

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25299-31-05-002-2021-00043-01**
Demandante: **JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y PORVENIR SA**

En Bogotá D.C. a los **26 DIAS DEL MES DE OCTUBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de presentadas, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por la demandante y Colpensiones, contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A., para que previo trámite del proceso ordinario laboral se declare que cumple con los requisitos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de Invalidez; en consecuencia, se condene a una de las administradoras demandadas a reconocer en favor del actor dicha acreencia pensional, y pagarle las mesadas retroactivas desde la fecha de estructuración de la invalidez, vale decir 15 de mayo de 2018 conforme la PCL determinada por Colpensiones; junto con los intereses moratorios o la indexación de tales condenas, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones se expone en la demanda que el actor desde el año 1991, se vinculó como trabajador de la Compañía Alpina Productos Alimenticios S.A., que fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, para pensiones a la Administradora Colombiana e Pensiones – Colpensiones, entidad que inicialmente escogió; que ante la entrada en vigor de los fondos privados de pensiones, se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. donde estuvo afiliado hasta el 30 de abril de 2019; a partir del 1° de mayo de 2019 en uso de su derecho de traslado, decidió regresar nuevamente a Colpensiones, por lo que el fondo privado demandado trasladó la suma de \$126.437.721 correspondiente al ahorro individual generado en la cuenta del señor González Vela, en virtud de lo cual desde la fecha señalado se encuentra como afiliado activo de Colpensiones.

Señala que, conforme con la historia clínica adjunta para la fecha de presentación de la demanda el actor contaba con 50 años de edad, que padece de las patologías de “...1. *Malformación*

Arteriovenosa de los vasos cerebrales, 2. Blefaroptosis, 3. Estrabismo no especificado..."; las cuales han colocado en un grave estado de invalidez al demandante, ya que le generan: "...1. Cefalea frontal – 2. Depresión – 3. Sueño – 4. Mareo – 5. Pérdida de equilibrio – 6. Parálisis izquierda – 7. Diploidia – 8. Afectación del III par craneano – 9. Problemas de voz – 10. Temblor persistente – 11. Pérdida de visión – 12. Esclerosis – 13. Trastornos en marcha – 14. Secuelas cognitivas..."; ante su condición y la incapacidad generada para cumplir con su labor, en su proceso de calificación de PCL G fue calificado por la EPS Famisanar, quien mediante dictamen No. DML4351689 de 14 de marzo de 2020, le determinó un 59.93%, dejando sentado incluso la necesidad de depender de terceras personas para ejecutar sus actividades relacionadas con su vida diaria; porcentaje que fue variado por la accionada Colpensiones con dictamen No. 3885772 de 14 de abril de 2020, estableciendo un valor final de **59.49%** de PCL, determinando como fecha de estructuración de la invalidez el 15 de mayo de 2018.

Sostiene que con base en la PCL determinada, le solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez, quien con Resolución No. 6620468 de 30 de junio de 2020 negó el beneficio pensional, aduciendo la falta de competencia para conocer en su favor la aludida prestación económica; argumentando "...la solicitud de traslado por parte de mi prohijado respecto del también demandado Fondo Porvenir se dio el día 27 de marzo de 2019, el cual solo producía efectos a partir del primer día calendario del segundo mes que para el caso fue el 01 de mayo de 2019, aduciendo que en consecuencia no es a dicha Administradora a quien le corresponde proteger el riesgo de invalidez solicitado por el señor Gonzales Vela, dado que la estructuración se dio según sus consideraciones el día 15 de mayo de 2018 cuando aún estaba filado al accionado Fondo Porvenir S.A...", decisión que fue atacada con los recursos de ley que la accionada

desató con Resolución No. 2020-8084085 de 25 de agosto de 2020 conformando el acto administrativo que negó la acreencia pensional.

Manifiesta, que interpuso acción de tutela en contra de las demandadas, de conocimiento del Juez Promiscuo Municipal de Sopó, autoridad que mediante sentencia de 19 de octubre de 2020 concedió el amparo implorado por el demandante y en el numeral segunda de la parte resolutive, decidió: *“...ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término improrrogable de diez (10) días siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y realice los trámites administrativos que requiera para determinar si es del caso el pago de la pensión de invalidez al señor JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA....”*, la cual fue impugnada por la accionada, por lo que el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, con sentencia de 9 de diciembre de 2020 determinó: *“...“CONFIRMAR ADICIONANDO la sentencia de tutela de fecha 19 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sopo (Cundinamarca), por los argumentos expuesto en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia se concederá el amparo de manera transitoria por el termino de cuatro meses a fin de que el accionante acuda a la vía judicial correspondiente, tiempo en el cual la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, deberá incluir al señor JORGE ENRIQUE GONZALEZ VELA a la nómina de pensionados, asimismo le cancelará lo que por ley le corresponda frente al beneficio pensional de invalidez, en su mesada lo anterior dentro del término de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación del presente proveído”...”*.

Menciona que, a pesar de la decisión de tutela, la demandada mediante acto administrativo No. 2020_10786572 de 26 de octubre de 2020, niega nuevamente la pensión de invalidez del demandante,

reiterando su falta de competencia para dicho reconocimiento, aduciendo que el legitimado es el fondo privado Porvenir S.A.; y con Resolución No. DP16628 de 16 de diciembre de 2020, desatando el recurso de reposición presentado por el accionante, determinó: *“...Revocar la Resolución 2020_10874597 por medio de la cual se negó una pensión de Invalidez, y en su lugar reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez en favor de mi mandante de manera Transitoria por el termino de cuatro meses conforme los ordenado por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá...”*.

