



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL4295-2022

Radicación n.º 93567

Acta 41

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** como litis consorte necesario, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 29 de abril de 2021, en el proceso que instauró **YOANNA RUBY ORDUÑA GONZÁLEZ** contra la recurrente y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**.

I. ANTECEDENTES

Yoanna Ruby Orduña González presentó demanda ordinaria laboral pretendiendo que se declarara que le asiste el derecho a la pensión de invalidez a cargo de la

Administradora Colombiana de Pensiones, y, en consecuencia, solicitó principalmente se condenara a Colpensiones a pagar la pensión de invalidez; como primera pretensión subsidiaria, solicitó condenar a la entidad a pagarle el retroactivo desde el momento en que se hizo exigible, y como segunda pretensión subsidiaria, se condenara a la misma a pagarle la indexación. Solicitó, además, el pago de los intereses desde el momento en que se generó la prestación, las costas y las agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en lo que interesa al recurso extraordinario, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) el 9 de octubre de 1992; posteriormente, el 1 de octubre de 1994, se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; y, finalmente, el 9 de septiembre de 2016, retornó al régimen de prima media sin que Colpensiones le objetara el traslado. Enunció que, a partir del 31 de octubre de 2015, ha estado incapacitada hasta la fecha en que presentó la demanda, que Colpensiones le calificó pérdida de capacidad laboral con un porcentaje de 47.15%, que al ser apelada dicha calificación, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen con constancia de ejecutoria No. 52106822-3419 el 25 de agosto de 2018, el cual da concepto de pérdida de capacidad laboral del 56.91%, que ha cotizado 1.333 semanas a la fecha de presentación de la demanda y que solicitó a Colpensiones pensión de invalidez, la cual le fue negada alegando por la entidad que presentaba multivinculación (fls. 3-7).

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso la prosperidad de todas las pretensiones argumentando, como quiera que la accionante tuvo traslado de régimen pensional a un fondo privado en el año 1994, y nuevamente retornó a Colpensiones el 1 de noviembre de 2016, es decir, que en la fecha de estructuración de la invalidez (18 de julio de 2016) la demandante no se encontraba afiliada a Colpensiones sino afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el fondo de pensiones Protección S.A.; por ello, se tiene que, los siniestros acaecidos antes de la vinculación con la nueva administradora estarán a cargo de aquella administradora de la cual se retiró el afiliado, que en el caso de la pensión de invalidez el momento del siniestro corresponde a la fecha de estructuración determinada en el dictamen de calificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1406 de 1990.

En cuanto a los hechos, negó que la fecha de retorno a Colpensiones fuera el 9 de septiembre de 2016, señalando para ello, la fecha de efectividad data para el mes de noviembre de ese mismo año; negó que a la demandante le asistiera el derecho que Colpensiones deba reconocerle pensión de invalidez ya que al momento de la estructuración ésta se encontraba afiliada al RAIS; y en todo lo demás enunciado adujo ser ciertos.

En su defensa, propuso como excepción previa la falta de integración del contradictorio o integración del litis consorcio necesario; y como excepciones de mérito, la

inexistencia de la obligación a cargo de Colpensiones, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción e innominada o genérica (fls. 45-54).

Dentro del proceso, decidió el juzgado sobre la integración del litis consorcio necesario, por lo que en audiencia celebrada el 10 de junio de 2020 se ordenó vincular a Protección S.A., entidad que fue debidamente notificada, y mediante auto de 22 de octubre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de aquella.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante providencia de 27 de enero de 2021, resolvió:

PRIMERO. CONDENAR a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de la demandante señora RUBY YOANNA ORDUÑA GONZÁLEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.106.822 la pensión de invalidez a partir del 18 de julio de 2016, junto con los aumentos legales a que haya lugar año tras año, la cual deberá calcular con base en el IBL de los últimos 10 años de cotización teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la pensión, esto es del 18 de julio de 2016, aplicando una tasa de reemplazo del 66%, en 13 mesadas anuales.

