deben acreditarse con anterioridad a la fecha del fallecimiento. (...)

Además el artículo 39 del Decreto 1406 de 1999, establece claramente las consecuencias derivadas del incumplimiento en el pago de los aportes a la seguridad social, en el sentido de señalar que la responsabilidad es exclusiva del aportante, en este caso de la Universidad de la Guajira, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 30 de agosto de 1994, expediente 13818 y 29 de junio de 2001, expediente 15660.

CONCETO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, en concepto que corre de folios 165 a 171, solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 97 del C.P.C. y en su lugar, remitir el proceso al Juez Laboral del Circuito de Riohacha-Guajira.

Lo anterior debido a que el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001 por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, atribuyó el conocimiento de los asuntos de Seguridad Social a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, su tenor literal es el siguiente: *“la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral, que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.”*

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, ha sentado y ratificado la tesis de que los asuntos atinentes al régimen de transición pensional de los empleados públicos, siguen siendo de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Empero, como en este caso no se trata de esa figura, sino de una controversia típica de la Seguridad Social Integral regulada por la Ley 100 de 1993, la competencia es de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Considera que debe dársele aplicación al inciso cuarto del artículo 143 del C.C.A., que preceptúa: *“En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación o juzgado que ordena la remisión.”*

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si las demandantes tienen derecho a que la Universidad de la Guajira y Porvenir S.A., les reconozcan y paguen la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento del señor Eduardo Enrique Agamez Tano.

ACTOS ACUSADOS

Oficio No. 001639 de 30 de abril de 2001, suscrito por el Rector de la Universidad de la Guajira, que negó la pensión de sobreviviente y el auxilio funerario, a la señora Isabel Eloina Fuentes Vargas, al considerar:

“(…) La muerte del señor EDUARDO AGAMEZ TANO, ex funcionario de esta entidad, no fue a consecuencia de un accidente de trabajo, sino como usted lo afirma en su escrito, por un accidente de tránsito, en actividades diferentes a las desempeñadas en esta Universidad, por lo tanto no es aplicable a este caso, el Decreto 1295 de 1994, que regula el sistema general de Riesgos Profesionales, por no estar cubierto los accidentes de tránsito en actividades particulares, dentro de los riesgos profesionales que regula dicha norma.

Al momento de su fallecimiento el señor EDUARDO AGAMEZ TANO se encontraba afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., entidad esta que a la fecha, de ocurrido el siniestro y con posterioridad a ello no desafilió del Sistema General de Pensiones al ex funcionario, por la mora en el pago de las cotizaciones en que incurrió la Universidad, no puede eludir el deber de asumir la Obligación Prestacional correspondiente, después de haber recibido los aportes por cotización del afiliado.” (Fl. 15)

Oficio No. 006169 de 18 de diciembre de 2001, suscrito por el Rector de la Universidad de la Guajira, mediante el cual negó la pensión de sobreviviente a las señoras Maribeth Vasquez Mendoza y Enith Suárez Danies, con las consideraciones anteriores. (Fl. 197 C.2)

LO PROBADO EN EL PROCESO

Con la documental obrante a folio 30 quedó acreditado el fallecimiento del señor Eduardo Enrique Agamez Tano, ocurrido el día 19 de diciembre de 1999.

En la Certificación, expedida por la Oficina de Recursos Humanos, consta que el señor Agamez Tano, al momento de su fallecimiento prestaba sus servicios a la Universidad de la Guajira, como Docente de Tiempo Completo, desde el 6 de mayo hasta el 19 de diciembre de 1999. (Fl. 16)

Las señoras Isabel Eloina Fuentes¹, Enith Policarpa Suárez Danies², y Maribeth Vásquez Mendoza³, aportaron los registros civiles de nacimiento de sus hijos con el fin de demostrar su parentesco con el causante, señor Eduardo Enrique Agamez Tano. (Fls. 8-10 C.1 y 11-13 C.2)

Porvenir S.A., mediante Oficio No. 2733, niega la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, al considerar que la Universidad de la Guajira no había efectuado los aportes correspondientes al Señor Agamez Tano al momento de su fallecimiento, al respecto argumentó:

“(…) 1º El señor Eduardo Enrique Agamez Tano no se encontraba efectuando aportes pensionales para el cubrimiento de los riesgos derivados de invalidez, vejez y muerte de origen común, al momento de su fallecimiento, en consecuencia se debe acreditar un número mínimo de semanas de cotización (26) dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de ocurrencia del siniestro conforme el literal (sic) b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión expresa del artículo 73 de la misma Ley (…)

En el caso en estudio, no se acreditan el número mínimo de 26 semanas de cotización a que nos hemos referido, durante el año comprendido entre el 19 de diciembre de 1998 y el 19 de diciembre de 1999 (fecha el siniestro), razón por la cual esta Sociedad Administradora rechaza su solicitud pensional y el Auxilio Funerario.

