



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-35-028-2018-00420-00
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones-
Colpensiones¹
Demandado: Marco Aurelio Díaz González²
Tercero con interés: Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías
Protección S.A.³
Llamado en garantía: Seguros Bolívar⁴
Controversia: Lesividad reconocimiento pensional.

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42⁵ de la Ley 2080 de 2021⁶ por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011⁷, dentro del proceso promovido por la demandante **Administradora Colombiana de Pensiones**, por intermedio de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la modalidad denominada lesividad.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones⁸

La parte demandante, solicita:

“(…) **PRETENSIONES**

1. *Que se declare la nulidad de la Resolución SUB 48044 del 26 de febrero de 2018, esta entidad en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, del 31 de*

¹ Paniaguabogotal@gmail.com paniaguasupervisor1@gmail.com

² mmaaddgg@gmail.com

³ Franciscocortes.ca.abogados@gmail.com accioneslegales@proteccion.com.co

⁴ notificaciones@segurosbolivar.com hmedina@mypabogados.com.co

gcajamarca@mypabogados.com.co nhoyos@mypabogado.com

coasistentelegal@mypabogados.com litigios@medinaabogados.com

⁵ "Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (...)"

⁶ Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

⁷ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ Folios 1 y 2 del archivo #2 de la carpeta #01 expediente digitalizado

enero de 2018, reconoce y ordenar el pago de una pensión de invalidez a favor del señor DIAZ GONZALEZ MARCO AURELIO, en cuantía inicial de \$781,242 efectiva a partir del 01 de Marzo de 2018, con fecha de status del 10 de diciembre de 2010, aplicando un IBL de \$601.293. Prestación ingresada en nómina de pensionados en el periodo 201803 que se paga en el periodo 201804 en a central de pagos del banco de occidente de Bogotá.

2. *A título de restablecimiento del derecho:*

2.1 *Se declare que COLPENSIONES no es la entidad competente para reconocer la pensión de invalidez a favor del señor **DIAZ GONZALEZ MARCO AURELIO**.*

2.2 *Se ordene al señor **DIAZ GONZALEZ MARCO AURELIO**, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, la devolución de lo pagado por el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados de la **SUB 48044 del 26 de febrero de 2018**, hasta que se ordene la suspensión provisional o se declare su nulidad y los valores producto del reconocimiento ordenado anteriormente.*

3. *Las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, deberán ser indexadas o reconocer los intereses a que haya lugar, según el caso, con la finalidad de no causar un detrimento patrimonial a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. (...)*

2. Hechos⁹

Señala el apoderado de la entidad, que el demandado Marco Aurelio Díaz González nació el 15 de agosto de 1974 presentando afiliación a Colpensiones el 10 de febrero de 2016 y el 24 de febrero de 2016.

Aduce que el señor Díaz González se encontraba afiliado con anterioridad a la AFP Protección entre el 30 de agosto de 2007 y el 1º de abril de 2016.

Indica que el demandado tiene una fecha de estructuración de invalidez del 10 de diciembre de 2010, momento para el cual se encontraba afiliado a la AFP Protección, razón por la cual mediante la Resolución GNR 252042 de 28 de agosto de 2016 Colpensiones negó el reconocimiento de una pensión de invalidez señalando que la competencia para ello recaía en la AFP en la cual se encontraba afiliado al momento de estructurarse su invalidez, decisión que fue confirmada mediante la Resolución GNR 308572 de 18 de octubre de 2016.

Señala que el demandado solicitó el 18 de noviembre de 2016 el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, solicitud que fue negada por la entidad demandante mediante la Resolución GNR 354170 de 23 de noviembre de 2016.

Aduce que mediante fallo de tutela del 14 de diciembre de 2017 proferido por el Juzgado Civil 59 municipal de Bogotá se ampararon los derechos fundamentales del Señor Marco Antonio Díaz González y ordenó a la A.F.P. Protección dar respuesta a una petición relacionada con el reconocimiento pensional, dicha sentencia fue impugnada, y el Juzgado 40 Civil del Circuito modificó el fallo de

⁹ Folios 4 a 8 del archivo #3 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado.

primera instancia, desvinculó a la A.F.P. Protección y ordenó a Colpensiones que una vez resuelta la inconformidad presentada por la mencionada A.F.P., procediera a reconocer los pagos a que tuviera derecho el accionante.

En virtud de lo anterior, señala que mediante la Resolución SUB 48044 de 26 de febrero de 2018, reconoció al Señor Marco Antonio Díaz González, una pensión de invalidez a partir del 1° de marzo de 2018, con fecha de status del 10 de diciembre de 2010.

Destaca que mediante la Resolución SUB 109126 de 23 de abril de 2018 la entidad demandante declaró improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución SUB 48044 de 26 de febrero de 2018.

Indica que mediante dictamen de calificación de invalidez del 25 de abril de 2018 le fue calificada la pérdida de la capacidad laboral del demandado en un 60.89% con fecha de estructuración del 10 de diciembre de 2010.

Arguye que el señor Díaz González interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución SUB 48044 de 26 de febrero de 2018, los cuales fueron resueltos por la entidad demandante mediante la Resolución SUB 199218 de 26 de julio de 2018, en el sentido de declarar improcedentes los recursos y negar el pago del retroactivo pensional.

3. Normas violadas y concepto de violación¹⁰

En la demanda se citan como infringidas con la expedición de los actos administrativos objeto de control judicial, las siguientes disposiciones jurídicas:

- Constitución Política de Colombia
- Ley 100 de 1993
- Ley 860 de 2003
- Ley 489 de 1998

Señala que el acto cuya nulidad solicita es contrario al ordenamiento jurídico y lesivo para el erario, comoquiera que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el Decreto 758 de 1990, la Ley 100 de 1993, el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el fondo de pensiones competente para asumir el pago de la pensión de invalidez es aquel en el cual ocurrió el siniestro, es decir, en la fecha de estructuración de la invalidez.

Indica que se vulnera la Ley 489 de 1998 comoquiera que las autoridades administrativas deben actuar en el ámbito de sus potestades y atribuciones, por tanto, al no tener la entidad demandante la competencia para expedir el acto administrativo se genera una actuación viciada.

Por lo anterior, considera la entidad demandante que cometió un error al reconocer una pensión de invalidez al demandado por cuanto al momento en que tuvo lugar la estructuración de la invalidez se encontraba afiliado a la AFP

¹⁰ Folios 8 a 17 del archivo #3 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado

Protección, dado que su traslado a Colpensiones únicamente se hizo efectivo hasta el 1° de abril de 2016.