SEGUNDO. CONDENAR a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de la demandante señora RUBY YOANNA ORDUÑA GONZÁLEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.106.822 las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, 13 mesadas anuales, causadas y no pagadas desde el 18 de julio de 2016 hasta el momento efectivo de su pago, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la entidad demandada

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de la demandante señora RUBY YOANNA ORDUÑA GONZÁLEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.106.822 los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde el 19 de diciembre de 2018 hasta que se paguen, sobre las mesadas pensionales generadas desde el 18 de julio de 2016 hasta el momento efectivo de su pago, conforme a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada COLPENSIONES, el Despacho se releva del estudio de las demás por las resultas del proceso y de oficio se DECLARA PROBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación en relación con la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas.

QUINTO. AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a descontar del retroactivo causado en favor de la señora RUBY YOANNA ORDUÑA GONZÁLEZ el pago de las incapacidades efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es por el período comprendido entre el 18 de julio de 2016 hasta el 14 de febrero de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO. ABSOLVER la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones incoadas por la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO. ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO. CONDENAR en costas a la parte demandada COLPENSIONES dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOVENO. En caso de no ser apelada CONSÚLTESE con el Superior.

Contra la anterior decisión, Colpensiones interpuso y sustentó recurso de apelación, que le fue concedido por el Juzgado.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante fallo de 29 de abril de 2021, decidió:

PRIMERO. REVOCAR los numerales tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo de la sentencia proferida el 27 de enero de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO. MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 27 de enero de 2021 por el Juzgado Segundo (2º.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas los cuales quedaran así: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a reconocer y pagar a favor de la demandante señora RUBY YOANNA ORDUÑA GONZALEZ, identificada con la C.C. 52.106.822 la pensión de invalidez a partir del 18 de julio de 2016, con efectos fiscales a partir del 14 de febrero de 2018, junto con los aumentos legales a que haya lugar, la cual deberá calcular con base en el IBL de los últimos diez años teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la pensión, esto es, el 18 de julio de 2016, con una tasa de reemplazo de 66%, trece mesadas anuales, las que deberán ser indexadas al momento del pago.

TERCERO. CONFIRMAR los numerales séptimo y noveno de la sentencia proferida el 27 de enero de 2021 por el Juzgado Segundo (2º.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

CUARTO. MODIFICAR el numeral octavo para indicar que las costas son a cargo de PROTECCIÓN.

QUINTO. ADICIONAR la sentencia de primera instancia para ordenar a COLPENSIONES que dentro de los quince días (15) siguientes a la ejecutoria de la sentencia devuelva los aportes realizados por la señora RUBY YOANNA ORDENA GONZALEZ a PROTECCIÓN, y a PROTECCIÓN para que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia reconozca y pague la pensión de invalidez a la demandante.

SEXTO. Sin costas en esta instancia.

Consideró para ello el cuerpo colegiado, que la norma aplicable al caso *sub-examine* es la Ley 860 de 2003, que

modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la cual señala, como requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común, haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Advirtiendo con ello que, respecto de dicha fecha, el dictamen médico indica que la pérdida de capacidad laboral se estructuró el 18 de julio de 2016. De lo anterior se tiene, la demandante causó el derecho a la pensión de invalidez de conformidad con la Ley 860 de 2003, y el problema jurídico recae respecto de cuál es la entidad responsable del pago de la prestación.

Dio por probado el Tribunal, de los documentos que obran en el expediente, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen de pérdida de capacidad el 25 de mayo de 2018, mediante el cual se le dictaminó a la demandante PCL del 56.91% con fecha de estructuración el 18 de julio de 2016 (fls. 27-29); que se trasladó a Colpensiones el 1 de noviembre de 2016; que la demandante para la fecha de estructuración se encontraba afiliada a Protección S.A. (f. 139); que para dicha data contaba con 1.214,98 de las cuales 154,42 se cotizaron dentro de los tres años anteriores al 18 de julio de 2016.

En ese orden de ideas, señaló el Tribunal, existen dos alternativas para dar respuesta al problema jurídico planteado: (i) para los casos en los que el afiliado haya mantenido activa su capacidad laboral residual, es la administradora en la cual se encuentre afiliado al momento del cese de las cotizaciones, la llamada a reconocer la

prestación; y (ii), no existiendo capacidad laboral residual, la entidad llamada a responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es aquella en la que se encuentre afiliado el beneficiario a la fecha de la estructuración de tal estado.