Al respecto resulta importante hacer claridad en el sentido de que las cotizaciones realizadas a Porvenir S.A. a nombre del señor Eduardo Enrique Agamez Tano, se efectuaron con posterioridad a la fecha de su fallecimiento, por tal motivo dichos períodos de

¹ Madre de Carlos Enrique Agamez Fuentes, nacido el 3 de noviembre de 1982 Nayibe Isabel Agamez Fuentes, nacida el 21 de septiembre de 1984 y José Eduardo Agamez Fuentes, nacido el 24 de abril de 1988. (Fls. 8-10)

² Madre de Ana Gabriela Agamez Suárez, nacida el 22 de junio de 1991. (Fl. 11 C.2)

³ Madre de Andrea Paola Agamez fuentes, nacida el 15 de enero de 1998 y Eduardo Enrique Agamez Fuentes, nacido el 22 de marzo de 1991. (Fls. 11-12 C.2)

cotizaciones no se pueden tener en cuenta para efectos de validez el requisito legal de las 26 semanas de cotización pues el literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que estas deben acreditarse con anterioridad a la fecha del fallecimiento. (...)” (Fls. 13-14)

La Tesorera de la Universidad de la Guajira, mediante certificación de 30 de octubre de 2001 (Fl. 32), hace constar que los aportes correspondientes a pensión del señor EDUARDO ENRIQUE AGAMEZ TANO (Q.D.E.P.), fueron girados al Fondo de Pensiones y Cesantías en las siguientes fechas:

FECHA	MES APORTE	BANCO	No. CTA. BANCO	No. CHEQUE
09-22-00	Mayo 1999	Popular	405-01007-5	5022
06-06-00	Junio 1999	Bogotá	530-04542-6	2840
04-29-00	Julio 1999	Popular	405-01007-5	8683
04-29-00	Agosto 1999	Popular	405-01007-5	8683
03-15-00	Septiembre 1999	Popular	405-01007-5	9897
03-14-00	Octubre 1999	Popular	405-01007-5	9897
02-10-00	Noviembre 1999	Popular	405-01007-5	2433
02-10-00	Diciembre 1999	Popular	405-01007-5	2433

ANALISIS DE LA SALA

Jurisdicción Competente.

Como el Procurador Delegado ante esta Corporación en el Concepto Fiscal, plantea la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda a fin de remitir las diligencias a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, porque a su juicio la controversia gira en torno a un asunto del Sistema de Seguridad Social conforme a la Ley 712 de 2001, debe la Sala ocuparse de este tema, en el siguiente orden:

La Ley 712 de 2001, mediante la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, estableció en el artículo 54 que:

“La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su publicación. En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas

decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o comenzó a surtir la notificación” (Se resalta)

Como esta normatividad fue publicada en el Diario Oficial No. 44640 de 8 de diciembre de 2001, quiere decir que su vigencia comenzó a partir del 8 de junio de 2002, y como la demanda se presentó el 16 de julio de 2001 (Fl. 6 Vto.) antes de su vigencia, por tratarse de la controversia de un empleado público la Jurisdicción Competente es la Contenciosa Administrativa.

Al respecto esta Sección, en sentencia de 30 de abril de 2003, Exp. No.0581-02, Actora: Dolores María (Lola) de la Cruz de Pastrana, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, expresó:

“DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (...)”

Según las voces del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 362 de 1997, la Jurisdicción Laboral es la competente para conocer de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados.

La ley 712 de 2001 modificó, entre otros, el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y en su artículo 1 dispuso que en adelante el Código Procesal del Trabajo se denominará Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, agregando que los asuntos de que conoce la jurisdicción ordinaria, “en sus especialidades laboral y de la seguridad social”, se tramitarán de conformidad con el presente código, atribuyéndole en el numeral 4 el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten.

En estas condiciones a la jurisdicción ordinaria laboral le fue asignado el conocimiento de los asuntos relacionados con el sistema de seguridad

social integral, en los términos señalados en el numeral 4, del artículo 2, de la ley 712 de 2001.

Los conflictos relacionados con los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 no fueron asignados por el legislador a la justicia ordinaria laboral, “por tratarse de regímenes patronales de pensiones o prestaciones que no constituyen un conjunto institucional armónico ya que los derechos allí regulados no tienen su fuente en cotizaciones ni en la solidaridad social, ni acatan las exigencias técnicas que informan el sistema de seguridad social integral.”, como lo expresó la Sentencia C-1027 de 27 de noviembre de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

Además de este régimen exceptivo expreso, en criterio de la Sala, también deben excluirse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes de transición previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que tampoco hacen parte del sistema de seguridad social integral por referirse a la aplicación de normas anteriores a su creación.

En la sentencia aludida, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4° del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, la Corte Constitucional en cuanto a los regímenes de transición dijo:

“Todo lo dicho también es aplicable a los regímenes especiales que surgen de la aplicación de la normatividad de transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a pesar de la uniformidad normativa que intentó ese ordenamiento, dejó a salvo para efectos de edad, tiempo de servicios, de cotizaciones y monto de la pensión, los estatutos legales o reglamentarios de quienes al momento de la vigencia de la ley tenían más de 35 años de edad (mujeres) o más de 40 (hombres) o más de 15 años de servicios. Para esos afiliados, si bien el ingreso base de liquidación se sujetó a la nueva ley, no se aplica a plenitud el sistema de seguridad social integral, sino la normativa especial anterior en el evento de que resultare más favorable al afiliado o beneficiario del sistema general de pensiones. Al no tratarse en rigor de pensiones del sistema de seguridad social integral, no existe impedimento constitucional alguno para que la competencia se mantenga incólume como venía antes de la expedición de la Ley 712, por las razones explicadas en precedencia. (...).”

Dilucidadas las dudas planteadas por el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, respecto a la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para conocer de la controversia aquí planteada, la Sala estudiará las excepciones planteadas en primera instancia y decididas por el A-quo.

La Universidad de la Guajira insiste en la falta de legitimación por pasiva, toda vez que la acción debió dirigirse únicamente contra Porvenir S.A., ya que por la simple mora en el pago de los aportes, no se puede hacer responsable del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. La Sala no comparte tales argumentos debido a que el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, preceptúa: “(...) *En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente*”, quiere decir que teniendo la obligación legal de que una vez efectuados los descuentos a la Seguridad Social al funcionario, procediera a pagarlos al fondo que hubiera escogido el señor Agamez Tano (q.d.e.p.) al no hacerlo no puede alegar en su favor la falta de cumplimiento de sus obligaciones.

Además el artículo 22 ibídem con relación a las obligaciones del empleador, preceptúa: “(...) *Será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio*”, así las cosas la Universidad de la Guajira debe acudir al proceso con miras a determinar su responsabilidad o no en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por lo que la excepción de falta de legitimación por pasiva, no esta llamada a prosperar como lo expresó el A-quo.

Por su parte Porvenir S.A. considera que la excepción de Falta de Jurisdicción debió de prosperar por tratarse de un funcionario público afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social; no obstante como lo expresó el A-quo, al encontrarse vinculada la Universidad de la Guajira, debe darse aplicación al fuero

de atracción y como quedó establecido, la Ley 712 de 2001 a la fecha de presentación de la demanda aún no había comenzado a regir, razón por la cual la excepción planteada no puede prosperar.

Finalmente para determinar si el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes esta a cargo tanto de la Universidad de la Guajira y como de Porvenir S.A. como lo decidió el A-quo o por el contrario a cargo de una u otra de las accionadas, es indispensable tener presente que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993⁴, establece la obligatoriedad de los empleados de efectuar las cotizaciones con el siguiente tenor literal:

“Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.

Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad. “

Y el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, radica en cabeza del empleador la obligación de efectuar oportunamente el pago de los aportes a la entidad elegida por el funcionario, en los siguientes términos:

⁴ Modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, establece la obligatoriedad de los empleados de efectuar las cotizaciones así: “El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.”⁴ (Lo subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-760-04 de 10 de agosto de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes)

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. (...)”

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

La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 1295 de 22 de junio de 1994, mediante el cual se determina la Organización y Administración General de Riesgos Profesionales, que en el artículo 16 establece:

“Durante la vigencia de la relación laboral, los empleadores deberán efectuar las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Riesgos Profesionales. “

En el sub-examine la Universidad de la Guajira conforme a la certificación visible a folio 32 del expediente, y previo acuerdo de pago, el 10 de febrero de 2000 procedió a efectuar los aportes a Porvenir S.A. correspondientes a los aportes del causante por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1999, los cuales fueron pagados con posterioridad a su fallecimiento acaecido el día 19 de diciembre de 1999 (Fl. 30), quiere decir que el empleador no cumplió con la obligación de efectuar en forma oportuna los respectivos aportes al fondo – Porvenir S.A.- escogido por el causante.

En ese orden de ideas como el pago se efectuó encontrándose la Universidad de la Guajira en mora y una vez ocurrido el siniestro, es decir, el fallecimiento del señor Agamez Tano, no puede pretender que por el hecho de que Porvenir no repudió el pago, sea ésta la obligada a sumir el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia, toda vez que el numeral 4° del artículo 53 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999, establece que: “(...) cuando el período declarado corresponda a

obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.”, es decir, que para que se refute válido el pago como exonerante del cumplimiento de la pretensión aquí demandada, el pago debió efectuarse antes de la ocurrencia del siniestro.

En conclusión, las entidades acusadas deberán reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a cargo de las accionantes en representación de los hijos menores del señor Eduardo Agamez Tano, quienes no pueden verse perjudicadas por el hecho que el causante no pudo completar las semanas de cotización requeridas por la Ley para poder acceder al derecho pretendido por el incumplimiento de las obligaciones de quien fuera su nominador.

En consecuencia, la providencia impugnada que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda amerita ser confirmada, atendiendo las razones expuestas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 19 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Isabel Eloína Fuentes Vargas, en representación de sus hijos menores Carlos Enrique, Nayibe Isabel y Jose Eduardo Agamez Fuentes; Ennis Policarpo Suárez Deníes en representación de su hija menor Ana Gabriela Agamez Suarez; y Maribeth Vásquez Mendoza en representación de sus hijos

menores Eduardo Enrique, Tania Julieta y Andrea Paola Agamez Vásquez contra la Universidad de la Guajira y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

MA/JS