4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante el auto proferido el 10 de diciembre de 2018¹¹, y se dispuso la notificación personal del Señor Marco Aurelio Díaz González, la A.F.P. Protección S.A., el agente del Ministerio Público asignado al Despacho y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, actuación que se llevó a cabo el 9 de abril de 2019.

Así mismo, en auto de la misma fecha se corrió traslado por el término de 5 días a la parte demandada de la solicitud de medida cautelar.

Mediante memorial remitido el 11 de junio de 2019¹², el demandado contestó la demanda.

Así mismo, mediante memorial del 8 de julio de 2019¹³, la A.F.P. Protección contestó la demanda, y, en escrito separado radicó solicitud de llamamiento en garantía respecto de la Compañía de Seguros Bolívar¹⁴.

Mediante el auto proferido el 22 de noviembre de 2019¹⁵, declaró la falta de jurisdicción y competencia para conocer del asunto y ordenó su remisión a los juzgados laborales del circuito de Bogotá.

Contra la decisión anterior, la entidad demandante interpuso recurso de reposición¹⁶, el cual fue desatado favorablemente mediante el auto proferido el 6 de agosto de 2020¹⁷, providencia en la cual se admitió el llamamiento en garantía solicitado por la A.F.P. Protección, la notificación del llamado en garantía se realizó el 17 de septiembre de 2021.

Así mismo la medida cautelar fue negada mediante el auto proferido el 6 de agosto de 2020¹⁸.

Mediante el auto proferido el 27 de noviembre de 2020¹⁹, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la entidad contra el auto que negó la medida cautelar.

Mediante memorial radicado el 12 de octubre de 2021²⁰, la Compañía de Seguros Bolívar S.A., contestó la demanda y formuló excepciones previas²¹.

¹¹ Folios 6 a 9 del archivo #4 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado

¹² Folios 10 a 17 del del archivo #5 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado y 1 a 2 del archivo #6 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado.

¹³ Folios 10 a 17 del archivo #13 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado y 1 a 6 del archivo #14 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado.

¹⁴ Folios 13 a 16 del archivo #15 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

¹⁵ Folios 13 a 17 del archivo #17 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado y 1 a 6 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

¹⁶ Folios 7 a 10 del archivo #18 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado.

¹⁷ Folios 16 a 17 del archivo #18 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado y 1 a 5 del archivo #19 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

¹⁸ Folios 2 a 8 del documento #4 de la Carpeta 0 del expediente digitalizado.

¹⁹ Folios 14 a 16 del documento #4 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

²⁰ Folios 2 a 11 del archivo #21 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

²¹ Folios 4 a 6 del archivo #25 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

Mediante auto proferido el 2 de junio de 2022²², el Despacho ordenó librar oficio con destino al Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá para que remitiera copia del expediente identificado con el número único de radicación 11001310501920180050500, el cual fue aportado el 12 de septiembre de 2022²³.

5. Contestaciones de la demanda

5.1 Marco Aurelio Díaz González²⁴

El demandado Marco Aurelio Díaz González dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, señalando que de conformidad con lo establecido en el artículo 164 del C.P.A.C.A, no hay lugar a efectuar devoluciones de dineros por concepto de prestaciones pagados a particulares de buena fe.

Destaca que la entidad demandante no le dio la oportunidad al demandado de defenderse desconociendo lo establecido en los artículos 48 y 53 de la Constitución, así mismo destaca que existe abundante jurisprudencia que establece la protección que se debe dar al principio de confianza legítima en el cual está amparado el demandante.

Así mismo, propone las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

5.2 A.F. P Protección²⁵

La A.F.P. Protección contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, el traslado de entidad administradora de pensiones produjo efectos a partir del 1° de abril de 2016, momento para el cual cobró eficacia el traslado a COLPENSIONES.

De igual forma, aduce que el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por Colpensiones, no le es oponible comoquiera que no fue notificado omitiendo lo previsto en el Decreto 2463 de 2001 lo cual no le permitió controvertirlo, no obstante, destaca que atendiendo a que el demandado continuó realizando cotizaciones con posterioridad, la fecha de invalidez no puede ser la establecida en el año 2010, para lo cual trae a colación sentencias de la Corte Constitucional.

Destaca que le corresponde a la entidad probar la existencia de mala fe para la devolución de sumas pagadas al demandado.

Así mismo propone las excepciones denominadas, falta de competencia del Juez Administrativo para determinar la existencia del derecho a la pensión reclamada

²² Folios 12 a 14 del archivo #26 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

²³ Carpeta # 3 del expediente digitalizado.

²⁴ Folios 10 a 17 del del archivo #5 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado y 1 a 2 del archivo #6 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado

²⁵ Folios 10 a 17 del archivo #13 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado y 1 a 6 del archivo #14 de la Carpeta # 01 del expediente digitalizado

en cabeza de protección, falta de jurisdicción y competencia, buena fe exenta de culpa e inexistencia de la obligación de reintegrar el monto de las mesadas pensionales recibidas por el demandado, inexistencia de la obligación de reembolso indexado y/o de pago de intereses de mora, prescripción, compensación, responsabilidad de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión por afiliación válida al momento de dictarse el dictamen de pérdida de capacidad laboral, inoponibilidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral, error en la determinación de la fecha de estructuración de invalidez y la innominada o genérica.

5.3 Seguros Bolívar S.A.²⁶

El llamado en garantía de la A.F.P Protección S.A., contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones esbozadas, señalando que los jueces administrativos no son competentes para resolver controversias relativas a la prestación de servicios de la seguridad social que susciten entre afiliados y las entidades administradoras y así mismo, por cuanto considera que el dictamen sobre el que se fundamenta el medio de control no es oponible por no estar en firme y no haberse surtido el trámite correspondiente.

Así mismo, propone las excepciones de mérito denominadas falta de jurisdicción de los jueces administrativos, cosa juzgada, falta de notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral e inoponibilidad del mismo, garantía del derecho al debido proceso en el trámite de la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, inexistencia de cobertura de la Póliza Previsional y prescripción.

6. Fijación del litigio, decreto de pruebas y traslado para alegar de conclusión

Mediante el auto proferido el 3 de noviembre de 2022²⁷, en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 A numeral 1° de la Ley 1437 de 2011 modificada por la Ley 2080 de 2021, el Despacho procedió a resolver las excepciones de falta de jurisdicción y competencia y cosa juzgada, propuestas por la A.F.P. Protección y Seguros Bolívar, fijó el litigio y se pronunció sobre las pruebas negando la práctica de un dictamen pericial y su contradicción.

Contra el auto anterior, Seguros Bolívar S.A.²⁸ interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación., en lo referente a las pruebas y las excepciones.

Una vez fijado en lista, mediante el auto proferido el 16 de febrero de 2023²⁹, se resolvió no reponer el auto acusado, rechazar por improcedente el recurso de apelación interpuesto frente a la decisión de excepciones previas, y concedió el recurso de apelación interpuesto frente a la decisión de negar la práctica de un dictamen pericial y su contradicción en el efecto devolutivo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así mismo, se ordenó a la Secretaría del Despacho que diera cumplimiento al decreto de pruebas documentales ordenadas en el auto del 3 de noviembre de 2022.

²⁶ Folios 2 a 11 del archivo #21 de la Carpeta #01 del expediente digitalizado

²⁷ Documento #5 del expediente digitalizado.

²⁸ Documento #6 del expediente digitalizado.

²⁹ Documento #12 del expediente digitalizado.

Aportadas las documentales, mediante el auto proferido el 9 de marzo de 2023³⁰, se incorporaron las pruebas allegadas y se corrió traslado a las partes para que allegaran los alegatos de conclusión.

6.1. Parte accionante

Mediante escrito radicado el 31 de marzo de 2023³¹, la Administradora Colombiana de Pensiones, actuando por intermedio de apoderada, presentó sus alegatos de conclusión, ratificándose en las pretensiones y argumentos expuestos en el escrito de demanda, reafirmando que no es competente para reconocer la pensión de invalidez del al señor Marco Aurelio Díaz González, atendiendo a que la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es, el 10 de diciembre de 2010, el demandado estaba afiliado a la A.F.P Protección, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2 Marco Aurelio Díaz González

No presentó alegatos de conclusión.

6.3 A.F.P. PROTECCIÓN³²

Mediante correo electrónico del 15 de marzo de 2023, la A.F.P Protección presentó sus alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda, destacando que existe cosa juzgada material con ocasión de la sentencia de acción de tutela proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito y el proceso ordinario laboral adelantado ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá en el cual fue condenada Colpensiones al pago de la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de invalidez.

Ahora bien, señala que, de no acogerse el argumento de la cosa juzgada material, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la respuesta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, resulta claro que el dictamen no fue notificado a Protección vulnerándose su debido proceso y omitiendo lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Decreto 1352 de 2013.

No obstante, destaca que la fecha de estructuración de invalidez determinada por la Junta es errada comoquiera que el demandante seguía trabajando y cotizando para la fecha del dictamen atendiendo a su capacidad laboral residual, la cual debe tenerse en cuenta de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

6.4 Seguros Bolívar S.A.³³

Mediante escrito del 30 de marzo de 2023, la Compañía de Seguros Bolívar S.A., en su condición de llamado en garantía de la A.F.P Protección, allegó sus alegatos de

³⁰ Documento #18 del expediente digitalizado.

³¹ Documento #23 del expediente digitalizado.

³² Documento #19 del expediente digitalizado.

³³ Documento #22 del expediente digitalizado.

conclusión, señalando que existe una clara y evidente cosa juzgada, comoquiera que un Juez Constitucional ordenó que Colpensiones reconociera la pensión hoy discutida de forma definitiva, indica que los jueces administrativos no tienen competencia para resolver controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre afiliados y las entidades administrativas, indica que el dictamen sobre el que se fundamentan los hechos de la lesividad no es oponible a Seguros Bolívar S.A., destacando que aun cuando se tuviera en cuenta el dictamen, igualmente el competente es Colpensiones por cuanto esta fue la última entidad a la que estuvo afiliado.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en el auto proferido el 3 de noviembre de 2022, el problema jurídico de este proceso se contrae a determinar si es procedente declarar la nulidad de la Resolución SUB 48044 de 26 de febrero de 2018 por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció una pensión de invalidez al señor Marco Aurelio Díaz González, y en consecuencia, determinar si es procedente declarar que la entidad demandante no es la obligada a reconocer la prestación y si el demandado debe reintegrar los valores pagados producto del reconocimiento de la prestación señalada.

2.. Marco legal

2.1 Pensión de invalidez en el régimen general

En ese sentido, la Ley 100 de 1993³⁴ actualmente vigente, instituyó el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo propósito es la protección de las contingencias que puedan afectar al conglomerado social, dentro del marco del principio de la dignidad humana.

El Capítulo III del Título II de esa norma regula lo concerniente a la pensión de invalidez por riesgo común, que implica la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% por una causa de origen no profesional³⁵.

De esta manera, en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, respecto del estado de invalidez, señala: *“Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”*

Ahora bien, respecto de los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, establece lo siguiente:

³⁴ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial 41.148 el 23 de diciembre de 1993.

³⁵ Artículo 38.

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860. 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. (...)*

2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma (...)*”

Y el inciso final del artículo 40 señala que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de la parte interesada y se pagará con retroactividad a la fecha en que se produzca tal estado.

Por su parte, el Decreto 1507 de 2014 definió la fecha de estructuración de la invalidez de la siguiente manera:

“(...) Artículo 3°. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:
(...)

Fecha de estructuración: *Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.*

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral. (...)”

2.3 Efectos de la afiliación y traslado de régimen respecto de la determinación del reconocimiento importancia de la fecha de estructuración de la invalidez

Respecto de la afiliación el artículo 14 del Decreto 692 de 1994 “*Por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993*” estableció lo siguiente:

“(...) Artículo 14. Efectos de la afiliación. *La afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el diligenciamiento del respectivo formulario.*

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la administradora que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la pensión o prestación correspondiente. (...)”

Por su parte el artículo 15 del mencionado decreto dispuso respecto del traslado de régimen pensional:

“(...) Artículo 15. Traslado de régimen pensional. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

- a) Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales. La expedición de los bonos se regirá por lo dispuesto en el artículo 18 del presente Decreto y la reglamentación que al efecto se expida en uso de las facultades extraordinarias de que trata el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993;*
- b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado. (...)”*

Por su parte el artículo 41 Decreto 1409 de 1999³⁶, hoy compilado en el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016³⁷, establece:

“(...) Artículo 3.2.1.12. Traslado entre entidades administradoras. El traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema.

En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

En el Sistema de Seguridad Social en Salud, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la nueva Entidad Promotora de Salud.

En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la antigua administradora de la cual este se trasladó, con excepción de los trabajadores independientes, que deberán aportar a la nueva administradora de pensiones.

Para los efectos del presente artículo, se entenderá por traslado efectivo el momento a partir del cual el afiliado queda cubierto por la nueva entidad en los términos definidos en el inciso anterior. (...)”

Ahora bien, respecto del efecto de la afiliación y el traslado de régimen pensional, en lo que atañe a la entidad responsable del reconocimiento de una pensión de invalidez, la Corte Constitucional ha sostenido dos tesis, la primera, según la cual cuando existe un traslado efectivo de régimen corresponde al nuevo fondo asumir

³⁶ (...) por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones. (...)”

³⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

el reconocimiento y pago de la pensión así la fecha de estructuración de invalidez se hubiera dado con anterioridad y la segunda, según la cual corresponde al fondo en el que estaba afiliado el trabajador en la fecha de estructuración de invalidez.

Respecto de la primera de las tesis, encuentra el Despacho la sentencia T-131 de 2019, en la que la Corte Constitucional, señaló lo siguiente:

“(…)52. Son elementos fácticos relevantes para determinar tal competencia los siguientes: (i) el actor estuvo afiliado a COLFONDOS entre el 11 de diciembre de 2002 y el 31 de agosto de 2016 ; (ii) desde el 1º de septiembre del año 2016 y hasta la actualidad, el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES, fondo al cual realiza aportes ; (iii) la fecha de estructuración que determinaron las autoridades médico laborales, para calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante, fue el 6 de julio de 2014 , época para la cual estaba afiliado a COLFONDOS; y (iv) la solicitud pensional la realizó el tutelante en el año 2017, esto es, cuando estaba afiliado y realizando aportes a COLPENSIONES.

*54. La afiliación, según el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, se hace efectiva “desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación”. El traslado, por su parte, se entiende efectivo, en los términos del artículo 42 ibídem, desde el “primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora”, claro está, siempre que se cumpla con los requisitos sobre permanencia en los regímenes y en las entidades administradoras. Además, según dispone su inciso 3º, “[l]a entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad”.
56. Igualmente, puede ocurrir que, habiendo surtido plenos efectos legales el traslado, se realice la valoración médico laboral y se determine que la fecha de estructuración de la invalidez ocurrió mientras el aportante se encontraba afiliado al anterior régimen (RAIS o RPM), tal y como aconteció en este proceso. Nótese que se trata de dos eventos diferentes, pues en la hipótesis del párrafo precedente, la fecha de estructuración de la invalidez se da cuando el traslado no se ha hecho efectivo, mientras que en la que se menciona, la invalidez se estructura antes de que dicho traslado ya hubiere surtido sus efectos legales. Este último evento no está regulado por el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999.*

57. Para la resolución de este tipo de asuntos, amparada en las reglas contenidas en artículo 42 del Decreto 1409 de 1999, la jurisprudencia constitucional ha planteado la siguiente subregla: en el evento en que el trabajador haya realizado el traslado de sus aportes a otra entidad administradora y cumplido el término para que se haga efectivo dicho traslado (artículo 42 ibídem), debe ser la nueva administradora la que está llamada a cubrir el siniestro que genere la invalidez del afiliado, sin que sea importante la fecha de estructuración de tal condición

Respecto de la segunda tesis, observa el Despacho que la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-313 de 2020, en la cual recogió el criterio anterior y precisó:

“(…) El Régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado un ciudadano para el momento en que se estructuró su PCL. La fecha de estructuración será el elemento que resuelva cualquier conflicto de competencias que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM. Esto, cuando menos, por las razones que fueron expuestas en los capítulos anteriores y que pueden condensarse como sigue: 1) del artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016 se desprende que, aun cuando exista un traslado, el fondo antiguo mantiene la competencia por el reconocimiento de prestaciones que se causen en su vigencia; 2) porque esta regla es la que mejor armoniza con el sistema de financiación previsto

por el legislador para las pensiones de invalidez; y 3) porque con su aplicación no se afecta el derecho a la libertad de elección de régimen pensional, ni se limita el derecho a la seguridad social. (...)”

2.4 Dictámenes de pérdida de capacidad laboral

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012³⁸, estableció respecto de la calificación de la pérdida de capacidad laboral lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Ver modificaciones directamente en la Ley 100 de 1993> El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

“Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)”

El Decreto 1352 de 2013 “(...) *Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones (...)*”, establece en su artículo 41 la obligación de notificación del dictamen, de la siguiente manera:

“(...) ARTÍCULO 41. Notificación del dictamen. Dentro de los dos (2) días calendarios siguientes a la fecha de celebración de la audiencia privada, la Junta Regional de Calificación de Invalidez citará a través de correo físico que deje constancia del recibido a todas las partes interesadas para que comparezcan dentro de los cinco (5) días hábiles al recibo de la misma para notificarlas personalmente.

Vencido el término anterior y si no es posible la notificación, se fijará en un lugar visible de la sede de la junta durante diez (10) días hábiles, indicando la fecha de fijación y retiro del aviso.

De todo lo anterior, deberá reposar copia en el respectivo expediente, y en todo caso se deberán indicar los recursos a que tienen derecho las partes.

En los casos de apelación, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dentro de los dos (2) días calendario siguientes a la fecha de celebración de la audiencia privada comunicará el dictamen por correo físico que deje constancia de su entrega a la persona objeto del dictamen y a las demás personas interesadas. (...)”

³⁸ “(...) *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. (...)*”

Así mismo, en el mencionado Decreto 1352 se establece en el artículo 43 que contra el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez proceden los recursos de reposición y apelación, que pueden ser interpuestos por cualquiera de las partes interesadas, destacando en su artículo 45 que la firmeza del dictamen tiene lugar en los casos en que contra el mismo no se hubieran interpuesto los recursos procedentes de manera oportuna, los recursos interpuestos se hayan resuelto y notificado o en el caso en que se resuelva la solicitud de aclaración o complementación del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Por otra parte, en el artículo 44 *Ibidem*, se establece que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, se deben dirimir ante la jurisdicción ordinaria labora, de la siguiente manera:

“(…) ARTÍCULO 44. Controversias sobre los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el Director Administrativo y Financiero representará a la junta como entidad privada del Régimen de Seguridad Social Integral, con personería jurídica, y autonomía técnica y científica en los dictámenes.

PARÁGRAFO. Frente al dictamen proferido por las Junta Regional o Nacional solo será procedente acudir a la justicia ordinaria cuando el mismo se encuentre en firme. (...)”

4. Caso concreto

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Marco Aurelio Díaz González se encuentra afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones, teniendo las siguientes vinculaciones al sistema de seguridad social en pensiones³⁹:

Tipo de vinculación	AFP Destino	AFP de origen	Fecha de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación Inicial	ING	-	30 de agosto de 2007	30 de diciembre de 2012
Cesión por fusión	PROTECCIÓN	ING	31 de diciembre de 2012	31 de marzo de 2016
Traslado de Régimen	COLPENSIONES	PROTECCIÓN	1° de abril de 2016	actualmente

Así mismo se encuentra probado que el demandado realizó cotizaciones por concepto de pensión, hasta el 30 de junio de 2018.

De igual forma, se encuentra acreditado en el expediente que Colpensiones realizó la calificación en primera oportunidad de la pérdida de capacidad laboral del señor Marco Aurelio Díaz González, el 29 de abril de 2016, en el cual se

³⁹ Folios 7 y 8 documento 14 de la carpeta #1 del expediente digitalizado.

determinó que este tenía una pérdida de capacidad laboral del 60.89% de origen común con una fecha de estructuración del 10 de diciembre de 2010, con el siguiente diagnóstico⁴⁰: “(...) *PACIENTE CON ANTECEDENTE DE TRAUMA RAQUIMEDULAR HACE 21 AÑOS, LOGRÓ REHABILITARSE Y TRABAJA EN CENTRO COMERCIAL GRAN ESTACIÓN, POSTERIORMENTE PRESENTA ACCIDENTE DE TRÁNSITO CON CAMBIO EN EL NIVEL SENSITIVO A T4 CON ESFÍNTERES NEUROGÉNICOS. EN EL MOMENTO REFIERE ESTAR INCAPACITADO, ES SEMI INDEPENDIENTE EN ABC Y AVD. SOLICITA CALIFICACIÓN POR SOLICITUD PERSONAL. SE CALIFICA SEGÚN DECRETO 1507/2014 Y SE ESTRUCTURA CON FECHA DEL 10/12/10 (...)*”. Así mismo, se estableció en dicho dictamen que la enfermedad del demandado es degenerativa y catastrófica. Respecto de dicho dictamen se expidió una constancia en la que se indica que cobró firmeza el 12 de mayo de 2016 atendiendo a que el demandado no presentó inconformidad⁴¹.

En virtud de lo anterior, el demandado solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el cual fue negado por la demandante mediante la Resolución GNR 252042 de 26 de agosto de 2016⁴², en la cual señaló que al haberse estructurado su invalidez con una fecha anterior al traslado la competencia para el reconocimiento pretendido estaba en cabeza de la AFP Protección.

Inconforme con la decisión anterior, el señor Díaz González interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado desfavorablemente por Colpensiones, mediante la Resolución GNR 308572 de 18 de octubre de 2016⁴³.

Con base en lo anterior, el señor Díaz González solicitó a la AFP Protección el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, razón por la cual la administradora de pensiones mediante oficio del 21 de noviembre de 2016⁴⁴, señaló que no era posible acceder a su solicitud atendiendo a que no había sido notificado del dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de Colpensiones.

Por lo anterior, el demandado nuevamente solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue desatada desfavorablemente por la demandante mediante la Resolución GNR 354170 de 23 de noviembre de 2016⁴⁵.

Nuevamente el 13 de enero de 2017⁴⁶, ante la negativa de Colpensiones, el demandado radicó ante la AFP Protección solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, por lo anterior, la mencionada administradora de fondo de pensiones expidió Oficio del 25 de febrero de 2017⁴⁷, en el cual le informan que estaban a la espera de la notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral.

⁴⁰ Folios 5 a 10 documento 6 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴¹ Folio 17 documento 6 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴² Folios 12 a 16 documento 6 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴³ Folios 4 a 6 documento 7 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴⁴ Folio 7 documento 7 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴⁵ Folios 9 a 12 documento 7 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴⁶ Folio 14 documento 7 de la carpeta #1 del expediente digitalizado.

⁴⁷ Folio 17 documento 7 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

De igual forma, en virtud de una orden emitida en sentencia de tutela proferida por el Juzgado 45 Civil Municipal de Bogotá D.C. del 3 de marzo de 2017⁴⁸ y confirmada por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C. el 18 de abril de 2017⁴⁹, la AFP Protección, emitió una nueva respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional del demandado, el 28 de agosto de 2017⁵⁰, en la cual señalaron que el dictamen de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad fue notificado el 1º de agosto de 2017, y estaban a la espera del recurso que iba a presentar Seguros Bolívar S.A.

Posteriormente, mediante escrito radicado el 30 de octubre de 2017⁵¹ el señor Díaz González, solicitó ante la AFP Protección el reconocimiento de la pensión de invalidez, ante lo cual mediante oficio del 24 de noviembre de 2017⁵² señaló que el dictamen de pérdida de capacidad laboral no estaba en firme encontrándose a la espera de la resolución del recurso presentado contra el mismo por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Por lo anterior, el demandado instauró una acción de tutela en contra de la AFP Protección, en procura de la protección de sus derechos fundamentales, la cual fue conocida por el Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá, que mediante sentencia del 13 de diciembre de 2017⁵³, resolvió ordenar a la AFP Protección que diera respuesta de fondo y congruente a lo solicitado por el demandante el 30 de octubre de 2017.

No obstante, la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, fue impugnada, razón por la cual el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá mediante la sentencia proferida el 31 de enero de 2018⁵⁴, resolvió: “(...) **ORDENAR a COLPENSIONES** para que una vez sea resuelta la inconformidad interpuesta en contra del dictamen de pérdida de capacidad laboral, proceda a reconocer los pagos a que tenga derecho el accionante (...)”.

Obra en el expediente copia de la Resolución ML-H No. 11354 de 12 de diciembre de 2017⁵⁵, por medio de la cual Colpensiones reconoció y ordenó el pago de Honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, para que se procediera a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de, entre otros, el demandado.

Igualmente se evidencia que el demandado mediante oficio radicado el 21 de febrero de 2018⁵⁶, solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez su citación para la evaluación de la pérdida de capacidad laboral, misma que igualmente fue radicada ante Colpensiones el 26 de febrero de 2018.

⁴⁸ Folios 1 a 6 documento 8 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁴⁹ Folios 7 a 12 documento 8 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁵⁰ Folio 14 documento 8 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁵¹ Folio 15 documento 8 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁵² Folio 16 documento 8 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁵³ Referencia folio 11 del documento #10 del expediente digitalizado

⁵⁴ Folios 10 a 15 del documento #10 del expediente digitalizado

⁵⁵ Folios 13 a 17 del documento 9 de la carpeta #1 del expediente digitalizado y folios 1 a 8 del documento 10 de la carpeta #1 del expediente digitalizado.

⁵⁶ Folio 16 del documento 10 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

La entidad demandante mediante la Resolución SUB 48044 de 26 de febrero de 2018⁵⁷, dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del demandado a partir del 1° de marzo de 2018.

Contra el acto administrativo anterior el señor Díaz González mediante escrito de 14 de marzo de 2018⁵⁸ interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en lo referente al pago del retroactivo pensional, señalando que debía pagarse a partir del 10 de diciembre de 2010.

Por su parte obra copia del Dictamen de Determinación de Pérdida de Capacidad Laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, del 25 de abril de 2018⁵⁹, por medio del cual se ratifica la fecha de estructuración definida por Colpensiones. El cual fue notificado por la referida junta a Colpensiones, E.P.S Famisanar, Axa Colpatria S.A.- ARL y Securitas, siendo expedida la certificación de ejecutoria del 25 de julio de 2018.

Respecto de los recursos interpuestos Colpensiones expidió la Resolución SUB 199218 de 26 de julio de 2018⁶⁰, en la cual señaló que al ser la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá un mecanismo principal al no señalar que era un amparo transitorio, no procedía el reconocimiento del retroactivo, y, en consecuencia, declaró improcedente el recurso presentado por el demandado.

En virtud de lo anterior, se encuentra probado en el expediente que el demandado interpuso demanda ordinaria laboral contra Colpensiones el 16 de agosto de 2018, la cual fue conocida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 11001310501920180050500⁶¹, en la cual pretendió que se condenara a la aquí demandante al reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

Mediante la sentencia proferida el 11 de junio de 2020⁶², en primera instancia, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que al señor Marco Aurelio Díaz González, le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a partir del 10 de diciembre de 2010 y el pago del retroactivo pensional entre el 3 de mayo de 2011 y el 30 de abril de 2018, condenando a Colpensiones al pago de la suma de \$57.890.849,34 por dicho concepto.

La sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá fue apelada por Colpensiones, y el mencionado recurso fue desatado desfavorablemente por el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Decisión Laboral,

⁵⁷ Folios 6 a 17 del documento 11 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁵⁸ Folios 1 y 2 del documento 11 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁵⁹ Documento #15 del expediente digitalizado.

⁶⁰ Folios 9 a 16 del del documento 12 de la carpeta #1 del expediente digitalizado

⁶¹ Carpeta #3 del expediente digitalizado.

⁶² Folios 240 a 247 del documento denominado 2018-0505 de la Carpeta #3 del expediente digitalizado

mediante la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020⁶³, en segunda instancia.

Así las cosas, de acuerdo con la fijación de litigio se debe establecer si es procedente declarar la nulidad de la Resolución SUB 48044 de 26 de febrero de 2018 por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció una pensión de invalidez al señor Marco Aurelio Díaz González.

Al respecto se observa que la entidad demandante fundamenta sus pretensiones en que atendiendo a que la fecha de estructuración de invalidez del señor Díaz González tuvo lugar el 10 de diciembre de 2010, momento para el cual se encontraba afiliado a la AFP Protección, le corresponde a esta última el reconocimiento de la pensión de invalidez. Al respecto se observa que la litisconsorte y su llamado en garantía Seguros Bolívar, se oponen a las pretensiones fundamentalmente, por considerar que i) existe cosa juzgada atendiendo a que el reconocimiento se dio en virtud de una sentencia de tutela que amparó de manera definitiva los derechos fundamentales del demandado; ii) el dictamen pericial en que se fundamenta la fecha de estructuración de invalidez no le es oponible al demandado y así mismo, incurre en error al establecer dicha fecha.

Por lo anterior, se analizará la legalidad del acto administrativo, de manera inicial, a partir de los argumentos expuestos por la A.F.P. Protección y Seguros Bolívar.

4.1. Sobre la existencia de un fallo de tutela y la competencia del Juez natural de lo contencioso administrativo

En lo que atañe a la cosa juzgada constitucional, respecto de la posibilidad de controvertir actos administrativos expedidos en cumplimiento de una orden de tutela, mediante la denominada lesividad, el Consejo de Estado, ha sido enfático en señalar que dicha figura jurídica no impide el análisis de legalidad del acto administrativo por parte de su juez natural.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P., Dr. Gabriel Valbuena Hernández, en sentencia proferida el 18 de octubre de 2022, dentro del expediente 25000234200020140372001, reiteró la línea que dicha Corporación ha sostenido, así:

“(…) esta Corporación ha sostenido de manera categórica que «si bien la resolución en cuestión tiene la connotación de acto de ejecución, al ser cumplimiento de una sentencia, lo cierto es que la orden fue impartida dentro de una acción de tutela que es de naturaleza distinta a la de la acción ordinaria, motivo por el cual es probable su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho»

En efecto, la finalidad de la acción de tutela, como se infiere del artículo 86 de la Carta Política y de lo que ha predicado la jurisprudencia constitucional, es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental; mientras que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho persigue, a través de su declaración, la protección de derechos de origen legal y la restauración del derecho o reparación

⁶³ Folios 277 a 285 del documento denominado 2018-0505 de la Carpeta #3 del expediente digitalizado

del daño, a través de una condena, cuando dicho derecho, amparado por una norma jurídica, ha sido vulnerado; es decir, que son dos acciones diferentes: la una constitucional y la otra legal. Y en esa línea de pensamiento, cuando el juez de tutela, en su competencia constitucional, ordena la expedición de un acto administrativo, éste es susceptible de control de legalidad, pues el argumento se sustenta en que «el acto administrativo que expresa la eficacia de una decisión judicial y que por consiguiente no resulta susceptible de control ordinario, porque ello supondría de forma indirecta, oficiar como criterio de corrección de la decisión judicial en firme, representa un argumento cuya justificación es equívoca en razón a que tal postura, además de sustraer una decisión de la administración del control de su juez natural, por vía de interpretación, establece un criterio inconstitucional, es decir, una restricción no prevista por el constituyente a las competencias de la justicia de lo contencioso administrativo, lo cual acarrea evidente lesión al orden jurídico, y supone desde luego, un error conceptual inaceptable dentro del marco de la teoría general del acto administrativo» (...)

Ahora bien, en lo que atañe a los efectos de la cosa juzgada constitucional respecto de la denominada lesividad, el Consejo de Estado, ha señalado:

“(...) esta Sala difiere de la interpretación restrictiva efectuada por el accionado en la alzada, que defiende la inmutabilidad de la decisión de tutela de 8 de mayo de 2008 proferida por el Juzgado Sexto (6º) Civil del Circuito de Popayán que amparó los derechos constitucionales fundamentales de petición y seguridad social y la consecuente imposibilidad de reabrir el debate, mediante un proceso judicial ordinario, respecto de su derecho pensional (...)

En ese orden de ideas, en el sub lite la cosa juzgada constitucional no cobija la Resolución objeto de reproche en este asunto porque existe un ordenamiento especial que otorga a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la facultad de juzgar, a petición de cualquier persona, la legalidad de las determinaciones que expida la Administración.

Lo contrario sería como desconocer la competencia otorgada tanto por el legislador como por la Carta Política (artículos 236 a 238) a los jueces de lo contencioso-administrativo, para que a través de los medios de control previstos en los artículos 135 y siguientes del CPACA decidan acerca de la legalidad de los diferentes actos que expide la Administración, incluidos, por supuesto, los que se profieran en cumplimiento de una orden constitucional de tutela. (...)”⁶⁴

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia T-121 de 8 de marzo de 2016, señaló: *“(...) Asimismo, esta Corporación ha considerado que el juez de tutela no puede limitar la facultad que tiene la Administración de demandar en cualquier tiempo sus propios actos, mediante los cuales reconoció prestaciones periódicas a un particular, y la ley lo habilita para presentar la respectiva acción de lesividad en defensa del patrimonio común, con el fin de que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que resuelva si los actos administrativos se encuentran ajustados a la legalidad. (...)”.*

Así las cosas, no es de recibo sostener que existe una imposibilidad por parte del juez contencioso administrativo de analizar la legalidad del acto administrativo expedido en cumplimiento de una sentencia de tutela, sin embargo, ello no impide que se analicen los efectos del amparo respecto de la legalidad del acto acusado.

Indicado lo anterior, igualmente se observa que en los alegatos de conclusión Seguros Bolívar en su condición de llamado en garantía, sostiene que ya existe un

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del 1º de septiembre de 2022, dentro del proceso 19001233300020160028501 .

pronunciamiento acerca de la entidad responsable del reconocimiento pensional, por parte del Juzgado 19 Laboral del Circuito y el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en el momento de analizar la demanda interpuesta por el Señor Marco Aurelio Díaz González, en la que solicitaba el reconocimiento del retroactivo pensional, sin embargo, dicha situación tampoco impide el control del acto administrativo acusado o la existencia de cosa juzgada, comoquiera que el juez natural del acto administrativo es el juez administrativo y los jueces laborales no pueden abrogarse dicha competencia cuando es la propia entidad quien demanda en ejercicio de la denominada lesividad. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Juez ordinario se abstuvo de analizar si Colpensiones estaba o no facultada para reconocer la pensión, por considerar que el Juez de tutela ya había resuelto tal aspecto, el que consideró inmodificable.

4.2. Sobre la competencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez

Absuelto lo anterior, se procede entonces con el análisis de legalidad del acto administrativo, para lo cual se tendrán en cuenta dos situaciones particulares, la primera los efectos del amparo de los derechos fundamentales efectuado por el juez de tutela en el caso del accionante y la segunda, la inoponibilidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral respecto de la AFP Protección y su llamado en garantía.

Así las cosas, se observa que el Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá en la sentencia de tutela proferida e 31 de enero de 2018, dentro de la acción de tutela 11001400305920170121001, analizó el caso del demandado, y lo decidió a partir de la jurisprudencia vigente para esa época, esto es, aplicó las reglas y subreglas contenidas en la sentencia T -801 de 2011, considerando que el señor Díaz González no podía sufrir las consecuencias de los conflictos de competencia suscitados entre las administradoras de pensiones y destacando que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandado desde el régimen de ahorro individual que para el caso era administrado por la AFP Protección hacia el régimen de prima media administrado por Colpensiones, había surtido plenos efectos y en ese sentido, atendiendo a dichas reglas jurisprudenciales, le correspondía al nuevo fondo asumir el reconocimiento de las prestaciones que se generaran después del traslado.

El anterior análisis, partió de la interpretación que para dicho momento se encontraba vigente acerca de los efectos del traslado efectivo de régimen pensional, en los conflictos de competencia suscitados entre las administradoras respecto de la obligación de reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la fecha de estructuración se fijaba con anterioridad al traslado, interpretación que fue aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T--131 de 2019, la cual como se indicó tuvo una variación en el año 2020.

Ahora bien, del análisis del acto administrativo acusado observa el Despacho que la entidad demandante reconoció la pensión de invalidez del accionante, en cumplimiento del fallo de tutela el cual se fundamentó en una interpretación válida y que en dicho momento estaba vigente del artículo 41 Decreto 1409 de 1999, hoy compilado en el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, en el que se tenía en cuenta la efectividad del traslado de régimen pensional, por lo que en

ese sentido no puede endilgarse una falta de competencia para el reconocimiento pensional o en la ilegalidad del acto administrativo en el momento en que fue expedido.

De igual forma, como se ha advertido existió un cambio de jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, en lo atinente a la manera en que se debe determinar la entidad responsable del reconocimiento pensional, mediante la sentencia SU-131 de 2020, en la cual se indicó que debía tenerse en cuenta al fondo de pensiones al cual estuviera afiliado el solicitante sin importar que existiera un traslado efectivo. No obstante, dicha regla jurisprudencial, parte de la base de la certeza en la fecha de estructuración de invalidez, lo cual implica que una vez en firme dicha situación se pueda determinar la entidad competente para el reconocimiento pensional, situación que no se advierte en el presente caso.

Lo anterior cobra relevancia en el caso de autos, por cuanto, tal y como lo señaló la litisconsorte AFP Protección y su llamado en garantía, la fecha de estructuración de invalidez en que se basa Colpensiones para fundamentar sus pretensiones, no se encuentra en firme; y tampoco se observa que el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral del demandado haya culminado, comoquiera que de acuerdo a las pruebas recaudadas la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no notificó a la AFP ni a Seguros Bolívar del dictamen expedido el 25 de abril de 2018, pese a que fue un recurso presentado por esta última el que motivó su expedición, al considerar que no era una de las partes interesadas, cuestión que además de vulnerar el derecho al debido proceso de Protección y su aseguradora, impiden que el dictamen que fundamenta las pretensiones le sea oponible ante su falta de firmeza.

Al respecto la propia Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación 313 de 2020, analizó la problemática de la falta de notificación de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral a las AFP dónde se encontraban afiliados con anterioridad los solicitantes, cuando existe discrepancia en la fecha de estructuración de invalidez, lo cual motivó que en dicha sentencia se amparara de manera transitoria los derechos del allí accionante supeditando dicha decisión a la finalización del trámite ante las juntas de calificación, al respecto indicó:

“(…) La Sala estableció que el hecho determinante de la competencia en el reconocimiento de pensiones de invalidez es la fecha de estructuración. En otras palabras, el fondo o administradora competente para el reconocimiento de la prestación será aquel o aquella donde se encontraba afiliada y cotizando la persona para el momento en que se invalida. Así, de conformidad con lo que dictaminó la Junta Regional de Invalidez del Huila, esa competencia debería estar a cargo de Protección S.A. Sin embargo, la prestación será provisional y solo se tornará definitiva cuando se surta el trámite que sigue.

b. Para que Protección S.A. proceda con el reconocimiento definitivo de la prestación, debe notificársele el Dictamen emitido el 26 de julio de 2017 por la Junta Regional de Calificación del Huila. Una vez ello ocurra, ese fondo podrá aceptar esa determinación u objetarla ante la Junta Nacional de Calificación. Estando en firme ese proceso, y siempre que Protección S.A. siga manteniendo la competencia por el pago de la pensión en los términos expuestos en esta providencia, deberá reconocer el retroactivo a que haya lugar, desde la fecha de estructuración, en los términos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

c. Hasta tanto no se encuentre en firme el proceso de calificación anterior, el tutelante podrá –además de percibir la prestación provisional– seguir vinculado, en calidad de afiliado, a Colpensiones. Aun cuando la Corte entienda que el RPM y el RAIS son excluyentes, no estima prudente regularizar de inmediato la afiliación del actor, precisamente porque la evaluación de sus condiciones y el momento en el que se estructuró su invalidez todavía pueden ofrecer discusión.

9.8. En línea con lo anterior, según lo dicho por los propios intervinientes en la sesión técnica, una modificación sustancial de la fecha de estructuración o del porcentaje de PCL es poco probable, sin embargo, es una posibilidad y la Corte debe reparar en ella. Asignando a Protección S.A. la responsabilidad por el pago de la pensión provisional de invalidez y, suponiendo que esa entidad interponga un recurso, luego de la intervención de la Junta Nacional de Calificación solo podrán presentarse tres situaciones:

(i) Que la PCL y la fecha de estructuración se mantengan en los términos ya establecidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila. Caso en el cual se ratificará la competencia de Protección S.A., entidad que deberá proceder con el reconocimiento definitivo en los términos ya expuestos.

(ii) Que se mantenga una PCL superior al 50%, pero que la fecha de estructuración varíe al punto que la competente para el pago de la pensión sea Colpensiones. Si ello ocurre, esa administradora deberá asumir el pago definitivo de la pensión pagando el respectivo retroactivo. A su vez, deberá hacer la devolución respectiva, en favor de la AFP, de los valores que esta última haya pagado con ocasión del reconocimiento provisional.

(iii) Que el porcentaje de PCL disminuya por debajo del 50%. En ese evento, la prestación sería revocada y el actor permanecería en el RPM, donde podría seguir cotizando a efectos de obtener una pensión de vejez. Con esta solución, este Tribunal entiende que ampara el derecho a la seguridad social del actor y, al tiempo, el derecho al debido proceso de la AFP accionada. (...)”

De esta manera, en el presente caso no es posible establecer la entidad competente para el reconocimiento pensional en aplicación de la regla establecida en la SU-313 de 2020, cuando la fecha de estructuración de la invalidez no se ha definido en vía administrativa, para lo cual, conforme con lo dispuesto en el Decreto 1352 de 2013, le corresponde a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, una vez notificado el dictamen por parte de la Junta Regional a todos los interesados y una vez en firme, la autoridad competente para resolver las controversias suscitadas en relación con dichos dictámenes corresponde a la Justicia Laboral Ordinaria laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen y la junta correspondiente.

De otra parte, se advierte que Seguros Bolívar y la AFP Protección, presentaron argumentos contra el dictamen, derivados de la capacidad laboral residual del demandado, atendiendo a que, con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez señalada en primera oportunidad, el señor González Díaz continuó trabajando y realizando cotizaciones y así mismo, señalando que después de dicha fecha este sufrió un nuevo accidente, sin embargo, no es este el escenario para establecer la validez del dictamen o resolver controversias derivadas del mismo, comoquiera que el trámite no ha finalizado ante la falta de notificación de todos los interesados y así mismo como se indicó, tal controversia debe proponerse ante el juez laboral ordinario.

Por lo anterior, el Despacho considera que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda atendiendo a que la entidad demandante no logró enervar la legalidad del acto administrativo acusado, atendiendo a que el mismo se basó en la interpretación vigente respecto de la administradora pensional competente en virtud del traslado de régimen y así mismo, no es posible fijar la competencia en la AFP Protección, con fundamento en un dictamen de pérdida de capacidad laboral que no está en firme y no le es oponible ante su falta de notificación.

Como consecuencia de lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán probadas las excepciones de mérito denominadas inoponibilidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral, falta de notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral e inoponibilidad del mismo, garantía del derecho al debido proceso en el trámite de la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, propuestas por la AFP Protección y la Compañía Seguros Bolívar. Respecto de las demás excepciones comoquiera que atacan el restablecimiento que eventualmente pudiera generarse o la falta de cubrimiento de la póliza, atendiendo a que no hay lugar a declarar la nulidad del acto acusado el Despacho se relevará de su análisis.

4.3. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impone condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso.

De igual forma, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P., Dr. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, dentro del expediente 05001233300020120080902, estableció que en los asuntos referentes a la denominada lesividad, no procede la condena en costas, atendiendo a que no puede entenderse que existe una parte vencida.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Primero: Declarar probadas las excepciones de mérito denominadas inoponibilidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral, falta de notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral e inoponibilidad del mismo, garantía del derecho al debido proceso en el trámite de la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, propuestas por la AFP Protección y la Compañía Seguros Bolívar, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: **Negar** las pretensiones de la demanda

Tercero: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f6663a01b25581cfd251e59c9cd1a8e9eaf19c9956925344ad67687047da665f**

Documento generado en 26/04/2023 03:56:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>