Así las cosas, no le resultó de recibo al Tribunal la primera tesis por cuanto la demandante no tuvo capacidad laboral residual, observando que, en el escrito progenitor, ella misma indicó estar en licencia desde el 31 de octubre de 2015, y, para la fecha de estructuración de la invalidez, ya contaba con más de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores; concluyendo así, que la administradora responsable del riesgo es aquella en la que se encontraba afiliada la accionante cuando causó el derecho, siento ésta, Protección S. A., dado que la demandante para el 18 de julio de 2016, fecha de estructuración, se encontraba afiliada a dicha entidad y cumplió los requisitos para acceder a la prestación.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la entidad demandada, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la

sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de abril de 2021, para que, constituida en sede de instancia, confirme la sentencia de primer grado.

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, enderezados por la vía directa, los que comparten similitud en los preceptos jurídicos atacados, persiguen el mismo fin y se soportan en iguales argumentos, se estudiarán de manera conjunta, cargos replicados en su oportunidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por la vía directa en la modalidad interpretación errónea respecto de los artículos 2 literal a), 13 literales b) y e), 38, 41, 44 y 271 de la Ley 100 de 1993; los artículos 25, 53 y 54 de la Constitución Política; los artículos 22 y 24 de la Ley 361 de 1997; el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, compilado por el artículo 3.2.1.12. del Decreto 780 de 2016 y la Ley 1346 de 2019.

Para la demostración del cargo, advirtió la recurrente, el criterio jurisprudencial que utilizó el Tribunal ha sido modificado y actualmente éste determina aplicable el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, el cual consagra una regla general de competencia de reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional, según la cual, validada la afiliación y una vez cobre plenos efectos de ley, surge para el nuevo ente administrador la obligación de

reconocer las prestaciones económicas que correspondan.

Según la recurrente se equivocó el Tribunal, al no considerar que la responsabilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez debe estar en cabeza de la administradora de pensiones a la cual se encuentre vinculado el afiliado cuando dicho estado se dictamina, mas no cuando se estructura, así las cosas, la actora se encontraba vinculada a Colpensiones cuando se emitió y quedó en firme el dictamen en el cual se establece su invalidez, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que tiene constancia de ejecutoria No.52106822-3419 el 25 de agosto de 2018; de suerte que, corresponde a tal entidad hacerse cargo de la prestación deprecada en el proceso.

VII. RÉPLICA

En su escrito de oposición, Colpensiones respaldó la correcta interpretación de las normativas vigentes aplicables al caso por parte del Tribunal y que fueron esbozadas en la sentencia; pues bien, consideró, se le dio el entendimiento apropiado a los preceptos legales al determinar que el fondo de pensiones responsable del reconocimiento de la pensión de invalidez es aquel al cual se encuentra afiliado el beneficiario del siniestro al momento en que ocurrió la misma, o en la fecha en que ésta se estructuró.

Además, indicó que si bien la recurrente denunció como vulneradas las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993

con la sentencia proferida por *ad-quem*, aquellas fueron interpretadas de manera correcta por el juez de alzada, como quiera que allí se señalan los requisitos del traslado, el tiempo que puede transcurrir desde dicha afiliación para retornar al régimen anterior, así como la prohibición de hacerlo cuando le faltaren menos de diez (10) años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión. Bajo esa óptica, adujo, el fallador de segunda instancia realizó la interpretación de dichos preceptos normativos observando su espíritu, y, por lo tanto, su sentencia se encuentra ajustada a derecho.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por la vía directa en la modalidad infracción directa respecto de los artículos 2 literal a), 13 literales b) y e), 38, 44 y 271 de la Ley 100 de 1993; los artículos 25, 53 y 54 de la Constitución Política; los artículos 22 y 24 de la Ley 361 de 1997; el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, compilado por el artículo 3.2.1.12. del Decreto 780 de 2016 y la Ley 1346 de 2019.

Para la demostración del cargo, la recurrente puso de presente que el Tribunal dejó de utilizar otras disposiciones legales y constitucionales de las cuales se desprende, que el reconocimiento pensional le corresponde al fondo nuevo y que ello se corresponde con el imperativo de eficiencia del sistema, pues, imponerle esa obligación al fondo antiguo o aquel al que estaba vinculado el afiliado cuando la invalidez se estructuró implica la anulación de la decisión libre y

voluntaria de la persona a permanecer en un régimen de pensiones determinado. Por tal motivo, es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación.

IX. RÉPLICA

En respuesta al segundo cargo, Colpensiones defiende las disposiciones normativas utilizadas por el Tribunal y se opuso a que debieron ser utilizadas otras, y expone que en la situación objeto de estudio, tan solo es esencial establecer a qué fondo se encontraba afiliada la accionante en el momento en que se estructuró el estado de invalidez; y con base en ello, es que se determinaría aplicar o inaplicar las normas citadas en la proposición jurídica del cargo.

Con lo anterior, finalmente solicitó la opositora mantener incólume la sentencia proferida por el Tribunal.

X. CONSIDERACIONES

En atención al sendero de ataque, destaca la Sala que no se controvierten los supuestos fácticos que dio por sentados el Tribunal, entre otros, i) **la demandante es beneficiaria de la pensión de invalidez**; ii) que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen de pérdida de capacidad el 25 de mayo de 2018, mediante el cual se le dictaminó a la demandante PCL del 56.91%; iii) que la fecha de estructuración establecida fue desde el día 18 de julio de 2016, época en la que se

encontraba afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; iv) que se trasladó válidamente a Colpensiones a partir del 1 noviembre de 2016.

Es de precisar, que al no estar en discusión que **«a la demandante le asiste el derecho a la pensión deprecada»** (derecho aún no reconocido); el problema jurídico a resolver se centra en establecer, a que entidad le corresponde asumir el pago de la prestación reclamada, es por ello, que el eje central de discusión gira en establecer si erró el Tribunal en revocar la decisión de primer grado en la que se impuso el reconocimiento pensional a Colpensiones, y en su lugar, ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. reconocer y pagar las mesadas deprecadas y su correspondiente retroactivo, intereses de mora e indexación, cuando la fecha de estructuración de la invalidez de la actora se remonta al momento en que se encontraba afiliada a la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para proceder a dar solución a los reproches endilgados a la providencia del colegiado de apelaciones, se hace necesario recordar lo establecido en la normatividad que aspira, se aplique para obtener la exoneración del pago de la pensión de invalidez con la que es favorecida la demandante, y en su lugar, imponer esa obligación a Colpensiones.

(1) Análisis del artículo 42 del Decreto 1406 de 1999

La norma en mención establece:

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 aquél 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 éste 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.

En ese orden de ideas, validada la afiliación pensional y una vez produzca los efectos jurídicos determinados en la ley en los términos señalados en ésta, surge para el nuevo ente administrador la obligación de reconocer las prestaciones económicas que correspondan, norma que establece una regla general de competencia en el reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional, concordante con el imperativo de eficiencia del sistema, toda vez que: (i) pretende evitar los conflictos entre entidades administradoras y la tardanza que esto puede generar en el reconocimiento de las prestaciones respectivas, así como (ii) retornos a regímenes pensionales *antiguos* sin justificación legal; para dar solución al problema jurídico planteado, memora la Sala lo expuesto entre otras en la sentencia CSJ

SL5183-2021, en la que en un caso de similares contornos manifestó:

(1) La entidad pensional responsable de reconocer la pensión de invalidez conforme a lo previsto en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999

El Tribunal aplicó el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, compilado por el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, que consagra que validada la afiliación pensional y una vez cobre plenos efectos de ley en los términos allí señalados, surge para el nuevo ente administrador la obligación de reconocer las prestaciones económicas que correspondan.

Para la Sala, ante la ausencia de una norma que regule la situación concreta en discusión (CSJ SL5603-2019), es razonable que el *ad quem* haya acudido a esa regla general de competencia en el reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional.

Sin duda alguna, este precepto es concordante con el imperativo de eficiencia del sistema, pues (i) pretende evitar los conflictos entre entidades administradoras y la tardanza que esto puede generar en el reconocimiento de las prestaciones respectivas, así como (ii) retornos a regímenes pensionales *antiguos* sin justificación legal.

Este último aspecto es relevante, pues 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.

Elección del régimen pensional

Es de reiterar, que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes, pero que coexisten: a) el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; b) Régimen de ahorro Individual Con Solidaridad, por consiguiente, la elección de cualquiera de

los dos regímenes pensionales existentes en el ordenamiento jurídico debe ser voluntaria y estar libre de cualquier apremio, conforme a lo regulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, las manifestaciones de la voluntad de los afiliados de *vincularse y permanecer en una entidad pensional*, no puede ser restringida ni desconocida so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

La libre elección de cualquiera de los regímenes pensionales existentes, integra el núcleo esencial del derecho mínimo a la seguridad social, consagrado en los mandatos constitucionales de los artículos 48 y 53 de la CP, y su transgresión incide directamente en otros bienes constitucionales fundamentales como la salud, la vida, el trabajo y la dignidad humana. Sobre la temática señalada, en la sentencia CSJ SL1397-2022, se expuso:

(2) Derecho a elegir un régimen pensional

Sobre este aspecto, para la Sala no es admisible, en principio, restringir las actuaciones que aquellas personas despliegan en ejercicio de su fuerza laboral y, especialmente, para este caso, su libre elección de *vincularse y permanecer en una entidad pensional*, dado que este derecho se le garantiza a todos los ciudadanos -literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2.º de la Ley 797 de 2003-, y no puede desconocerse *en cualquier forma* so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por ello, esta libertad de elección integra el núcleo esencial del derecho mínimo a la seguridad social -artículo 53 Superior-, y su transgresión incide directamente en otros bienes constitucionales fundamentales como la salud, la vida, el trabajo y la dignidad humana.

La elección de régimen o fondo pensional es una decisión del afiliado que tiene una orientación multidimensional, pues abarca la aspiración de cualquier persona en torno a ampararse él y sus beneficiarios, no solo del riesgo de invalidez, también los de vejez y muerte, conforme al marco jurídico prestacional que ofrece cada uno de los regímenes validados por el Estado.

En el anterior contexto, para la Sala no es pertinente que aun cuando la estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión tenga lugar en una administradora de pensiones anterior, *pero no había sido declarada formalmente*, el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar. Sin duda, este criterio desconoce el referido derecho de elección. Además, puede significar el desconocimiento de las reglas temporales mínimas de traslado entre regímenes pensionales, sin que al respecto la ley contemple una excepción cuando la estructuración del riesgo se fija para una vinculación previa.

Aunado, 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, tal como lo adujera el *ad quem*, 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, se entiende que el fondo que administra la afiliación 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.

Y es que el afiliado no puede quedar sometido a que se determine el momento de causación del derecho pensional a fin de tener claridad acerca de si permanece en un ente pensional o se anula su afiliación, escenario que, sin duda, atentaría contra la referida garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional.

Entonces, a juicio de la Corte, es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, bien sea en sede administrativa o, si se demanda, ante la jurisdicción ordinaria laboral, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación.

Así también lo establece, específicamente para las pensiones de

invalidez del RAIS, el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994 - compilado por el artículo 2.2.5.8.1 del Decreto 1833 de 2016-, al señalar que el capital necesario es el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez que se genere desde el «momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión en su favor».

Cabe destacar que esta unidad de procedimientos y prestaciones económicas ya ha sido analizada por la Corte en otras esferas. Por ejemplo, en materia de riesgos laborales, es la administradora en la que el afiliado *requiera la prestación* por enfermedad laboral la que debe realizar el reconocimiento respectivo, es decir, *el último ente asegurador*. Ello, pese a que la exposición del riesgo ocurra durante la afiliación a diferentes administradoras e incluso cuando las contingencias sean de diverso orden - comunes y laborales-. Y como en esta situación no existe traslado de recursos financieros, se prevé la posibilidad de repetir proporcionalmente el valor pagado -artículo 1.º parágrafo 2.º de la Ley 776 de 2002, CSJ SL, 24 jun. 2012, rad. 38614.

Así, el reconocimiento prestacional está al margen de que en su formación existan hechos que vinculen a administradoras anteriores. Se garantiza una unidad prestacional y de articulación de procedimientos y recursos, a fin de evitar tardanzas y trámites innecesarios en la protección de las contingencias -artículo 2.º de la Ley 100 de 1993.

Advertido lo anterior, para la Sala no es admisible que aun cuando la estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión ocurrió en una administradora de pensiones anterior, *pero no había sido declarada formalmente*, el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar. Sin duda, este criterio desconoce el referido derecho de elección y, además, nótese que eventualmente puede desconocerse las reglas temporales mínimas de traslado entre regímenes pensionales, sin que al respecto la ley contemple una excepción cuando la estructuración del riesgo se fija para una vinculación previa.

Delineado lo anterior, otro de los interrogantes que

surgen, es si el reconocimiento pensional a cargo del fondo que administra la afiliación, pese a que el riesgo se estructura en un vínculo antiguo, tiene implicaciones negativas en la sostenibilidad financiera del sistema, al respecto la Sala, en la sentencia CSJ SL5183-2021, señaló:

Inicialmente debe destacarse que si bien la pensión de invalidez se causa, por regla general, en la fecha en que se estructura el riesgo, tratándose de una enfermedad degenerativa la Sala ha adocinado que la contabilización del requisito de las semanas no debe limitarse a esa calenda, pues debido a la progresión de la enfermedad también es posible tener en cuenta (i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud pensional o, (iii) la de la última cotización realizada -CSJ SL3275-2019, CSJ SL3992-2019, CSJ SL770-2020 y CSJ SL1718-2021, entre muchas otras-, esto último también (iv) cuando la enfermedad supone la manifestación de secuelas ulteriores -CSJ SL4178-2020.

Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL2332-2021, la Corte resolvió un asunto en el que la fecha de estructuración de la invalidez se fijó en una fecha anterior a la de la afiliación al fondo en el que dicha condición se calificó. Sin embargo, en esa ocasión el derecho pensional no se causó en la estructuración -como en este caso-, sino posteriormente cuando en la persona se evidenció un deterioro físico tal que le impidió continuar laborando, y se determinó que, en consecuencia, era el fondo que administraba la afiliación a ese último momento el que debía reconocer la prestación. Así lo expuso la Sala:

“(...) frente al argumento esgrimido por la censura, según el cual no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque para la fecha en que se estructuró la invalidez o, ‘sinistro’, como lo llama al utilizar un tecnicismo más del seguro privado que de la seguridad social, no se encontraba vinculado con la AFP Protección S.A., no es de recibo. Ello, porque, independientemente de que se estableciera como fecha de estructuración el 30 noviembre de 2005 y que la afiliación inicial al sistema de pensiones a través de Protección S.A. tuviera lugar en diciembre de 2006, lo cierto es que su condición invalidante laboral se vino a conocer años después, en abril de 2010 con la calificación emitida por Sura, Compañía de Seguros S.A., lo que no impidió al afiliado como trabajador dependiente, realizar cotizaciones para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pagos que nunca fueron objetados por la AFP, desde su afiliación y hasta enero de 2017, cuando el deterioro físico a causa de la enfermedad le generó una condición permanente y

definitiva que le impidió continuar trabajando.

(...)

De esa suerte, el sentenciador de alzada no incurrió en yerro de orden jurídico al considerar que, en este caso excepcional, la fecha en que realmente el demandante causó el derecho a la prestación era aquella en que efectuó su última cotización en calidad de trabajador dependiente, 21 de enero de 2017, encontrando que para esa data contaba con 100 semanas de cotización aportadas dentro de los tres años anteriores, criterio que se aviene a lo adocarinado por esta Sala (destaca la Sala)".

Y precisamente ante este carácter abstracto y no definitivo de la determinación de la invalidez, la Sala ha establecido que el derecho pensional surge con la calificación del riesgo y se consolida, en principio, a partir de la estructuración de la invalidez, sin embargo, en tratándose de enfermedades degenerativas o congénitas el requisito de las semanas puede verificarse en cualquiera de las hipótesis posibles atrás mencionadas; y ello es lo que determina la norma aplicable al caso. 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.

Ahora, al descender al caso concreto, si bien el *ad quem* partió del hecho indiscutido de que la estructuración formal de la invalidez de la demandante fue establecida desde el día

18 de julio de 2016, época en la cual se encontraba afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, cometió un error jurídico al considerar que ésta debía responder por dicha prestación, pues aquella continuó trabajando, se trasladó válidamente de régimen pensional a Colpensiones el 1 de noviembre de 2016 y en vigencia de esta afiliación también se concretó y se conoció el dictamen que determinó su pérdida de capacidad el 25 de mayo de 2018.

Por tanto, no se trata de *un hecho ya ocurrido* o que ya existía al momento en que la demandante se trasladó de régimen, pues la declaración formal de la invalidez y su consecuente solicitud de reconocimiento ocurrió ante Colpensiones, y por ello, no es la entidad recurrente la que está llamada a responder por la prestación deprecada.