Considera que ante la transitoriedad del reconocimiento pensional, se debe determinar la entidad competente de otorgar la pensión al accionante con carácter retroactivo desde la época de estructuración del estado de invalidez, que la EPS le reconoció entre el 2018 y el mes de agosto de 2020 el auxilio de incapacidad, a partir de septiembre de 2020 no ha percibido pago de auxilio de incapacidad por parte del Sistema de Seguridad Social en Pensiones; por tanto, es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional solicitado, dado que los recurso provienen de sistemas diferentes (fls. 2 a 18 PDF 01).

La demanda fue presentada vía correo electrónico ante el **Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 8 de marzo de 2021 (fl. 199 PDF 01), autoridad judicial que, con proveído de 24 de marzo de 2021, en atención a la creación del otro Juzgado Laboral en Zipaquirá, mediante Acuerdo PCSJA20-11650 de 28 de octubre de 2020, dispuso la remisión de las diligencias al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito** de la ciudad (PDF 03), quien, con auto de 12 de abril del 2021, avocó el conocimiento (PDF 04) y; con

proveído de 13 de agosto de 2021, la admitió, disponiendo la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 05).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, dentro del término legal y por conducto de apoderada, dio contestación a la demanda con oposición a las pretensiones, considerando que el actor no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez por parte de Colpensiones, siendo el fondo competente para dicho reconocimiento Porvenir S.A.; que si bien la entidad calificó la pérdida de capacidad laboral del accionante con un 59.49%, estructurada el 15 de mayo de 2018, mediante dictamen No. DML 3885772 del 14 de abril de 2020.

Sostiene que, en el presente caso, el demandante se *“...se trasladó a Colpensiones fue el 27 de marzo de 2.019, el cual solo producirá efectos a partir del primer día calendario del segundo mes, y que para el caso en concreto la fecha de efectividad fue el 1 de Mayo de 2.019, lo que nos permite concluir que NO corresponde a Colpensiones la protección contra el riesgo de invalidez solicitada por el Sr. JORGE ENRIQUE GONZALEZ VELA, por cuanto la pensión de invalidez se causa a partir de la fecha en que se estructura la pérdida de capacidad laboral, es decir al momento en el que técnicamente se considera que nace la imposibilidad para seguir trabajando, en éste sentido, se observa que la estructuración se dio el día 15 de mayo de 2.018, lo cual al confrontarse con las cotizaciones realizadas se evidencia que para dicha fecha el demandante se encontraba afiliado a una aseguradora del fondo de pensiones AFP. Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de invalidez es decir el 15 de mayo de 2.018, el solicitante no se*

encontraba afiliado a COLPENSIONES esta administradora no es la entidad competente para asumir el estudio de la prestación solicitada, por lo cual el riesgo y la prestación la debe asumir PORVENIR S.A....”

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por activa, Inexistencia del derecho reclamado, Prescripción, Cobro de lo no debido, Buena fe de Colpensiones, No configuración del derecho al pago de I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, Carencia de causa para demandar, Presunción de legalidad de los actos administrativos, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, Compensación, y la *“Innominada o Genérica”* (fls. 3 a 19 PDF 10 y PDF 14).

Frente a la demandada **PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, con auto de 18 de agosto de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de ésta, considerando que, a pesar de haber sido notificada en debida forma, había guardado silencio durante el término de traslado PDF 13).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, mediante sentencia del 7 de febrero de 2023, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR que el señor Jorge Enrique González Vela le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez estructurada a partir del 15 de mayo de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** a reconocer y pagar a favor del demandante señor **Jorge Enrique González Vela** la pensión de invalidez, en cuantía inicial de \$2.214.834 por 13 mesadas al año con los ajustes de ley de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, la que se pagará a partir del 01 de noviembre de 2020.

TERCERO: CONDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** a reconocer y pagar a favor del demandante señor **Jorge Enrique González Vela** el retroactivo pensional causado entre el 01 de noviembre de 2020 y la fecha en que sea incluido en nómina, y las mesadas que en lo sucesivo se causen, de conformidad con lo antes expuesto, las que deberán ser indexadas mes a mes desde su causación hasta su pago efectivo conforme el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Así mismo se autoriza a Colpensiones a descontar los valores que haya pagado por nómina en virtud del amparo constitucional concedido a favor del accionante.

CUARTO: NEGAR el reconocimiento de intereses moratorios deprecados.

QUINTO: ABSOLVER a **Porvenir S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**. Liquidense por secretaría incluyendo la suma de dos salarios mínimos legales como valor en el que se estiman las agencias en derecho a cargo de **COLPENSIONES** y a favor de la parte demandante. No se estiman causadas costas a favor de Porvenir. ..." (Audio y acta de audiencia, PDFs 24 y 25).

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primera instancia, los voceras judiciales de la parte actora y la accionada Colpensiones, formularon y sustentaron recursos de apelación, en los siguientes términos:

De la parte demandante: “ (...)

“(..) Su señoría muchas gracias, en este estado de la diligencia, encontrándome dentro del término legal, la suscrita apoderada del aquí demandante interpone recurso parcial de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, en especial en cuanto a lo inherente a la retroactividad se refiere.

Esto por cuanto el honorable despacho sostuvo que la retroactividad solamente empezará a hacerse efectiva a partir del 1º de noviembre del año 2020, en ese orden de ideas honorables magistrados, ruego al Honorable Tribunal, proceda a revocar parcialmente dicha condena en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, y contrario sensu, proceda a decretar o determinar judicialmente que mi mandante es beneficiario del retroactivo pensional desde la misma fecha de estructuración de su patología, la cual data del mes de marzo de 2018.

Lo anterior teniendo en cuenta honorables magistrados que, en diferentes sentencias incluidos, pues las proferidas por la Corte Constitucional, verbigracia la T-140-.2016. se ha dejado sentado lo siguiente: “...Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 93, el cual establece que “la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma retroactiva desde la fecha en que se produzca tal Estado”, por lo que los pagos por incapacidad posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados de retroactivo generada en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez...”

Así las cosas, es claro, honorables magistrados, que en el presente asunto ha quedado demostrado que la estructuración de la patología del señor Jorge Enrique González Vela no inició en el mes de noviembre de 2020, sino que contrario a ello, data del mes de marzo del año 2018, de suerte que bajo los derroteros sentados por la jurisprudencia. en especial, pues la que acabo de reseñar y lo que incluso también ha establecido la Corte Suprema de Justicia, siguiendo esta línea jurisprudencial, tal circunstancia es predicable desde el momento de estructuración de la patología y no en una fecha distinta.

De suerte que, en ese orden de ideas, honorable tribunal, es dable que se proceda a revocar parcialmente la sentencia, en cuanto a este único acápite se refiere y en su lugar, conceder que el retroactivo pensional de mi mandante Jorge Enrique González Vela se produzca desde el mes de marzo del año 2018.

En ese orden de ideas, ruego a los honorables magistrados proceder de conformidad, dejando así honorable señor juez de primera instancia, sustentado mi recurso de apelación con carácter parcial en contra de la decisión que acaba de proferir su despacho muchas gracias., rogándole en consecuencia al señor juez, se conceda a cabalidad para que ya sea admitido a cabalidad por la segunda instancia. Muy amable señor Juez...”

De la accionada Colpensiones:

“ (...) Gracias su Señoría, con todo respeto, me permito interponer recurso de apelación contra la presente providencia, teniendo como fundamento lo siguiente: Obra dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde se indica que la estructuración es de fecha 15 de mayo de 2018, consultado los aplicativos de la entidad, se evidencia que el asegurado presentó traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad – RAÍS, al régimen de prima media con prestación definida, con fecha de efectividad al 27 de marzo del 2019, por lo que a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, el demandante no se encontraba afiliado a Colpensiones, sino que estaba en el régimen de ahorro individual Porvenir SA. Al respecto el Decreto 1406 de 1999 y en su artículo 42 señala lo siguiente: “...El traslado a la entidad administradora producirá efectos solo 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, el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad. Conforme lo anterior, si el siniestro bien sea por invalidez o sobrevivientes, ocurre antes de que se produzca efectos en la afiliación ante el nuevo fondo de pensiones, es decir, previo al primer día calendario al segundo mes siguiente a la solicitud de traslado, será responsable de las prestaciones económicas a que haya lugar la administradora de la cual se retire el afiliado...”

Asimismo, se debe tener muy en cuenta que, lo anterior tiene concordancia con lo establecido en sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, sentencia SU 313 del 13 agosto de 2020, donde allí se indicó lo siguiente: “...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 pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración será el elemento que resuelva cualquier conflicto de competencias que se susciten entre las administradoras del RAIS y del régimen de prima media, Esto cuando menos por las razones que fueron. expuestas en los capítulos anteriores y que pueden considerarse como sigue: 1.) del artículo 3.2 1.12 del Decreto 180 de 2016 se desprende que, aun cuando exista un traslado, el fondo antiguo mantiene la competencia para, 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...”.

Por las razones expuestas en precedencia, se solicita a sus Señorías se revoque la presente providencia, en consecuencia, se absuelva a la entidad que represento los cargos contra ella formulados. Gracias su Señoría. ...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 24 y 25).

El juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:

Dentro del término para presentar alegaciones en segunda instancia, únicamente la apoderada de Colpensiones allegó escrito contentivo de las mismas, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se absuelva a la entidad y, se condene en costas a la parte demandante; para lo cual, luego de concretar el problema jurídico, señaló lo siguiente:

“ (...) Teniendo en cuenta que el problema jurídico de la litis radica en determinar si el Señor JORGE ENRIQUE GONZALEZ VELA tiene derecho a reclamar pensión de invalidez, teniendo en cuenta que mediante dictamen No. DML 3885772 del 14 de abril de 2020, la administradora colombiana de pensiones “COLPENSIONES” calificó la pérdida de capacidad laboral en un 59.49%, estructurada el 15 de mayo de 2018, momento para el cual el demandante se encontraba afiliado a PORVENIR S.A., tenemos lo siguiente:

Que el demandante acredita un total de 10,443 días laborados, correspondientes a 1.491 semanas.

Que nació el 21 de marzo de 1970.

Que obra concepto emitido por COLPENSIONES en el cual se califica una pérdida del 59.49% de su capacidad laboral estructurada el 15 de mayo de 2018, mediante dictamen No. DML 3885772 del 14 de abril de 2020.

Que una vez verificado el aplicativo de CONSULTA AFILIADOS de la entidad y el Sistema de Información de Afiliación de Fondos Pensionales SIAFP se evidencia que el asegurado presentó traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida COLPENSIONES, con fecha de efectividad el 27 de marzo de 2019, por lo que a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad aboral el demandante no se encontraba afiliado a Colpensiones si no que estaba en el Régimen de Ahorro Individual, por lo cual el riesgo y la prestación la debe asumir PORVENIR S.A.

De ahí, que resulta necesario precisar que en su oportunidad la denominada Vicepresidencia Jurídica y Secretaria General de la Administradora Colombiana de Pensiones en Concepto BZ 2014 9908484 del 25 de noviembre de 2014, respecto a la Administradora de pensiones encargada de resolver la solicitud de pensión de invalidez según la fecha de estructuración, señaló:

"La ley 100 de 1993 dispuso la conformación de un Sistema de seguridad social integral, el cual, en armonía con lo establecido en el artículo 1 de la ley 692 de 1994 está constituido por el Sistema general de Pensiones, el de Seguridad Social en Salud y por último el de Riesgos Profesionales.

Adicionalmente el artículo 12 de la citada Ley 100 indicó que el Sistema General de Pensiones se divide en dos regímenes solidarios excluyentes pero coexistentes (Régimen solidario de prima media con prestación definida y Régimen de ahorro individual con solidaridad) los cuales tienen por objeto amparar las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte.

Ei artículo literal b) artículo 13 ibídem estableció la libre escogencia de régimen por parte de los afiliados, quienes "manifestarán por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado"

Igualmente, el artículo 2 de la ley 797 de 2003 reguló la permanencia mínima para cada Régimen y la imposibilidad de ejercer el derecho al traslado cuando faltaren menos de diez años para cumplir la edad de pensión.

En este orden de ideas, para efectos de que un ciudadano cuente con la cobertura de los riesgos de origen común o profesional establecidos en la ley 100 de 1993, ley 797 de 2003, ley 776, etc., es claro que debe existir la afiliación previa al sistema, con el propósito a su vez, de que una vez sea efectiva la vinculación a una determinada administradora pueda ejercerse el traslado de regímenes.

Al respecto el decreto 1406 de 1999 señala en su artículo 41 que "El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes".

Respecto al fondo que debe asumir los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia el artículo 42 ibídem dispuso, una vez efectuado el traslado entre administradoras:

"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"

Conforme a lo anterior, si el siniestro, bien sea por invalidez o sobrevivientes, ocurre antes que produzca efectos la afiliación ante el nuevo fondo de pensiones es decir previo al primer día calendario del segundo mes siguiente a la solicitud de traslado, será responsable de las prestaciones económicas a que haya lugar la administradora de la cual se retira el afiliado. La Superintendencia Financiera de Colombia en varias oportunidades ha mantenido dicha posición señalando por ejemplo en concepto del año 2003 que "se entenderá como ocurrido el siniestro al momento en que acaezca el hecho que origine la invalidez de un afiliado (...). Agrega dicho organismo de control: (...) teniendo en cuenta que para la época de la estructuración de la invalidez: la persona se encontraba, afiliada al ISS, dicha entidad será la competente para pronunciarse sobre el reconocimiento de las prestaciones a que hubiere lugar".

Mediante concepto del año 2014 la Superintendencia Financiera, retomando oficio del 29 de julio de 2005, precisa nuevamente el tema destacando que: "(...) en el presente caso el siniestro tuvo ocurrencia en una fecha anterior a la de la vinculación a la nueva sociedad administradora así como anterior a la contratación del seguro previsional, las prestaciones a que hubiere lugar no pueden estar a cargo de la misma, sino de la administradora a la cual se encontraba vinculado al momento de la estructuración (...)" (subrayado y negrilla del texto)

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional, en Sentencia SU313/20, del 13 de agosto de 2020, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, precisó lo siguiente:

"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." (negrilla fuera de texto)

Se tiene entonces que para el presente caso, la fecha de solicitud de traslado a Colpensiones fue el 27 de marzo de 2.019, el cual solo producirá efectos a partir del primer día calendario del segundo mes, y que para el caso en concreto la fecha de efectividad fue el 1 de Mayo de 2.019, lo que nos permite concluir que NO corresponde a Colpensiones la protección contra el riesgo de invalidez solicitada por el Sr. JORGE ENRIQUE GONZALEZ VELA, por cuanto la pensión de invalidez se causa a partir de la fecha en que se estructura la pérdida de capacidad laboral, es decir al momento en el que técnicamente se considera que nace la imposibilidad para seguir trabajando, en éste sentido, se observa que la estructuración se dio el día 15 de mayo de 2.018, lo cual al confrontarse con las cotizaciones realizadas se evidencia que para dicha fecha el demandante se encontraba afiliado a una aseguradora del fondo de pensiones AFP.

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de invalidez es decir el 15 de mayo de 2.018, el solicitante no se encontraba afiliado a COLPENSIONES esta administradora no es la entidad competente para asumir el estudio de la prestación solicitada, por lo cual el riesgo y la prestación la debe asumir PORVENIR S.A.

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de Marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo:

“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...” (Negrilla de la Sala).

Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada, la importancia que se acredite el presupuesto de legitimación en la causa para que las partes puedan actuar dentro de un proceso, en este sentido está el pronunciamiento realizado mediante Sentencia del 25 de Julio de 2011, expediente: 20146 del 19 de octubre de 2011, expediente 19630 en los siguientes términos:

La legitimación en la causa por pasiva.

“Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso", (Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.) de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente: 20.146.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las

pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.”

Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:

“(…) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...). Consejo de Estado Sentencia de 23 de octubre de 1990.

Resultando evidente la falta de legitimación en la causa por parte de COLPENSIONES en el asunto, siendo preciso traer a colación lo señalado por parte de La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-247 del diez (10) de abril de dos mil siete (2007), Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil en la cual se señaló respecto de la legitimación en la causa lo siguiente:

“...De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “[e]n el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial.” Esto significa, ha dicho el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, que “[l]a legitimación en la causa, por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho.” Específicamente, en el ámbito del proceso, puede decirse que la legitimación en la causa puede ser entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial que se ha planteado en el proceso y en torno a la cual gira la controversia. En términos más precisos, podría decirse que la legitimación en la causa es la idoneidad jurídica que tiene una persona para discutir el objeto sobre que versa un litigio”.

En este mismo sentido la Honorable Corte Constitucional, ha manifestado que:

“La legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. La legitimación pasiva

se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”.

En ese orden de ideas, se advierte que la Administradora no tiene la facultad de resolver de fondo lo pretendido, evidenciándose la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el peticionario no se encontraba afiliado a Colpensiones si no que estaba en el Régimen de Ahorro Individual, así mismo realizó la solicitud de cambio de régimen el 27 de marzo de 2019, por lo cual el riesgo y la prestación la debe asumir PORVENIR S.A. En consecuencia, la competencia para dicho reconocimiento recae sobre PORVENIR S.A.

La entidad que represento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y constitucionales, amparado en el principio de la Buena Fe tanto de esta entidad como de las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuarios o afiliados y en desarrollo de lo expresado en nuestra carta magna artículo 83 que indica que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante ésta”...” (PDF 05 Cdo. 2 Instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada Colpensiones; teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación. No obstante, también se surtirá el grado de consulta a favor de Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral, entre otras en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

Así las cosas, se tiene por acreditado los siguientes supuestos fácticos: (i) que el accionante se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones, y cotizó a partir del 18 de enero de 1991 al entonces Instituto de Seguros Sociales; (ii) que en el año 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, AFP Porvenir S.A., cotizando hasta abril de 2019; (iii) que el 27 de marzo de 2019 se trasladó a Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 2019; (iv), que presenta una pérdida de capacidad del 59.49%, con fecha de estructuración 15 de mayo de 2018, conforme a dictamen emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el 14 de abril de 2020 No. 3885772, por presentar MALFORMACIÓN ARTERIOVENOSA DE LOS VASOS CEREBRALES, BLEFAROPTOSIS y, ESTRABISMO NO ESPECIFICADO, de origen común; aspectos admitidos por la accionada Colpensiones desde la contestación de la demanda (fls. 3 a 19 PDF 10 y PDF 14); y se corrobora con los diferentes actos administrativos proferidos por ésta al decidir la petición de pensión (Pdf 14); con el REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES expedido por la entidad accionada, actualizado a 10 de julio de 2020 (fls. 20 a 36 PDF 14); con el FORMULARIO DE CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL, emitido por COLPENSIONES, DML 3885772 de 14 de abril de 2020 (fls. 73 a 81 PDF 01), dictamen que fue notificado al accionante el 4 de junio la entidad accionada (fl. 71 PDF 01); entre otras documentales militantes en el expediente.

También se demostró que mediante *Resolución No. SUB163533* de 30 de julio de 2020, la demandada Colpensiones declaró la falta de competencia para reconocer la pensión de

invalidez solicitada el 9 de julio de 2020 por el demandante, y remitió al Fondo de Pensiones Porvenir, bajo el argumento que “...verificado el Sistema de Información de Administradoras de los Fondos de Pensiones – SIAFP, se tiene entonces que la fecha de solicitud del traslado fue el 27 de marzo de 2019, el cual solo producirá efectos a partir del primer día calendario del segundo mes, y que para el caso en concreto la fecha de efectividad al ser el 01 de mayo de 2019, nos permite concluir que **NO corresponde** a esta administradora la protección contra el riesgo de INVALIDEZ que solicita el señora GONZALEZ VELA JORGE ENRIQUE, ya identificado, por cuanto la pensión de invalidez, se causa a partir de la fecha en la que se estructura la pérdida de capacidad laboral, es decir el momento en el que técnicamente se considera que nace la imposibilidad para continuar trabajando en este sentido se observa que la estructuración se dio el 15 de mayo de 2018, lo cual al confrontarse con las cotizaciones realizadas se encuentra que para dicha fecha el solicitante se encontraba afiliado a una aseguradora del fondo de pensión –AFP...” (fls. 84 a 92 PDF 01); que contra dicha decisión el accionante interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, que fueron desatados por la entidad accionada, con actos administrativos SUB 181704 de 25 de agosto de 2020, y DPE 13043 de 24 de septiembre de 2020, confirmando en todas sus partes la resolución que negó la acreencia pensional (fls. 94 a 99 PDF 01).

Igualmente, se evidencia que el actor interpuso acción de tutela contra las aquí demandadas, buscando el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, la cual fue de conocimiento del Juzgado Promiscuo Municipal de Sopó (Cund), autoridad judicial que mediante sentencia del 19 de octubre de 2020, concedió la protección a los derechos del accionante y dispuso que Colpensiones en el término improrrogable de 10 días siguientes a la notificación de la decisión, “...reconozco y

*realice los trámites administrativos que requiera para determinar si es del caso el pago de la pensión de invalidez al señor **JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA...**" (fls. 100 a 11); decisión que fue confirmada y adicionada por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá- Cundinamarca, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2020, al desatar la impugnación presentada por la entidad accionada, para conceder el amparo de manera transitoria por el término de cuatro meses, a fin de que el accionante acuda la vía judicial correspondiente, "...tiempo en el cual la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, deberá incluir al señor **JORGE ENRIQUE GONZALEZ VELA** a la nómina de pensionados, asimismo le cancelará lo que por ley le corresponda frente al beneficio pensional de invalidez, en su mesada lo anterior dentro del término de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación del presente proveído, proceda..." (fls. 112 a 128 PDF 01).*

Así mismo, se observa que la aquí accionada con Resolución DPE 16628 de 16 de diciembre de 2020, decidió dejar sin efectos la resolución No. DPE 16533 del 15 de diciembre de 2020, que confirmó la resolución SUB 227496 del 26 de octubre de 2020, revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 227496 de 26 de octubre de 2020, que negó la pensión de invalidez del accionante, en su lugar, reconocer y ordenar el pago a favor de **JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA**, de una pensión de invalidez de manera transitoria por el término de 4 meses conforme lo ordenado por el juzgado primero de familia de Zipaquirá- Cundinamarca, en cuantía de \$2.114.242, a partir del 1° de enero de 2021 (fls. 137 a 150 PDF 01).

En ese orden de cosas, se advierte que la controversia en esta instancia radica en determinar, si: (i) el accionante reúne los

requisitos para acceder a la pensión de invalidez reclamada; (ii) tal reconocimiento compete hacerlo a la aquí demandada Colpensiones, como lo declaró el juez de instancia, o por el contrario, como lo alega la entidad accionada, no le corresponde a ella tal otorgamiento; esclarecido lo anterior, (iii) hay lugar al retroactivo que reclama la parte demandante.

Sobre el primer cuestionamiento, esto si el actor reúne los **requisitos para la pensión de invalidez**; se advierte que dicha acreencia pensional es una prestación económica comprendida en el Sistema Integral de Seguridad Social, cuyo objetivo es cubrir las contingencias ocasionadas a un afiliado por enfermedad o accidente de origen común; el reconocimiento de esta acreencia, se encuentra determinada por la fecha de su estructuración del estado de invalidez, ya que la norma aplicable es aquella que se encuentre vigente en ese momento tal como la jurisprudencia lo ha concebido; al señalar: *“...En efecto, la pensión de invalidez se causa y se paga desde la fecha de la estructuración del estado que la ocasiona, a solicitud del interesado, tal cual lo consagra el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, al decir que: “DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructura tal estado. Cuando el beneficiario estuviera en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio...” (Sent CSJ. SL de 15 de mayo de 2006, Rad No. 26049, entre otras).*

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, determina que el estado de invalidez se origina en la pérdida de la capacidad laboral del 50% o más, siendo dicha condición uno de los requisitos para adquirir el

derecho pensional, así como el haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, cuando dicho estado – invalidez- se causa por enfermedad, como lo contempla el numeral 1° del artículo 39 ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Ahora, se entiende por *fecha de estructuración*, aquella “...en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral...”, como lo contempla el Decreto Número 1507 de 2014 “por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”.

En el presente asunto, como quedó indicado líneas atrás, el actor presenta la siguiente sintomatología: MALFORMACIÓN ARTERIOVENOSA DE LOS VASOS CEREBRALES, BLEFAROPTOSIS y, ESTRABISMO NO ESPECIFICADO, de origen común, que le determinó una pérdida de capacidad laboral del **59.49%**, con fecha de estructuración 15 de

mayo de 2018, conforme dictamen emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, el 14 de abril de 2020 No. DML 3885772 (fls. 73 a 81 PDF 01); y tenía cotizadas **154.44 semanas** entre el 15 de mayo de 2015 y el 15 de mayo de 2018, según REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES expedido por la entidad accionada, actualizado a 10 de julio de 2020 (fls. 20 a 36 PDF 14); coligiéndose como lo hizo el juzgador de primer grado, que reúne los requisitos para obtener el reconocimiento de la acreencia por invalidez; aspectos que no fueron motivo de reparo alguno, por las partes del proceso.

La inconformidad radica en quien es la **competente para el reconocimiento del derecho pensional**, la apelante Colpensiones considera que al haberse estructurado el estado de invalidez para la época en que el actor se encontraba afiliado al RAIS en la AFP Porvenir S.A., es a ésta a quien compete, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999.

El juzgador de instancia, sobre este aspecto, razonó: *“...De esta manera, es pertinente traer a colación la sentencia de S L 4295 del 2022, en la cual la Sala de Casación Laboral de La Honorable Corte Suprema de Justicia, precisa que en el caso donde el afiliado estuviera en un fondo diferente, cuando se determinó la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, le corresponde asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la entidad donde se encuentra afiliado actualmente el ciudadano, de ahí que, la providencia en mención indica lo siguiente: “En ese orden de ideas validada la afiliación pensional y una vez produzcan los efectos jurídicos determinados en la ley, en los términos señalados en esta 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 primero pretende evitar los conflictos entre entidades administradoras y la tardanza que esta puede generar en el reconocimiento de las prestaciones respectivas, así como segundo retornos a regímenes pensionales antiguos sin justificación legal para dar solución el problema jurídico planteado”. También rememora entonces la Sala lo expuesto, entre otras, que la sentencia, SL 5183 de 2021, en la que indicó: *“este último aspecto relevante. puede imponerle el reconocimiento pensional al fondo antiguo o al que estaba vinculado al afiliado cuando la invalidez se estructuró y se causó la pensión que ampara el riesgo y no el nuevo fondo 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 el régimen de pensiones determinado, lo que no puede ser desconocido por circunstancias no previstas en la ley y que tampoco le son atribuibles a los afiliados En ese orden de ideas, debe concluir el despacho que le corresponde entonces a la administradora nueva y no a la antigua, es decir, a Colpensiones, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho el señor Jorge Enrique González Vela...”*.

Discernimiento que no encuentra reparo alguno por esta Colegiatura, como quiera que se acompasa con los lineamientos jurisprudenciales de la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria; pues al analizar la normatividad aludida por la apoderada de Colpensiones, en sentencia SL397 de 2022, radicación No. 88433 de 23 de marzo de 2022, entre otras, sostuvo:

“(...) 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”.

Ahora, el Tribunal aludió al citado 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, es razonable acudir a esa regla general de competencia en el reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional, pues este precepto concuerda 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.

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 (CSJ SL5183-2021)..”

Considera dicha Corporación, que no es pertinente que el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar, aun cuando la

estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión tengan lugar en la administradora de pensiones anterior, pues no había sido declarada formalmente; aunado a que dicha situación desconocería el derecho de elección, y atentaría contra la garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional; por lo que, concluye la Corte que es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación; al señalar en el mismo pronunciamiento citado, lo siguiente:

“(...) 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...”.

Y, es que también la Corte Constitucional, sobre este tema, ha considerado que el fondo actual es quien debe reconocer la acreencia pensional, dado que al peticionario no se le puede trasladar la carga administrativa que conlleva acudir a otras entidades para que se resuelva de fondo la solicitud, pues es claro que la competente para verificar el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de invalidez, es la Administradora de Pensiones en la que está afiliado actualmente. Así, en sentencia T-131 de 2019, sostuvo: “...si el fondo ‘nuevo’ recibe los recursos correspondientes a los aportes del afiliado, a juicio de la Sala, resulta razonable que sea este el que deba cubrir el siniestro de invalidez del cotizante. Por la misma razón, entonces, es que no resulta procedente que sea el fondo ‘antiguo’ el que asuma el pago de la pensión de invalidez, pues, se insiste, parte de los recursos para financiar dicha prestación fueron remitidos al fondo ‘nuevo’, una vez se hizo efectivo el traslado del afiliado...”.

Por consiguiente, atendiendo el precedente jurisprudencial traído a colación, y tal como lo concluyó el juez a quo, le corresponde el reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante a la administradora de pensiones a la cual se encuentra actualmente afiliado, esto es Colpensiones, habida cuenta que la declaración formal de la situación de invalidez del actor, se da con base en el dictamen emitido por esa entidad, el 14 de abril de 2020, esto es cuando ya se encontraba activada la afiliación del accionante a dicha

entidad; en virtud de lo cual se confirmará la decisión en este aspecto.

Respecto al **retroactivo pensional**, reclama la parte actora que se ordene el pago de la pensión desde el momento en que se estructuró el estado de invalidez del accionante -15 de mayo de 2018- conforme lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

El juzgador de primer grado, ordenó el pago de la pensión a partir del 1° de noviembre de 2020, considerando que de acuerdo a los reportes de semanas cotizadas y lo admitido por la entidad accionada en la Resolución mediante la cual en cumplimiento a la orden de tutela reconoció la acreencia pensional, el actor había cotizado a través de su empleador hasta el 31 de octubre de 2020; por lo que *“...mal haría el juzgado entonces en desconocer, en negar las semanas de cotización que se encuentran probadas hasta noviembre (sic) del 2020, las cuales tienen vocación, pueden incrementar el monto de la de la primera mesada pensional, razón por la cual el juzgado tendrá en cuenta hasta la última semana de cotización debidamente acreditada, esto es conforme a resoluciones hasta el 30 de octubre de 2020, lo que da lugar a que se incremente, a que el ingreso base de liquidación se tenga en cuenta hasta el mismo 31 de octubre de 2020 y de ahí hacia atrás los últimos 10 años de aportación o de cotización, así como la totalidad de las semanas cotizadas...”,* dado que *“...la realidad actual del asunto es que él se mantuvo a pesar de las circunstancias y que no son óbice para negarle (sic) la prestación ni mucho menos, pero la realidad actual del asunto es que él se mantuvo cotizando como trabajador activo, es decir, percibiendo un ingreso, por lo que no se puede manifestar válidamente, pues de que estuvo en el completo desamparo del cual pues se tuviera que reconocer o que el fallador tuviera que reconocer la prestación o la retroactividad del 15 de mayo del 2018...”*.

Así las cosas, no encuentra la Sala desacertada la decisión del a quo, además, obsérvese que la jurisprudencia legal ha permitido que en algunas eventualidades como por ejemplo cuando el afiliado estuvo en incapacidad después de la fecha de estructuración, la pensión de invalidez se comience a disfrutar, desde el día en que se dejó de recibir el subsidio por incapacidad médica y que las cotizaciones efectuadas durante estas incapacidades se tengan en cuenta para efectos de la definición del IBL y el monto, precisando que éstas no sirven para completar la densidad de las 50 semanas de cotización en el último trienio, porque eran realizadas después de la fecha de estructuración y no correspondían a la actividad laboral, como si se aceptaban en el caso de las enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas o en eventos de secuelas tardías.

Criterio que, resulta aplicable al presente asunto, dado que conforme documental obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones (PDF 14), al actor se le expidieron incapacidades durante el año 2020 hasta el **04/01/2021**, conforme se advierte de los CERTIFICADOS DE INCAPACIDAD O LICENCIA POR MATERNIDAD expedidos por la EPS FAMISANAR S.A.S. (fls. 107 a 121, 281 a 287 PDF 14), lo que imposibilita generar mesadas pensionales durante ese lapso.

Y es que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5170-2021, traída a colación en la SL 3913 de 2022, radicación No. 92727 del 14 de septiembre de 2022, sostuvo:

“...Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificadas y delineadas su posición en relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019) Destaca esta vez la Sala.

...”

Al respecto cabe decir que si bien el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone que la pensión de invalidez comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado, por lo tanto, para determinar el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión son válidas las cotizaciones efectuadas hasta la fecha de estructuración del estado de invalidez, también lo es que, como con posterioridad a esta fecha al actor le fueron reconocidas incapacidades temporales en algunos períodos, sobre las cuales resultaba obligatorio realizar los aportes --art. 70 del Decreto 806 de 1998--, para la Corte resulta más que pertinente incluir en la liquidación de la pensión las cotizaciones realizadas hasta la finalización de la última incapacidad, es decir, hasta el 6 de mayo de 2013.

Al efecto cabe recordar que la jurisprudencia tiene adoctrinado que para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez no se tendrán en cuenta los aportes sufragados con posterioridad a la fecha de estructuración de tal estado (CSJ SL2159-2019, CSJ SL2769-2015, CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 41822), no obstante, en esta oportunidad interesa indicar que, en principio, tal razonamiento está acorde con el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone, como atrás se dijo, que la pensión de invalidez se comenzará a pagar a partir de la fecha de estructuración, preceptiva que por demás constituye un mecanismo de control a posibles fraudes que se puedan hacer al sistema, pues impide que con posterioridad a dicha data se incremente injustificadamente el ingreso base de cotización o el número de semanas cotizadas, con el fin de acceder a una pensión más alta que la concebida por sistema de manera proporcional al ingreso realmente percibido, pero tal razonamiento no puede conducir a desconocer que la obligación de cotizar subsiste durante el período en que se reconoce al afiliado una incapacidad temporal, por manera que, ese período debe considerarse como de cotización efectiva, por lo que los aportes que se efectúen en tal condición tienen validez para efecto de establecer el ingreso base de liquidación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así fueren posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, máxime cuando, como en este caso, la pensión no se reconoce a partir de la fecha de estructuración sino, precisamente, de la expiración de la última incapacidad temporal durante la cual esos aportes son obligatorios,

por lo que no existe una razón válida para excluirlos de esa consideración.

Debe reiterarse que el aporte realizado por el período de la incapacidad temporal se tendrá como válido en la medida que guarda relación con la base salarial o el ingreso sobre el cual se venía cotizando de forma regular tanto por los afiliados como por los empleadores, con el fin de preservar el diseño actuarial y financiero del sistema general de pensiones, a través del cual se garantiza el pago de las prestaciones en los dos regímenes, evitando de esta forma que se cometa fraude en el monto de la pensión.

Al respecto, vale la pena memorar que la Corte, en relación con la pensión de invalidez, ya ha aceptado que se puedan contabilizar semanas referentes con posterioridad a la fecha de estructuración del infortunio, no obstante que la referida fecha sigue siendo la misma, por ejemplo, con el fin de acceder al derecho pensional en razón de afecciones de tipo «congénito, crónico, degenerativo y/o progresivo», en tres situaciones distintas, esto es: la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, de esa manera, de asentarse que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez no solamente surten efectos para acceder al derecho pensional, sino también, en casos como los citados, para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión. (CSJ SL3275- 2019).

En esa línea, si se reconoce la pensión de invalidez a partir del pago de la última incapacidad, es procedente incluir en el ingreso base de liquidación las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de tal estado, advirtiéndose, eso sí, que la fecha de causación del derecho sigue siendo la misma, es decir, la fecha de estructuración de la invalidez, pues se trata simplemente de atender al efecto económico propio de la cotización obligatoria del sistema de pensiones que cumple con la función de ayudar a financiar la prestación, en otras palabras, las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración no son válidas para acreditar el requisito de semanas exigido para acceder al derecho pensional, salvo con lo que ocurre tratándose de afiliados que padecen afecciones de tipo «congénito, crónico, degenerativo y/o progresivo», pero sí para establecer el IBL pensional en situaciones en las cuales se está en uso de incapacidades médicas contándose con una estructuración pretérita del derecho pensional, como en este caso ocurrió. Destaca esta vez la Sala.

El anterior criterio armoniza con justicia la imposibilidad de generar mesadas pensionales cuando se está en uso de incapacidades médicas, con la consideración de los aportes pensionales causados durante el curso de las mismas para el establecimiento del IBL pensional...”

Bajo esas condiciones, si bien como se dijo es factible que se dispusiera el pago de la pensión en los términos que lo hizo el juzgador de origen; también se observa que la fecha desde la cual se ordenó dicho pago no corresponde con lo acreditado en el proceso; se reitera, el actor tuvo incapacidades hasta el 4 de enero de 2021, como se evidenció con la documental referida; por tanto, en aplicación del criterio jurisprudencial reseñado líneas anteriores, la fecha de pago de la pensión de invalidez, será a partir de la expiración de la última incapacidad temporal, esto es a partir del 5 de enero de 2021, en virtud de lo cual, con base en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se modificará la decisión en este aspecto.

Por lo anterior, deberá Colpensiones para efectos de determinar el quantum real de la mesada pensional, tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas hasta la calenda mencionada - 4 de enero de 2021, así como el IBC con el cual la empleadora realizó los correspondientes aportes, de conformidad con lo señalado en el literal a) del artículo 40 y el Art. 21 de la Ley 100 de 1993; habida consideración que si bien el *a quo*, estableció el valor de la primera mesada pensional, no se cuenta con la información adicional, esto es el IBC del periodo restante, así como, los días realmente cotizados hasta la fecha modificada, para tal efecto.

De otra parte, se advierte acertada la decisión de ordenar la actualización o indexación del retroactivo pensional, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo del dinero, máxime que no se accedió al pago de los intereses de mora que reclamaba la parte actora; sin

embargo, con base en la consulta dispuesta a favor de la entidad pública aquí accionada, se ordenará el descuento correspondiente a las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del afiliado; lo cual surge procedente, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, a partir del disfrute de la prestación económica, con el fin de ser transferidos a la EPS a la cual se encuentre afiliado el actor o se afilie, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inciso 3° del Decreto 692 de 1994, en armonía con los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998.

Por tanto, se autorizará a Colpensiones, descontar del retroactivo pensional ordenado pagar, el valor de la totalidad de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud – EPS a la que se encuentre o se vincule el afiliado.

Así quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las partes, como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, debiendo modificarse la decisión de instancia en los términos referidos en precedencia.

Se condenará en costas en esta instancia, a la parte actora, dado que no prosperó el recurso impetrado (numeral 1 artículo 365 CGP). Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 2° y 3° de la sentencia dictada el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRA**, que reconoció y ordenó pagar a favor del demandante la pensión de invalidez en cuantía inicial de \$2.214.834, a partir del 1° de noviembre de 2020; en su lugar, dicha acreencia se pagará a partir del 5 de enero de 2021, en la cuantía que arroje el cálculo que realice Colpensiones conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, descontar del retroactivo pensional ordenado pagar al demandante, el valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud – EPS a la que se encuentre vinculado o se afilió **JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ VELA**.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte actora. Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria