Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, la parte actora y la AFP Protección S.A. remitieron alegatos de conclusión en esta sede.

Pereira, 21 de marzo de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, DIECINUEVE DE ABRIL DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 57 de 17 de abril de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la demandante **MARÍA ENELIA CAMACHO JIMÉNEZ** y por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 25 de noviembre de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso en el que también está demandado el fondo privado de pensiones **PROTECCIÓN S.A.**, cuya radicación corresponde al N°66001310500420220002101.

ANTECEDENTES

Pretende la señora María Enelia Camacho Jiménez que la justicia laboral declare que acredita los requisitos exigidos en la ley 860 de 2003 para ser beneficiaria de la pensión de invalidez y con base en ello se condene al fondo privado de pensiones

Protección S.A. a reconocer y pagar la prestación económica en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente a partir del 19 de julio de 2017, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Subsidiariamente solicita que se condena a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 19 de julio de 2017 en cuantía equivalente al SMLMV, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo que resulte probado extra y ultra petita, así como las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 27 de septiembre de 1981; en el año 2002 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, pero en el mes de octubre del año 2009 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A., retornando posteriormente al RPMPD en el mes de octubre del año 2017; en dictamen de 4 de marzo de 2019, el departamento de medicina laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones determinó que ella tenía una pérdida de la capacidad laboral del 40.26% de origen común y estructurada el 5 de febrero de 2019, sin embargo, luego de ser debidamente recurrido dicho dictamen, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda determinó el 15 de enero de 2020, que ella tenía una pérdida de la capacidad laboral del 59.51% de origen común y estructurada el 19 de julio de 2017; el 16 de marzo de 2020 elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez ante Colpensiones, la cual fue resuelta desfavorablemente en la resolución SUB184271 de 28 de agosto de 2020; el 29 de septiembre de 2020 reclamó ante Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero en respuesta de 2 de octubre de 2020 el referido fondo privado de pensiones resolvió negativamente la petición.

Al contestar la demanda -archivo 11 carpeta primera instancia- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a las pretensiones subsidiarias elevadas en su

contra, argumentando que la entidad que debe responder eventualmente por la pensión de invalidez, es aquella en la que se encontraba afiliada la señora María Enelia Camacho Jiménez para la fecha de estructuración de su invalidez, en este caso, para el 19 de julio de 2017, fecha en la que ella estaba vinculada en el RAIS con el fondo privado de pensiones accionado. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Falta de competencia por parte de Colpensiones”, “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia de intereses moratorios”, “Prescripción” y “Innominada o genérica”*.

Por su parte, el fondo privado de pensiones Protección S.A. respondió la acción - archivo 12 carpeta primera instancia- asegurando que la señora María Enelia Camacho Jiménez no se encuentra vinculada actualmente con esa entidad, sino con la Administradora Colombiana de Pensiones, motivo por el que cualquier prestación económica que se cause a su favor dentro del sistema general de pensiones esta exclusivamente a cargo de esa entidad, razón por la que se opone a las pretensiones principales elevadas por ella en su contra. Planteó las excepciones de fondo que denominó *“Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, falta de causa en las pretensiones de la demanda y responsabilidad de la codemandada”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción” e “Innominada o genérica”*.

En sentencia de 25 de noviembre de 2022, la funcionaria de primer grado determinó que la señora María Enelia Camacho Jiménez, de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, tiene una pérdida de la capacidad laboral del 59.51% de origen común y estructurada el 19 de julio de 2017, acreditando en los tres años anteriores a dicha calenda más de cincuenta semanas de cotización al sistema general de pensiones, cumpliendo de esta manera con los requisitos exigidos en la ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez que reclama, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas anuales.

Respecto a la entidad responsable del reconocimiento y pago de la prestación económica, la *a quo* hizo alusión a las posturas adoptadas por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, decantándose la juzgadora de primera instancia por la posición adoptada por el máximo órgano de la jurisdicción laboral, al considerar que es la que mejor se ajusta a este tipo de eventos en los que el afiliado se encuentra vinculado en una entidad para la fecha en que se emite el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, pero la estructuración de la invalidez se fija en una fecha en la que se encontraba vinculado en otra administradora pensional; razones por las que decidió que la entidad que debe responder por la pensión de invalidez de la actora es a la que se encuentra afiliada actualmente, esto es, la Administradora Colombiana de Pensiones, motivo por el que negó las pretensiones principales y accedió parcialmente a las subsidiarias, condenando a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión a partir del 19 de julio de 2017, y como determinó que ninguna de las mesadas pensionales generadas a partir de ese momento se encontraba prescrita, le ordenó cancelar por concepto de retroactivo pensional entre esa fecha y el 31 de octubre de 2022, la suma de \$58.865.320; autorizando a dicha entidad a descontar de dicho valor el porcentaje correspondiente a los aportes en salud, así como las incapacidades temporales que haya percibido la actora.

Pero no accedió a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, manifestando que ese tema no ha sido pacífico, al punto que existen dos posturas diferentes al respecto por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, determinando que la negativa de Colpensiones a reconocer la prestación económica en sede administrativa no se hizo de manera caprichosa, pues la amparaba la postura de la Corte Constitucional.

No obstante, condenó a Colpensiones a reconocer la indexación de las sumas reconocidas, debido a que el paso del tiempo afecta el poder adquisitivo de la moneda en Colombia.

Finalmente, condenó en costas procesales en un 70% a Colpensiones en favor de la parte actora, y a la demandante en un 100% en favor de Protección S.A.

Inconformes con la decisión, la parte actora y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El apoderado judicial de la parte actora sostiene que si es viable acceder a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues como ellos se causan por el pago tardío de las pensiones, independientemente de las razones que lleven a las administradoras pensionales a negar su reconocimiento, ya que su naturaleza es de tipo resarcitorio y no sancionatorio.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifiesta que en este tipo de eventos debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en consideración a que dicha postura tiene argumentos sólidos que llevan a concluir correctamente que la entidad que debe reconocer la pensión de invalidez en estos casos es aquella en la que se encuentra vinculado el afiliado para la fecha de estructuración de la invalidez; por lo que siendo así las cosas, al haberse estructurado la pérdida de la capacidad laboral del 59.51% de la actora el 19 de julio de 2017, la llamada a responder por la prestación económica es la AFP Protección S.A., administradora pensional en la que se encontraba afiliada la actora en ese momento.

Al haber resultado desfavorable la decisión a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la parte actora y la AFP Protección S.A. hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por la parte actora, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que “*No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.*”, baste decir que los argumentos expuestos coinciden con los emitidos en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los narrados por la AFP Protección S.A. se circunscriben a solicitar la confirmación integral de la sentencia.

Atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

- 1. Cuándo un afiliado se moviliza entre los dos regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones y su invalidez se estructura cuando pertenecía a una administradora pensional en la que no se encontraba afiliado para el momento en que se emitió el dictamen de pérdida de la capacidad laboral ¿Cuál es la entidad que debe responder ante la eventual pensión de invalidez que se pudiere causar?***
- 2. ¿Acredita la señora María Enelia Camacho Jiménez los requisitos exigidos en la ley para que se le reconozca la pensión de invalidez que reclama?***
- 3. De conformidad con las respuestas a los interrogantes anteriores ¿Había lugar a negar las pretensiones principales y acceder a las subsidiarias?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

1. POSTURA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA QUE SE GENERAN ENTRE LAS ADMINISTRADORAS PENSIONALES PARA

RECONOCER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ CUANDO SE PRESENTA TRASLADO DEL AFILIADO.

En sentencia SL5183 de 8 de septiembre de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que el artículo 42 del decreto 1406 de 1999 compilado por el artículo 3.2.1.12 del decreto 780 de 2016, establece que perfeccionada la afiliación pensional, nace para la nueva administradora pensional la obligación de reconocer las prestaciones económicas que emanen del sistema general de pensiones; norma que, a juicio de la Corte, **concuera con la eficiencia del sistema**, en la medida en que evita conflictos entre las administradoras pensionales -público y privados-, además de la tardanza en el reconocimiento de las prestaciones económicas y sobre todo *“retornos a regímenes pensionales antiguos sin justificación legal.”*

En ese último aspecto, expresó el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral que *“imponerle el reconocimiento pensional al fondo antiguo o al que estaba vinculado el afiliado cuando la invalidez se estructuró y se causó la pensión que ampara el riesgo, y no al fondo nuevo o en el que la situación de invalidez se declaró formalmente, **implica la anulación de la decisión libre y voluntaria de la persona en torno a permanecer en un régimen de pensiones determinado**, lo que no puede ser desconocido por circunstancias no previstas en la ley y que tampoco les son atribuibles a los afiliados.”*. (Negritas por fuera de texto)

Bajo ese contexto preliminar, la Alta Magistratura definió que cuando un afiliado cambia de administradora pensional y posteriormente inicia el proceso de calificación de su pérdida de la capacidad laboral, la entidad que debe reconocer la prestación económica que se deriva de la invalidez, es aquella en la que se encuentra afiliado para ese momento -nueva administradora-, independientemente si la estructuración de la invalidez se fija en una fecha en la que aquel se encontraba vinculado a su antigua administradora pensional, **lo cual no afecta la sostenibilidad financiera del sistema**; argumento que explicó en los siguientes términos:

“Precisamente, aunque tratándose de una pensión de invalidez laboral, pero conservando igual línea de pensamiento, la Corte ha asentado que *«el derecho pensional por invalidez surge precisamente con la calificación de tal condición por parte de la autoridad competente»* (CSJ SL366-2019).

Aunado a esto, no puede olvidarse que el sistema pensional está cimentado en reglas jurídicas precisas que permiten el traslado entre regímenes o fondos de pensiones con plena garantía del sostenimiento financiero del sistema. El artículo 4.º del Decreto 3800 de 2003, compilado por el artículo 2.2.2.3.2 del Decreto 1833 de 2016, estipula que *«Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada»*.

En esa perspectiva, si una persona en situación de invalidez se traslada a un régimen pensional y en el decurso de la afiliación se declara formalmente el riesgo, el fondo que administra la afiliación se presume que cuenta con el respaldo financiero para responder por la prestación que corresponda, incluso si la estructuración del riesgo y la causación del derecho pensional ocurre en una afiliación anterior, puesto que la declaración del mismo es la que hace surgir el derecho.”

2. ALEJAMIENTO DE LA CORPORACIÓN FRENTE A LA POSTURA ADOPTADA POR LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A PARTIR DE LA SENTENCIA SL5183-2021.

Expuesta como se encuentra la actual línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia frente a los conflictos de competencia que se suscitan entre las administradoras pensionales en el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de afiliados que se han trasladado, bien entre regímenes pensionales o entre fondos privados de pensiones, y, teniendo en cuenta que en la sentencia C-836 de 2001 emitida por la Corte Constitucional se dejó sentada la posibilidad que tienen los jueces y tribunales de apartarse de la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, esta Corporación ha decidido alejarse de dicha postura, de acuerdo con la argumentación jurídica que pasa a exponerse razonadamente.

En sentencia SU-313 de 13 de agosto de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que varias de sus salas de revisión tenían posturas diferentes en este tipo de asuntos, decidió unificar su jurisprudencia

respecto a este tipo de conflictos entre las administradoras del sistema general de pensiones, llegando a la conclusión de que, independientemente de los traslados que pueda generar un afiliado al interior del sistema, bien entre sus regímenes pensionales o entre los fondos privados de pensiones, la entidad -pública o privada- que debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, es aquella en la que se encuentre afiliado para el momento en que se produce el siniestro -estructuración de la invalidez- y no la última administradora en la que se encuentre afiliado como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, indicando el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, que la postura que en adelante adoptará en pleno la Corte, garantiza la sostenibilidad financiera del sistema y no vulnera el derecho a la libre escogencia de régimen pensional o de administradora pensional de los afiliados, entre otros aspectos relevantes, que se contraponen de manera acertada a la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como pasa a verse.

Definición de la competencia.

Prevé el inciso segundo del artículo 3.2.1.12 del decreto 780 de 2016 que *“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 de 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.”*

Al hacer el análisis de la norma en cita, la Corte Constitucional recordó que unas de sus salas de revisión ha considerado que lo que se debe entender de su contenido, es que, en este tipo de eventos, quien debe responder por el reconocimiento de la pensión de invalidez, independientemente de la fecha en que se produce el siniestro -estructuración de la invalidez- es la última administradora pensional en donde se encuentra vinculado el afiliado, pero a renglón seguido, determinó que ese entendimiento resultaba equívoco, pues lo que verdaderamente se desprende de la

lectura del referido artículo 3.2.1.12 del decreto 780 de 2016 es que la administradora pensional “antigua” **debe responder por todas las prestaciones económicas que se hayan causado a favor de los afiliados hasta el momento en que se hizo efectivo el traslado; por lo que, si la invalidez se generó en vigencia de su afiliación, le corresponderá reconocer la prestación económica;** posición que soportó en los siguientes tres argumentos:

“(i) La invalidez es un riesgo y, para ser protegido, debe ser –por regla general– futuro e incierto. Ordenarle al fondo nuevo reconocer una pensión que se causó antes de que el beneficiario estuviere afiliado a él, sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado.

(ii) El Decreto 1833 de 2016, establece en su artículo 2.2.2.4.6., que “[l]as prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez” (Subrayas fuera de texto). Esta es una norma que se aplica a los supuestos de multifiliación, es decir, a aquellos escenarios en los que una persona estaba afiliada válidamente a los dos regímenes, pero aportando a uno solo. Sin embargo, el artículo ha sido usado, por la vía de la analogía, para dirimir asuntos de competencia distintos. Con base en ello, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo, el 23 de mayo de 2018, al estudiar un caso como este, que la prestación debía ser reconocida por la entidad que recibió los aportes al momento en que ocurrió el siniestro.

(iii) Por último, la interpretación según la cual el fondo nuevo debe reconocer la pensión –con independencia del momento en que se estructure la invalidez–, parece contener una contradicción específica con la forma de financiación de la prestación que, por cada régimen, el legislador previó.”

Financiación de la pensión de invalidez y sostenibilidad financiera del sistema.

En ese sentido, la Corte Constitucional sostuvo que con la postura que se adopta a partir de la sentencia de unificación SU-313 de 2020, se garantiza la adecuada financiación de la pensión de invalidez y la sostenibilidad financiera del sistema, de acuerdo con los siguientes argumentos:

“6.3.1. El Régimen de Prima Media con Prestación Definida es, por antonomasia, solidario. Su correcto funcionamiento está atado al apoyo intergeneracional toda vez que el pago de las pensiones que se reconocen en la actualidad, depende de las cotizaciones que, al mismo tiempo, se encuentran realizando las personas vinculadas a un trabajo. Esas cotizaciones, que serán de orden obligatorio, provienen de la labor que adelanten quienes (i) sean servidores públicos, (ii) hayan suscrito un contrato laboral o por prestación de servicios, o (iii) aporten como independientes. Con la afiliación al Sistema General de Pensiones, inicia la obligación de cotizar y ella habrá de mantenerse hasta tanto la persona no acredite los requisitos para acceder a una pensión de vejez o, de manera excepcional, a una de invalidez.

Esas cotizaciones, conforme ha sido necesario por consideraciones presupuestales, han aumentado históricamente. Antes de la Ley 100 de 1993, aquellas correspondían al orden del 8% del salario mensual que devengaba el trabajador, con posterioridad se estableció, en el artículo 20 de esa última norma, que ascenderían anualmente así: para 1994, al 11,5%; para 1995, al 12,5%; y desde 1996, en adelante, serían del 13,5%. Desde la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, han vuelto a variar, así: para 2004, al 14,5%; para 2005, al 15,0%; para 2006 y 2007, al 15.5%; y, desde 2008, hasta la fecha, al 16%. Por supuesto, dependiendo de las circunstancias, ese porcentaje puede ser superior, como ocurre, por ejemplo, con quienes devengan más de cuatro salarios mínimos. Con todo, de las cotizaciones se nutre el RPM para pagar las pensiones que tiene a su cargo y que se causaron con ocasión del cumplimiento de requisitos mínimos exigidos por la ley. Estos aportes van a un fondo común que será de naturaleza pública.

Ahora bien, la cotización del 16% aludida, encuentra en el RPM una distribución específica. De ese porcentaje, un 3% debe ser destinado a cubrir gastos de administración, pensiones de invalidez y de sobrevivientes. Lo demás será destinado, como reservas, al fondo común de vejez. Esto quiere decir que, en principio, las pensiones de invalidez y sobrevivientes se pagan con un rubro propio. Sin embargo, y como lo previene el legislador, en caso de ser necesario, para responder por tales prestaciones las administradoras pueden acudir a las reservas destinadas para los riesgos de vejez.

Queda claro entonces que en el RPM las pensiones de invalidez se pagan con recursos provenientes de ese fondo común de naturaleza pública –como lo denominó el propio legislador–. Esto es importante porque desde la emisión del Decreto 692 de 1994 se había permitido al antiguo Instituto de Seguros Sociales, y a las otras Cajas de Previsión, contratar seguros para responder por los siniestros de invalidez o sobrevivientes que se causaran –como ocurre en el RAIS según se explicará infra–. Empero, el ISS, en su momento, optó por asumir el riesgo directamente y Colpensiones, en la actualidad, mantiene la misma línea.

6.3.2. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la financiación de la pensión de invalidez difiere sustancialmente. En este escenario, las cotizaciones efectuadas por una persona no serán dirigidas a un fondo común, sino a una cuenta de naturaleza individual que, junto con sus rendimientos,

servirá de sustento económico al momento de reconocer y pagar la pensión a la que tenga derecho el afiliado.

En esa cuenta individual se encuentran (i) las cotizaciones obligatorias que deban hacerse al Sistema General de Pensiones –que de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como se explicó supra, en la actualidad ascienden al 16% del salario percibido por el trabajador–, (ii) las cotizaciones voluntarias que a bien pretenda hacer el asegurado con el objeto de que el monto de su ahorro crezca y redunde en una pensión más pronta o de mayor cuantía, y, (iii) un bono pensional tipo A: solo si previamente existió un traslado del RPM al RAIS, donde el valor de las cotizaciones hechas en favor del primero pasarán al segundo bajo ese mecanismo.

Respecto a la distribución de la cotización obligatoria, debe decirse que del 16% que la compone, la Administradora de Fondos Pensionales que corresponda deberá destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de “los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

Así entonces, a partir de esta claridad previa, para entender la forma en que una pensión de invalidez se financia en el RAIS, debe revisarse lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 –inciso primero–, según el cual esta prestación habrá de pagarse con lo que se incluya en tal cuenta individual (que corresponderá al 11,5% de las cotizaciones obligatorias aludidas, más los rendimientos y el bono pensional que eventualmente se haya liquidado, sin tomar en cuenta, prima facie, las cotizaciones voluntarias). Por demás, y solo en caso de que el monto que exista en esa cuenta individual no sea suficiente para financiar la prestación, la aseguradora con la que el Fondo de Pensiones haya contratado los riesgos de invalidez y sobrevivientes, en favor de sus afiliados, deberá responder por lo que hiciera falta para completar el capital.

Esta forma de planificar los recursos de los que se nutriría la pensión aludida, fue objeto de debate en el Congreso de la República al momento de aprobar la Ley 100 de 1993. Allí se discutía si la pensión de invalidez debía, en el RAIS, ser cubierta en su totalidad por la aseguradora y no acudir, de esa manera, a la cuenta individual de la persona. El argumento de quienes sostenían esa postura estaba dirigido a cuestionar el hecho de que un afiliado debiera pagar una póliza (porque el pago de la prima a la aseguradora se deriva de la cotización obligatoria de este) y al mismo tiempo, a pesar de ello, financiar la pensión con su propio capital ahorrado. Sin embargo, la posición que imperó fue la de quienes afirmaban que “si la aseguradora fuera obligada a cubrir con sus propios recursos no el monto propuesto en el proyecto sino la totalidad de la pensión, el costo de la prima sería supremamente elevado”.

6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. Esas AFP no podrán realizar este tipo de negocios jurídicos en beneficio de un solo individuo, sino en favor del conjunto de sus afiliados. Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el siniestro se

produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen a la persona.

Quien habrá de tomar la póliza, como se desprende de lo antedicho, será la AFP. Ello debe hacerse garantizando, en todo caso, una licitación pública que haga posible la libre concurrencia de las entidades que estén autorizadas para asegurar este tipo de riesgos. Ejercicio que deberá permitir la igualdad de acceso, de información, la objetividad en la selección, la periodicidad y la publicidad. Una vez seleccionada la sociedad que servirá a este propósito, se entenderá que aquella habrá de responder por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar (i) la pensión de invalidez, solo en caso de que lo contenido en la cuenta individual de la persona no sea suficiente para el mismo propósito –como ya se dijo– y (ii) la pensión de sobrevivientes, en circunstancias similares a la anterior.

El porcentaje que servirá al pago de la prima, sale, se reitera, del 3% de las cotizaciones obligatorias. Sin embargo, esto no quiere decir que su monto sea inmodificable. Al contrario, depende, para los dos riesgos que son protegidos, de circunstancias tales como las tablas de mortalidad o de invalidez de activos.

Ahora, sobre la ocurrencia del siniestro, en virtud del cual se hará efectiva la protección, la Circular Externa 07 de 1996, suscrita en su momento por la Superintendencia Bancaria –hoy Superfinanciera–, sostiene lo que sigue: “se entiende ocurrido el siniestro al fallecimiento o al momento en que acaezca el hecho que origine la invalidez de un afiliado. No obstante, en este último caso, el asegurador solo está obligado al pago a la declaración en firme de la invalidez”. La importancia de la contratación de este seguro previsional es crucial, máxime cuando lo común es que las personas no logren el ahorro necesario para pensionarse sin acudir a otros recursos, pues, como lo sostiene un estudio de Fedesarrollo, elaborado en 2011, “(...) según cálculos de Fasecolda, la cobertura que ofrece este seguro equivale en promedio al 90% del capital necesario para adquirir la pensión”.

6.4. Movimientos financieros entre regímenes cuando opera un traslado. El destino de los aportes cotizados a cada uno de ellos

Si una persona cumple los requisitos para trasladarse de régimen, lo cotizado al fondo antiguo deberá ser dirigido al fondo nuevo. La forma en que debe operar esa transacción también está regulada. Aquella difiere según el traslado de que se trate, pues el cálculo que habrá de hacerse no es el mismo si el cambio se produce del RAIS al RPM o a la inversa.

Traslado del RAIS al RPM. Si ocurre en este sentido el cambio, el Decreto 1833 de 2016 dispone que el RPM recibirá del RAIS, “(...) 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 (...)”. Que las cotizaciones voluntarias no se remitan en el marco de este proceso, encuentra sentido solo si se advierte que el RPM no las admite, pues allí no se podrá obtener una pensión con independencia de la edad o el número de semanas cotizadas.

Así entonces, como se desprende de la norma en cita (pero también del artículo 113 de la Ley 100 de 1993), lo que habrá de trasladarse, en lo que respecta a las cotizaciones obligatorias, será ese 11,5% que en virtud del artículo 20 de la misma Ley deberá destinarse a la cuenta individual (a lo que se sumarán los rendimientos y el bono pensional, si lo hay). No se traslada el 16%, porque, como se explicó, la AFP del RAIS dispuso de un 1,5% dirigiéndolo al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y de un 3% al financiamiento de los gastos de administración y las primas que se pagaron a la aseguradora.

Traslado del RPM al RAIS. En tanto las cotizaciones obligatorias efectuadas en favor del RPM no son dirigidas a una cuenta individual sino a un fondo común de naturaleza pública, el remedio financiero que previó el legislador y, por mandato de este último, el Gobierno Nacional, para trasladar los recursos hacia el RAIS, se denomina bono pensional tipo A.

Estos bonos no responden a un simple traslado de las cotizaciones obligatorias hacia otro Régimen. Son títulos que representan los “aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”, según la definición propia del Decreto 1299 de 1994. Su valor base, independientemente de las semanas cotizadas al RPM, se busca al calcular lo que la persona habría “debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el periodo que estuvo cotizando o prestando servicios, hasta el momento del traslado al régimen de ahorro individual, para que a este ritmo hubiera completado a los 62 años si son hombres o 60 años si son mujeres, el capital necesario para financiar una pensión de vejez (...)”.

6.5. En resumen: en el RPM y en el RAIS la pensión de invalidez se financia de forma distinta. Solo las AFP del segundo contratan con una aseguradora el cubrimiento de la eventual suma adicional que haga falta para cubrir la prestación. El valor de la prima, en ese contrato de seguro, es pagado con una proporción de las cotizaciones obligatorias que en el Sistema de Seguridad Social deben hacer sus afiliados. La aseguradora, por su parte, solo responde por esa suma adicional si el siniestro ocurre en vigencia del contrato que suscribe con el fondo. En el RPM, de otro lado, la pensión se paga acudiendo al fondo común de naturaleza pública y no se contrata con aseguradora alguna. A su vez, si un traslado se produce en el intervalo comprendido entre la fecha de estructuración y la fecha en que es calificada la persona, los dineros que se remiten al fondo nuevo se calculan con base en dos fórmulas distintas, dependiendo si el traslado se da del RAIS al RPM o a la inversa.”

Libertad de escogencia de régimen o administradora pensional.

Respecto a este ítem, la Sala Plena de la Corte Constitucional explicó que la motivación que tienen los afiliados para realizar un traslado se cimenta en la expectativa de alcanzar la pensión de vejez y no las de invalidez y sobrevivientes,

sosteniendo que en las dos últimas prestaciones económicas los afiliados conservan las mismas condiciones para amparar esos riesgos, lo que conlleva a que sea indiferente para el afiliado si las pensiones las paga el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; por lo que, al fundamentarse el traslado en la posibilidad de acceder a la pensión de vejez, el afiliado conservará la posibilidad de pensionarse por vejez con los requisitos exigidos en el régimen pensional al que se trasladó y no con las reglas del régimen que abandonó; lo que demuestra que con la postura adoptada por la Corte en la citada sentencia SU-313 de 2020, no se transgrede la libre escogencia de régimen o administradora pensional de los afiliados.

Conclusión.

Con base en todo lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que: *“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.”*

En el anterior orden de ideas, esta Corporación, al identificarse plenamente con los argumentos expuestos por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-313 de 2020, no acoge la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL5183 de 2021, y, por tanto, frente a este tipo de casos, aplicará la dispuesta por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional.

3. DE LOS INTERESES MORATORIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Con la finalidad de dar pronta resolución a las peticiones elevadas por los afiliados, el legislador conminó a las entidades de la seguridad social responsables del reconocimiento de las pensiones que ofrece el sistema, a ejecutar esa tarea dentro de un término perentorio y razonable, al cabo del cual deben definir la situación pensional del peticionario.

En ese contexto y con el objeto de evitar dilaciones innecesarias e injustificadas en el reconocimiento y pago de las pensiones, el legislador creó por medio del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, una medida resarcitoria consistente en ordenar a cargo de la entidad morosa y a favor del pensionado, el reconocimiento y pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación vigente para el momento en que se efectúe el pago total de la obligación.

Obsérvese pues que los referenciados intereses no surgen a la vida jurídica por un simple capricho del legislador, sino que su razón de ser está directamente relacionada con el incumplimiento al deber de las administradoras pensionales de reconocer en tiempo esas prestaciones económicas a su cargo.

Sin embargo, en sentencia SL331 de 22 de febrero de 2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien reiteró que los referidos intereses moratorios tienen un carácter resarcitorio y no sancionatorio, por lo que no le es dable al juez realizar juicios sobre la conducta que llevó a las administradoras pensionales a incumplir con su obligación de pagar oportunamente la pensión; recordó que desde la sentencia CSJ SL3130-2020 esa Corporación determinó que existen razones que llevan a exonerar de esa condena a las administradoras pensionales en aquellos casos en los que ***“según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía***

con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.” (Negrillas por fuera de texto)

Y, al abordar el caso concreto, sostuvo que: *“Así las cosas, trasladando las directrices doctrinales, hoy reiteradas, no se desprende que la entidad accionada demostrara que **nos encontramos ante un cambio de línea jurisprudencial** o que la negativa pensional se hubiese dado con amparo en el ordenamiento legal vigente.”* (Negrillas por fuera de texto)

EL CASO CONCRETO

De acuerdo con la información inmersa en la historia laboral emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones -págs.61 a 68 archivo 04 carpeta primera instancia- junto con la certificación de vinculaciones expedida por el SIAFP de Asofondos -pág.91 archivo 12 carpeta primera instancia-, la señora María Enelia Camacho Jiménez se afilió el 1° de mayo del año 2002 al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, trasladándose luego al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. el 16 de octubre de 2009, en donde permaneció vinculado hasta el 9 de octubre de 2017, ya que el 10 de octubre de 2017 regresó al RPMPD administrado por Colpensiones, en donde se encuentra afiliada actualmente; por lo que, conforme con los movimientos referidos anteriormente, se trasladaron en su momento los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones, y, cuando regreso a Colpensiones, no solamente hicieron el traslado de esos dineros, sino también de aquellos que se produjeron en el RAIS por concepto de intereses y rendimientos financieros; sin embargo, **tal y como lo explicó la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-313 de 2020, del 16% del aporte pensional, únicamente se destinaba a su cuenta de ahorro individual el 11.5%, ya que el restante 4.5% se destinaba en un 1.5% al fondo de garantía de pensión mínima y el 3% a los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.**

Así las cosas, aplicando en su integridad la postura adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-313 de 2020, en este tipo de asuntos en los que un afiliado del sistema general de pensiones se traslada entre regímenes pensionales, como fue el caso de la señora María Enelia Camacho Jiménez, y posteriormente se califica su pérdida de la capacidad laboral, la administradora pensional llamada a responder por la pensión de invalidez, es aquella en la que se encontraba vinculada la afiliada para el momento en que se produce el siniestro -estructuración de la invalidez-, por lo que a continuación, pasará a verificar la Corporación si la señora Camacho Jiménez alcanzó una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y de ser así, en qué momento se estructuró la invalidez.

Según dictamen N°42146095-24 de 15 de enero de 2020 -págs.104 a 110 archivo 04 carpeta primera instancia- emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, la señora María Enelia Camacho Jiménez tiene una pérdida de la capacidad laboral del 59.51% de origen común y estructurada el 19 de julio de 2017; lo que implica que, al haberse producido el siniestro en una fecha en la que la señora Camacho Jiménez se encontraba afiliada a la AFP Protección S.A., es aquella entidad la llamada a responder por la eventual pensión de invalidez que pudiere haber generado la actora con ocasión de su invalidez, como bien lo concluyó el máximo órgano de la jurisdicción constitucional en la sentencia de unificación 313 de 2020; razón por la que equivocada resultó la decisión de la *a quo* consistente en señalar como responsable del reconocimiento de esa prestación económica a la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que conlleva a que se le exonere de toda responsabilidad en el presente asunto.

Concretado ese primer aspecto, pasará la Corporación a verificar si la señora María Enelia Camacho Jiménez acredita los requisitos exigidos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la ley 860 de 2003, consistente en

haber cotizado por lo menos cincuenta semanas al sistema general de pensiones dentro de los tres años anteriores a la estructuración de invalidez.

Como viene de verse, la invalidez del 59.51% de origen común que se le dictaminó a la señora María Enelia Camacho Jiménez quedó estructurada para el 19 de julio de 2017 y según la historia laboral expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones -págs.61 a 68 archivo 04 carpeta primera instancia-, ella tiene cotizaciones correspondientes a 154,28 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez; razón por la que tiene derecho a que el fondo privado de pensiones Protección S.A. le reconozca la pensión de invalidez en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas anuales a partir del 19 de julio de 2017.

En torno al disfrute de la pensión de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1562 de 2019, al analizar la incompatibilidad entre el pago de las mesadas pensionales y los subsidios por incapacidad temporal, sostuvo que el artículo 40 de la ley 100 de 1993 es claro en determinar que la pensión de invalidez debe reconocerse a partir de la fecha en que se produce el estado de invalidez, asegurando que el legislador no estableció ninguna condición tácita o explícita para el disfrute de esa prestación económica diferente a la de ubicar tal situación jurídica en la fecha en que se fija la estructuración de la invalidez, afirmando que ese derecho *“no puede entenderse disminuido o extinguido por el hecho de que el afiliado hubiese percibido pagos por concepto de incapacidades temporales, pues estos pagos no redundan en la disminución de la invalidez, cuyo amparo es el objetivo principal del derecho pensional.”*; indicando a renglón seguido que *“cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.”*

Conforme con lo expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción laboral frente a ese tópico, el disfrute de la pensión de invalidez de la señora María Enelia Camacho Jiménez inexorablemente debe fijarse a partir del 19 de julio de 2017, pero, como la EPS Servicio Occidental de Salud emitió certificación el 17 de febrero de 2020 - pág.152 archivo 11 carpeta primera instancia- en la que informa que la actora disfrutó del pago de subsidio por incapacidad entre el 21 de noviembre de 2017 y el 30 de noviembre de 2017 (10 días) y desde el 7 de diciembre de 2017 hasta el 21 de diciembre de 2017 (15 días), al liquidar el retroactivo pensional causado desde el 19 de julio de 2017, que dicho sea de paso, no ha sido cobijado ni siquiera parcialmente por el fenómeno jurídico de la prescripción, ya que tanto la reclamación ante Protección S.A. como la presente acción fueron interpuestas dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedó en firme el dictamen N°42146095-24 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda el 15 de enero de 2020; no se incluirán en él los 25 días en los que la actora estuvo disfrutando el subsidio por incapacidad temporal.

De acuerdo con lo expuesto, se procederá a liquidar el retroactivo pensional generado a favor de la demandante entre el 19 de julio de 2017 y el 31 de marzo de 2023.

Periodo	Valor Mesada	N° de mesadas	Total
19/07/17 a 31/07/17	\$737.717	0,4	\$295.087
1/08/17 a 31/08/17	\$737.717	1	\$737.717
1/09/17 a 30/09/17	\$737.717	1	\$737.717
1/10/17 a 31/10/17	\$737.717	1	\$737.717

1/11/17 a 20/11/17	\$737.717	0,67	\$494.270
21/11/17 a 30/11/17	0	0	0
1/12/17 a 6/12/17	\$737.717	0,2	\$147.543
7/12/17 a 21/12/17	0	0	0
22/12/17 a 31/12/17	\$737.717	0,267	\$196.970
Adicional Dic 2017	\$737.717	1	\$737.717
1/01/18 a 31/12/18	\$781.242	13	\$10.156.146
1/01/19 a 31/12/19	\$828.116	13	\$10.765.508
1/01/20 a 31/12/20	\$877.803	13	\$11.411.439
1/01/21 a 31/12/21	\$908.526	13	\$11.810.838
1/01/22 a 31/12/22	\$1.000.000	13	\$13.000.000
1/01/23 a 31/01/23	\$1.160.000	3	\$3.480.000

Total: \$60.708.669

Conforme con el resultado que se ve en la tabla, se condenará al fondo privado de pensiones Protección S.A. a reconocer y pagar a favor de señora María Enelia Camacho Jiménez la suma de \$60.708.669 por concepto de retroactivo pensional generado entre el 19 de julio de 2017 y el 31 de marzo de 2023.

En lo concerniente a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, si bien le asiste razón al apoderado judicial de la parte actora cuando sostiene que los mismos tienen un carácter resarcitorio y no sancionatorio, lo que impide que se analice si la actuación de las administradoras pensionales estuvo amparada o no en el principio de la buena fe, no es menos cierto que, como se explicó precedentemente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL331 de 22 de febrero de 2023 recordó lo dispuesto en la sentencia CSJ SL3130-2020, en donde se dijo que existen razones para exonerar de esa condena a las administradoras pensionales en aquellos casos en los que la definición del proceso se produce con aplicación de reglas jurisprudenciales; por lo que, como en este caso existen dos posturas diferentes frente al tema, esto es, la del máximo órgano de la jurisdicción laboral y la de la Corte Constitucional, habiéndose aplicado en esta sede la segunda de ellas, lo que muestra que el tema no ha sido pacífico al interior de la judicatura, tal situación se erige en una causa de exoneración de la imposición de los referidos intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 a la AFP Protección S.A.; pero, como el paso del tiempo afecta el poder adquisitivo de la moneda en Colombia, se le condenará a reconocer y pagar la indexación de las sumas reconocidas a título de mesadas pensionales generadas a partir del 19 de julio de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Se autoriza a la AFP Protección S.A. a descontar del retroactivo pensional el porcentaje correspondiente a los aportes en salud.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 25 de noviembre de 2022.

SEGUNDO. DECLARAR que la señora MARÍA ENELIA CAMACHO JIMÉNEZ tiene derecho a que el fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., le reconozca la pensión de invalidez a partir del 19 de julio de 2017, en cuantía equivalente al SMLMV y por 13 mesadas anuales.

TERCERO. CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a favor de la señora MARÍA ENELIA CAMACHO JIMÉNEZ la suma de \$60.708.669 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 19 de julio de 2017 y el 31 de marzo de 2023.

CUARTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a favor de la señora MARÍA ENELIA CAMACHO JIMÉNEZ la indexación de las mesadas pensionales causadas entre el 19 de julio de 2017 y el 31 de marzo de 2023, al momento en que se efectúe el pago total de la obligación.

QUINTO. ABSOLVER a la AFP PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones elevadas en su contra.

SEXTO. NEGAR las pretensiones subsidiarias elevadas en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

Sin costas en ambas instancias.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado
SALVO VOTO

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto Ley 2213 de 2022

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

**Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goetz Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Salvamento De Voto**

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: **fcf102389e267f9991c6654e73ee16e25e4e2158871ea57404ccee8e8465f6c3**

Documento generado en 19/04/2023 08:51:28 AM

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