Asimismo, la Sala no pasa por alto que en sentencia CC SU-313-2020 la Corte Constitucional consideró que en los casos en los que la estructuración de la invalidez ocurre en un momento en el que la afiliación la administraba un *fondo antiguo*, la pensión debe reconocerla este y no el *nuevo* o en cuya afiliación se calificó el riesgo, la Sala se acoge a lo expuesto, en la sentencia CSJ SL1397-2022, en la que se señaló:

Por último, la Sala no pasa por alto que en sentencia SU-313-2020 la Corte Constitucional consideró que en los casos en los que la estructuración de la invalidez ocurre en un momento en el que la afiliación la administraba un *fondo antiguo*, la pensión debe reconocerla este y no el *nuevo* o en cuya afiliación se calificó el riesgo.

El eje central de dicha providencia consiste en que *«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»*, lo que podría tener implicaciones financieras.

Tal decisión se apoya en el citado artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, en armonía con el precepto 2.2.2.4.6 del Decreto 1833 de 2016 -que compiló el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008- que, a juicio de la Corte Constitucional, pese a contener supuestos normativos que regulan los eventos de multiafiliación, puede aplicarse por analogía. Por último, considera que ese criterio no afecta los derechos a la libre elección de régimen pensional ni a la seguridad social.

Pues bien, esta Sala no comparte ese criterio, razón por la cual, en ejercicio de los deberes de suficiencia y transparencia respecto al precedente constitucional (CC C-621-2015 y SU-354-2017), además de lo ya expuesto, considera pertinente rememorar lo indicado en la sentencia ya citada CSJ SL5183-2021, en la cual explicó:

“De entrada, se destaca que la Corte Constitucional parte de que la intención del legislador fue establecer que la pensión de invalidez se causa y reconoce desde la estructuración del riesgo, incluso si hay cotizaciones posteriores, dado que esta fecha es a la pensión de invalidez lo que es la muerte a la de sobrevivientes; sin embargo, entiende la Sala, también acepta que hay casos concretos que permiten establecer excepciones.

Nótese que una de tales excepciones ocurre en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, atrás explicada con suficiencia y según la cual también es dable contabilizar las semanas efectuadas antes de la fecha en que se solicita la pensión, la de declaración del riesgo o de la última cotización, a efectos de determinar la consolidación de la prestación económica.

Y esto justamente implica entender, contrario a lo que se extrae de la sentencia de unificación, que la pensión de invalidez surge con la declaración en firme de la invalidez y pueda causarse en cualquiera de tales momentos, incluido el de la estructuración de la invalidez, que fue la que se determinó en este caso concreto. Asimismo, que dicha declaración en firme es lo que activa el seguro previsional que respaldará el capital necesario para financiarla, tal y como se explicó en los términos de la Circular Externa 007 de 1996 y el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994.

Esta línea de pensamiento es fundamental destacarla, pues a criterio de esta Sala impide afirmar categóricamente que el hecho que el fondo nuevo reconozca la pensión cuando el riesgo se

estructuró en el fondo antiguo, «sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado». Lo anterior porque, se itera, no es dable referir a un hecho ya consolidado cuando el riesgo se estructuró mientras el fondo antiguo administraba la afiliación, pero el conocimiento de la situación de invalidez, su declaración en firme y la solicitud de la prestación económica ocurrieron ante el fondo nuevo, que es lo que marca el surgimiento del derecho pensional, el aseguramiento previsional y el nacimiento de la obligación para el ente administrador de reconocerla desde que se haya causado.

Ahora, la Corte Constitucional también elucida sobre la destinación y distribución de los aportes a pensiones en uno y otro régimen pensional, para destacar que no son equivalentes. Empero, téngase presente, una vez más, que el sistema pensional está cimentado en reglas pensadas para garantizar los recursos que financien las prestaciones económicas pensionales en los traslados de sus afiliados, sin que para la validez de estos cambios se exija equivalencia alguna en las cotizaciones realizadas en uno y otro régimen.

Por otra parte, la Sala considera que el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008 está expresamente limitado a resolver las situaciones de multifiliación y no puede aplicarse por analogía en situaciones en las que, como en este asunto, no existe discusión acerca de la validez del traslado que realizó Luis Armando Murillo a Porvenir S.A.

En efecto, dicha disposición tiene un fin preciso en el orden jurídico, esto es, resolver las situaciones que «se presenta[n] cuando no puede ser válida la última [inscripción] si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley» (CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 46106 y CSJ SL8215-2016); o en otros términos, cuando el traslado de régimen o de administradora no atiende los plazos legales fijados para esos efectos o se presentan otras situaciones que pueden generar confusión acerca de la administradora que debe responder por la prestación económica respectiva.

Sin embargo, esa confusión no se genera cuando se tiene presente que la pensión de invalidez surge con la declaración en firme del riesgo y se causa desde su estructuración o, excepcionalmente, en las hipótesis vistas.

Por último, para la Sala el criterio que defiende la Corte Constitucional sí afecta el derecho a la libre elección de régimen o administradora pensional y la garantía mínima a la seguridad social. En este punto, la sentencia de unificación postula: (i) una especie de afiliación o traslado válido prima facie pues lo que en realidad los motiva es el riesgo de vejez, en tanto las pensiones de invalidez y de sobrevivientes tendrán las mismas condiciones. Además, (ii) que en caso de que al pensionado por invalidez se le extinga el derecho en la revisión periódica, no podría decirse que

estando en el fondo antiguo y que abandonó para proyectar su pensión de vejez en otro ente pensional, le resultaría menos conveniente que cumplir los requisitos en el fondo nuevo y al que eligió permanecer, pues incluso el antiguo puede ser más favorable, por lo que no garantiza una protección amplia del derecho a la seguridad social.

Pues bien, a juicio de la Sala lo primero no es del todo cierto, pues si bien el artículo 8.º del Decreto 832 de 1996 señala que las pensiones de invalidez en el RAIS se calcularán en los términos que el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece para el régimen de prima media, esto solo es una pensión de referencia según se infiere del artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994, de modo que el monto pensional definitivo bien puede diferir del que se obtendrá en prima media y esto dependerá de la modalidad pensional que se elija y en general de la situación concreta de la persona. Por lo tanto, no da igual que un afiliado se quede en uno u otro régimen, por lo que no es válido este argumento para obligarlo a retornar al que decidió abandonar.

Y en cuanto a lo segundo, precisamente por ese carácter abstracto que destaca la Corte Constitucional, esto es, que no es posible determinar cuál régimen pensional podría ser más beneficioso para el afiliado en su plan de construir una pensión de vejez en el evento en que se pierda la de invalidez, para la Sala no tiene justificación jurídica intervenir en esa decisión personal, autónoma y bien informada que toma el afiliado, sencillamente porque termina anulando esa elección personal sin ningún respaldo legal y, con ello, las garantías constitucionales mencionadas líneas atrás y a las que se remite la Sala”.

En ese orden de ideas, le asiste razón a la recurrente en los errores enrostrado al juez de apelaciones en la interpretación y alcance de las normas atacadas, por consiguiente, se casa la sentencia.

Al salir avante la acusación, sin costas en el recurso extraordinario,

Sentencia de Instancia

Al constituirnos en Tribunal de instancia, son suficientes los argumentos expuestos en el recurso de

casación para concluir que al estar establecido que la demandante se trasladó válidamente de régimen pensional a Colpensiones el 1 de noviembre de 2016 y en vigencia de esta afiliación también se concretó y se conoció el dictamen que determinó su situación de invalidez (el 25 de mayo de 2018), pese a que la estructuración formal de la invalidez de la demandante fue establecida desde el día 18 de julio de 2016, época en la cual se encontraba afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, es a la primera de las mencionadas a quien le corresponde reconocer la prestación deprecada.

En ese orden de ideas, es procedente confirmar la decisión emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante providencia de 27 de enero de 2021.

Las costas en las instancias a cargo de Colpensiones, que se incluirán en la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASAR** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 29 de abril de 2021, en el proceso ordinario que **YOANNA RUBY ORDUÑA**

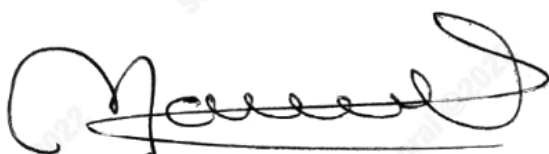
GONZÁLEZ promovió contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En sede de instancia, resuelve:

CONFIRMAR la decisión emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante providencia del 27 de enero de 2021.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR