**PENSIÓN DE INVALIDEZ / CAMBIO DE RÉGIMEN PENSIONAL / CRITERIOS JURISPRUDENCIALES**

… es necesario dejar presente que en casos como el que aquí se analiza se presentan dos criterios de las Altas Cortes que se contraponen. Por un lado, la Corte Suprema de Justicia es enfática en sostener que cuando una persona se traslada de régimen pensional y en el transcurso de la afiliación se declara formalmente la invalidez, el fondo que actualmente administra la afiliación es el responsable de reconocer la pensión de invalidez, incluso si la fecha de estructuración de la invalidez ocurre en la afiliación anterior. (…) La anterior tesis se aparta del criterio jurisprudencial desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia SU313 de 2020, donde sostiene que el Régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado un ciudadano para el momento en que se estructuró su pérdida de capacidad laboral; dado que, la fecha de estructuración es el elemento que resuelve cualquier conflicto de competencia que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM.

**PENSIÓN DE INVALIDEZ / CAMBIO DE RÉGIMEN PENSIONAL / POSICIÓN DE LA SALA**

Bajo los parámetros jurisprudenciales expuestos con antelación, la Sala Mayoritaria acoge el criterio planteado por la Corte Suprema de Justicia, según el cual, se reitera, el fondo nuevo (en este caso Protección) donde se encuentre el afiliado es quien debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, independientemente de la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, es decir, la calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral, es lo que genera y marca el surgimiento del derecho pensional, por ende, es lo que determina la entidad responsable de la obligación. En cambio, la fecha de estructuración es el momento de la causación del derecho, salvo en los casos en que la PCL se genera por causa de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita…

**PENSIÓN DE INVALIDEZ / COMPAÑÍA ASEGURADORA / RESPONSABILIDAD**

… el apoderado de la aseguradora sostiene que la a quo incurrió en error al no analizar el artículo 1057 del Código de Comercio, el cual dispone: “En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.” Con fundamento en dicha normativa, alega que para la fecha de estructuración de la invalidez (27-04-1997), no existía el contrato de aseguramiento… la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que en los casos como el presente las aseguradoras no pueden negarse a pagar la suma adicional en el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues, aunque la invalidez puede configurarse con la fecha de estructuración, el momento en que se genera la responsabilidad de la aseguradora es la fecha en que se verifica el estado de invalidez en el sistema…

Proceso: Ordinario Laboral

Radicado: 66001310500420220012701

Demandante: Luz Marina Vergara Londoño

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Llamada garantía: Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.

Asunto: Apelación Sentencia del 21 de marzo de 2023

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito

Tema: Pensión de Invalidez – RPM vs RAIS – Condición más beneficiosa

**TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**



Magistrado Ponente

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Pereira, doce (12) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 16 del (06/02/2024)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso **ordinario** promovido por **Luz Marina Vergara Londoño** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y la **AFP Protección S.A.**, como llamada en garantía se vinculó a **Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.** cuya radicación corresponde al **66001310500420220012701.**

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en la siguiente,

**SENTENCIA No. 21**

**ANTECEDENTES**

1.- **Pretensiones.**

**LUZ MARINA VERGARA LONDOÑO** pretende que 1) se declare que COLPENSIONES es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 27 de abril de 1999, aplicando el Decreto 758 de 1990 con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa; 2) se ordene a COLPENSIONES para que requiera a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado del bono pensional y los respectivos rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; 3) se ordene a la administradora el pago del retroactivo desde el 27 de abril de 1999 hasta la fecha de presentación de la demanda, que asciende a la suma de $491.360.881; 4) se condene a COLPENSIONES el pago de las sumas debidamente indexadas; y 5) las costas y agencias en derecho.

2.- **Hechos.**

En síntesis, relata la accionante que desde el 18 de mayo de 1981 y hasta el 30 de noviembre de 1995 laboró para la empresa CI NICOLE S.A. desempeñando funciones como operaria. Comenta que se afilió a COLPENSIONES donde cotizó un total de 708.43 semanas y, posteriormente, se afilió a PROTECCIÓN S.A. donde cotizó 18.57 semanas. Más adelante fue diagnosticada con una enfermedad degenerativa que le ocasionó una pérdida de la capacidad laboral del 64.73%, con fecha de estructuración del 27 de abril de 1999, según el dictamen emitido el 05 de agosto de 2021 por la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez.

Seguidamente, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la AFP PROTECCIÓN, que mediante oficio del 30 de noviembre de 2021 negó la prestación argumentando que la fecha de la estructuración de la invalidez se dio antes de la vinculación con esa administradora. Debido a ello, y ante la multivinculación que se generó entre las AFP, elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES quien, a través del oficio del 09 de febrero de 2022, negó la solicitud pensional alegando que la demandante no se encontraba afiliada a dicho fondo.

3.- **Posición de la demandada.**

**Protección S.A.** se opuso a lo pretendido argumentando que la actora canceló aportes hasta enero de 2000 y lo procede es el traslado de aportes con los rendimientos con destino a COLPENSIONES. Agregó que aplicando lo estipulado en la SU313 de 2020, a la Administradora de Fondos COLPENSIONES le corresponde reconocer la prestación. Excepciona: *Genérica, Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado, inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas, compensación, culpa exclusiva del afiliado y/o de la parte demandante, exoneración de condena en costas y de intereses de mora, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de personería sustantiva sobre el sujeto demandado, afectación financiera del sistema general pensional.* (archivo 07).

**Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda advirtiendo que la actora no se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sino que está activa en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., por tanto esta última es la encargada de reconocer y pagar la pensión de invalidez reclamada. Excepciona: *Legitimación en la causa por pasiva, excepción de falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, excepción de prescripción, declaratoria de otras excepciones: innominada o genérica.* (archivo 08).

**Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.** aclaró que la accionante se vinculó a Protección desde el mes de noviembre de 1999. Para la fecha de la estructuración de la invalidez no se encontraba vinculada al RAIS y no existía cobertura del siniestro de cara al contrato de seguro; por lo tanto, no le corresponde Protección reconocer la pensión de invalidez ni a la compañía de seguros asumir la suma adicional necesaria para completar el capital para dicha prestación. Conforme con ello, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones: *Ausencia de cobertura, inexistencia de la obligación de Protección S.A. de reconocer la pensión de sobrevivientes solicitada, prescripción* y *obligación de Metlife.* (Anexo12)

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante decisión del 21 de marzo de 2023, la Jueza Cuarta Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

*“****PRIMERO: DECLARAR*** *que la señora LUZ MARINA VERGARA tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A. le reconozca y pague la pensión de invalidez, a partir del 27 de abril de 1999, en cuantía de un SMMLV y por 14 mesadas anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:******Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR*** *a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a la señora LUZ MARINA VERGARA la suma de $186.949.265,80 por concepto de retroactivo pensional causado, entre el 27 de abril de 1999-data de estructuración de la invalidez- y hasta el 28 de febrero de 2023, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad.*

***TERCERO: AUTORIZAR*** *a PROTECCIÓN S.A. a descontar, el porcentaje correspondiente al sistema de salud, según el mandato del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.*

***CUARTO: CONDENAR*** *a la AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar a favor de la señora LUZ MARINA VERGARA la indexación de las mesadas dejadas de pagar hasta el momento en el que se efectúe el pago efectivo de lo adeudado, previo descuento por aportes por salud, acorde a la fórmula acogida y memorada por el Alto Tribunal de esta especialidad en providencia SL1511-2018.*

***QUINTO: ORDENAR*** *a la aseguradora METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de la pensión de invalidez otorgada a la señora LUZ MARINA VERGARA.*

***SEXTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada PROTECCIÓN S.A.*

***SÉPTIMO: DECLARAR*** *probada la excepción de mérito propuesta por la parte demandada COLPENSIONES denominada falta de causa para demandar por pasiva.*

***OCTAVO: NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda.*

***NOVENO: COSTAS*** *a cargo de PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante en un 100% de las causadas. Se condenará, asimismo, a la parte demandante en costas a favor de COLPENSIONES en un 100% de las causadas”.*

Para arribar a tal decisión, la *A quo* con soporte en la documental dedujo que no se discute la condición de invalidez de la accionante, pues cuenta con una PCL superior al 50%. Seguidamente, al verificar el cumplimiento de las condiciones para acceder a la pensión a la luz de la Ley 100, determinó que la demandante no cotizó las 26 semanas en el año inmediatamente anterior; por ende, no tiene derecho a la prestación bajo dicha ley. Sin embargo, consideró que, aplicando el principio de la condición más beneficiosa, la actora tiene derecho a la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990.

Lo anterior, teniendo en cuenta que cotizó un total de 615.21 semanas antes del 01 de abril de 1994, lo cual es superior a las 300 semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990. De ahí determinó que le asiste el derecho a la actora para que le sea reconocida y pagada la pensión desde la fecha en que se produjo el estado de invalidez, a cargo de Protección S.A. por ser el fondo en el cual se encuentraba afiliada la demandante cuando fue calificada y hasta la fecha.

Por otra parte, advirtió que no existió la multivinculación que se expuso en el escrito de demanda, dado que no existe discusión sobre la validez del traslado y no hay lugar a profundizar en el tema.

Como consecuencia, declaró que Protección debe reconocer a la actora la pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo y con derecho a 14 mesadas debidamente indexadas, sin que ninguna de ellas se encuentre afectada por el fenómeno prescritivo, pues presentó la reclamación el 30 de noviembre de 2021, la demanda el 08 de abrild e 2022 y el dictamen es del 05 de agosto de 2021; por lo tanto, la AFP debe pagar desde el 27 de abril de 1999. Y la aseguradora cancelar la suma adicional para completar el pago de la prestación.

**RECURSO DE APELACIÓN**

**Protección S.A.** recurrió la decisión indicando que la única obligación del fondo en este caso es trasladar las sumas que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones, pues al momento de la fecha de estructuración de la invalidez la demandante se encontraba afiliada al RPM, situación que se compasa con lo estipulado por la Corte Constitucional en la sentencia SU313 del 2020. Agregó que al momento de la afiliación la actora aceptó las prerrogativas del RAIS, comprometiéndose a cumplir con las semanas mínimas exigidas por la ley; y que no es posible condenar a la aseguradora a pagar la suma adicional para financiar la prestación.

Advirtió que la sentencia se aparta de los postulados del precedente jurisprudencial, por tanto, el fondo se encuentra en imposibilidad legal y financiera para cubrir la prestación concedida a la demandante. Insistió en que, de acuerdo a la historia laboral y el formulario de afiliación, la última cotización de la demandante en el RPM fue en octubre de 1995 y posteriormente, en septiembre de 1999 realizó la primera cotización ante el RAIS administrado por Protección, pero la afiliación se efectuó el 01 de noviembre de 1999. De igual forma, si bien la fecha de estructuración data del 27 de abril de 1999, solamente reposan cotizaciones a partir de septiembre, octubre, noviembre y diciembre, y luego en enero de 2000, después no se reportan más cotizaciones en Protección. En ese sentido, el cargo de la pensión está en cabeza de Colpensiones, por tanto, solicitó se revoquen las condenas en contra de Protección.

**Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.** expresó su inconformidad argumentando que la *a quo* incurrió en error al no analizar las estipulaciones del Código de Comercio, aplicable al caso por ser la norma especial que regula a las aseguradoras y el concepto de siniestro. En dicha normativa el artículo 1057 señala que las aseguradoras asumen un riesgo o siniestro desde la fecha de afiliación de las personas al RAIS sin que opere la retroactividad. Acorde con ello, concluyó que la aseguradora solo puede asumir obligaciones a partir de la afiliación de la demandante a Protección ocurrida en el año 1999; por lo tanto, ante la inexistencia del contrato de aseguramiento vigente para la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante en abril de 1997, ninguna orden recae sobre Metlife. Misma conclusión que se asumió en la sentencia SU313 de 2020.

**ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia, procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

**CONSIDERACIONES**

Conforme al panorama anterior, la Sala se ceñirá a los fundamentos del recurso de apelación, según el artículo 66A del CPTSS, por lo que el problema jurídico se enmarca en establecer: **1)** si PROTECCIÓN S.A. es la entidad responsable de reconocer y pagar la pensión de invalidez en favor de la señora LUZ MARINA VERGARA LONDOÑO. **2)** En caso positivo, se determinará si METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. tiene obligación de pagar la suma adicional para financiar el capital necesario para la prestación reconocida.

Como aspectos por fuera de debate se encuentran los siguientes: **i)** la señora LUZ MARINA VERGARA LONDOÑO nació el 10-10-1962 (Archivo 4, pág. 12); **ii)** la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 05-08-2021 asignó a la demandante la pérdida de la capacidad laboral en 64.73%, de origen común y fecha de estructuración del 27-04-1999 (Archivo4, pág. 13) **iii)** El 11-11-2021 solicitó la pensión de invalidez ante PROTECCIÓN S.A. (Archivo4, pág. 28) **iv)** El 30-11-2021 la AFP PROTECCIÓN negó la pensión de invalidez argumentando que la fecha de estructuración es anterior a la vinculación en el RAIS. (Archivo38, pág. 13) **v)** Según el historial de vinculaciones expedido por Asofondos, la demandante se trasladó de COLPENSIONES a COLMENA el 01-11-1999, luego por la cesión por fusión entre fondos del RAIS quedó afiliada en PROTECCIÓN S.A. (Archivo7, pág.43)

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta oportuno traer a colación los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables.

**De la responsabilidad de las AFP cuando el afiliado cambia de fondo después de la fecha de estructuración de la invalidez**

En primer lugar, es necesario dejar presente que en casos como el que aquí se analiza se presentan dos criterios de las Altas Cortes que se contraponen.

Por un lado, la **Corte Suprema de Justicia** es enfática en sostener que cuando una persona se traslada de régimen pensional y en el transcurso de la afiliación se declara formalmente la invalidez, el fondo que actualmente administra la afiliación es el responsable de reconocer la pensión de invalidez, incluso si la fecha de estructuración de la invalidez ocurre en la afiliación anterior. Así lo explicó en la sentencia **SL5183 de 2021** reiterada en sentencias SL1397 de 2022, SL4295 de 2022 y SL2923 de 2023, donde indicó:

*“(…) 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.*

*(:..)*

*En el anterior contexto, 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 desconocer 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.*

*(…)*

*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).*

*(…)*

*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*.” (Negrilla fuera de texto)

La anterior tesis se aparta del criterio jurisprudencial desarrollado por la **Corte Constitucional** en la sentencia **SU313 de 2020**, donde sostiene que el Régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado un ciudadano para el momento en que se estructuró su pérdida de capacidad laboral; dado que, la fecha de estructuración es el elemento que resuelve cualquier conflicto de competencia que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM.

En dicha sentencia de unificación la Corte indicó que debe aplicarse tal interpretación por las siguientes razones:

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

*ii) El Decreto 1833 de 2016, establece en su artículo 2.2.2.4.6., que “[l]as prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez” (Subrayas fuera de texto). Esta es una norma que se aplica a los supuestos de multiafiliación, es decir, a aquellos escenarios en los que una persona estaba afiliada válidamente a los dos regímenes, pero aportando a uno solo. Sin embargo, el artículo ha sido usado, por la vía de la analogía, para dirimir asuntos de competencia distintos. Con base en ello, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo, el 23 de mayo de 2018[143], al estudiar un caso como este, que la prestación debía ser reconocida por la entidad que recibió los aportes al momento en que ocurrió el siniestro.*

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

**SOLUCIÓN DEL ASUNTO**

1. **Responsabilidad de PROTECCIÓN S.A. en reconocer la pensión de invalidez.**

Bajo los parámetros jurisprudenciales expuestos con antelación, la Sala Mayoritaria acoge el criterio planteado por la Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1), según el cual, se reitera, el *fondo nuevo* (en este caso Protección) donde se encuentre el afiliado es quien debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, independientemente de la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, es decir**, la calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral**, es lo que genera y marca el surgimiento del derecho pensional, por ende, es lo que determina la entidad responsable de la obligación. En cambio, la **fecha de estructuración** es el momento de la causación del derecho, salvo en los casos en que la PCL se genera por causa de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, circunstancias en las cuales la causación del derecho puede coincidir con la última fecha de cotización, fecha de la calificación o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Así las cosas, en el caso de la señora LUZ MARINA VERGARA LONDOÑO, se recuerda, fue calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de la capacidad laboral del 64.73%, por enfermedad de origen común y fecha de estructuración del 27-04-1999 (Archivo4, pág. 13). En esta última calenda se encontraba afiliada en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES. Empero, el dictamen que declaró formalmente el estado de invalidez se expidió el 05-08-2021 y quedó en firme el 18-08-2021 (Archivo4, pág. 26); fecha para la cual la demandante se encontraba vinculada en el Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A.

En ese sentido, aplicando la tesis de la Corte Suprema, se evidencia que aunque la actora para el momento de la fecha de estructuración (causación del derecho) estaba afiliada a COLPENSIONES, lo cierto es que, se conoció ese estado de invalidez mediante la declaración formal y en firme en sede administrativa (surgimiento del derecho) cuando se encontraba afiliada a PROTECCIÓN; por ende, es esta última administradora quien debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la accionante.

Y es que tal conclusión resulta acorde con la garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional, salvaguardando el derecho de elección. Máxime si se tiene en cuenta que el *fondo nuevo*, en este caso PROTECCIÓN, es quien cuenta con el respaldo financiero para responder por la prestación salvaguardando la sostenibilidad financiera del sistema pensional; sin que sea necesario, como lo pretende la recurrente, determinar la suficiencia o no del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora que se analiza para el reconocimiento de las pensiones de vejez y sobrevivencia.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia en este sentido.

1. **Responsabilidad de METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. en reconocer la suma adicional para financiar la pensión de invalidez.**

En este punto, el apoderado de la aseguradora sostiene que la *a quo* incurrió en error al no analizar el artículo 1057 del Código de Comercio, el cual dispone: “*En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.*” Con fundamento en dicha normativa, alega que para la fecha de estructuración de la invalidez (27-04-1997), no existía el contrato de aseguramiento con la AFP PROTECCIÓN; por lo tanto, la aseguradora solo puede asumir obligaciones a partir de la afiliación de la demandante al RAIS (01-11-1999).

Para resolver esta discusión, reiterando la sentencia SL5183 de 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que en los casos como el presente las aseguradoras no pueden negarse a pagar la suma adicional en el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues, aunque la invalidez puede configurarse con la fecha de estructuración, el momento en que se genera la responsabilidad de la aseguradora es la fecha en que se verifica el estado de invalidez en el sistema, esto es, cuando la decisión queda en firme.

Así lo ha entendido la Alta Corporación cuando dijo:

“*En lo que concretamente concierne a este asunto y a Porvenir S.A., nótese que el traslado que realizó Luis Armando Murillo desde el ISS, hoy Colpensiones, le representa el traslado de los aportes que aquel sufragó en esta entidad pensional; y si ello, sumado a lo aportado en el esquema de ahorro, los rendimientos acumulados y el bono pensional si hay lugar a él es insuficiente para completar el capital necesario para financiar la prestación pensional, en este caso* ***la aseguradora que contrató no podría negarse a pagar la suma adicional -artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, 8 y 11 del Decreto 832 de 1996-, como lo entiende la censura****.*

*En efecto, precisamente sobre este último punto la recurrente alega que el reconocimiento pensional no estará respaldado por el seguro previsional de invalidez contratado en tanto no es posible asegurar hechos ya ocurridos y esto transgrede la sostenibilidad financiera del sistema; sin embargo, nótese que la Circular Externa 007 de 1996, que en su momento expidió la Superintendencia Bancaria -subrogada por la Circular Externa 029 de 2014 de la Superfinanciera, señala que «se entiende ocurrido el siniestro al fallecimiento o al momento en que acaezca el hecho que origine la invalidez de un afiliado. No obstante, en este último caso, el asegurador solo está obligado al pago a la declaración en firme de la invalidez» (destaca la Sala).*

*En otros términos,* ***si bien el siniestro -usando el tecnicismo propio del seguro privado y no de la seguridad social- puede configurarse desde que se estructura formalmente la invalidez, es el momento en que se verifique esa situación amparable por el sistema y cuando dicha decisión queda en firme lo que genera que la aseguradora responda por el seguro contratado con la AFP.***

*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”*. (Negrilla fuera de texto)

De manera que, la declaración formal y en firme de la invalidez no solo determina la responsabilidad de la Administradora que debe reconocer la pensión, sino que también delimita y activa el aseguramiento para el pago de las sumas adicionales. De este modo, se garantiza la unidad prestacional en el sistema de seguridad social.

**Conclusión**

Suficiente lo anterior para confirmar la sentencia de primera instancia, pues los argumentos expuestos por los recurrentes no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual, en esta sede, se condenará en costas a PROTECCIÓN S.A. y METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., en favor de la demandante.

**DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** en su integridad, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira del 21 de marzo de 2023.

**SEGUNDO**: **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., en favor de la demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Quienes integran la Sala,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

Con salvamento de voto

Radicación: 66001-31-05-004-2020-00127-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Luz Marina Vergara Londoño

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

**SALA LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, doce [12] de febrero de dos mil veinticuatro [2024].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Me aparto de la decisión mayoritaria por cuanto considero que la sentencia de primer grado debió revocarse por las siguientes razones:

En sentencia mayoritaria proferida en la Sala de Decisión Laboral No. 2 de esta Corporación (de la cual soy ponente) con el acompañamiento de la doctora Caicedo Calderón, el día 19 de abril de 2023, con salvamento de voto de quien en este asunto actúa como ponente, sobre el tema de la entidad responsable del reconocimiento de la pensión de invalidez en los casos de traslado entre AFPs, se expuso lo siguiente:

**“1. POSTURA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA QUE SE GENERAN ENTRE LAS ADMINISTRADORAS PENSIONALES PARA RECONOCER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ CUANDO SE PRESENTA TRASLADO DEL AFILIADO.**

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

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

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

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

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

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

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

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

**En sentencia SU-313 de 13 de agosto de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional**, teniendo en cuenta que varias de sus salas de revisión tenían posturas diferentes en este tipo de asuntos, decidió unificar su jurisprudencia respecto a este tipo de conflictos entre las administradoras del sistema general de pensiones, llegando a la conclusión de que, independientemente de los traslados que pueda generar un afiliado al interior del sistema, bien entre sus regímenes pensionales o entre los fondos privados de pensiones, la entidad -pública o privada- que debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, es aquella en la que se encuentre afiliado para el momento en que se produce el siniestro -estructuración de la invalidez- y no la última administradora en la que se encuentre afiliado como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, indicando el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, que la postura que en adelante adoptará en pleno la Corte, garantiza la sostenibilidad financiera del sistema y no vulnera el derecho a la libre escogencia de régimen pensional o de administradora pensional de los afiliados, entre otros aspectos relevantes, que se contraponen de manera acertada a la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como pasa a verse.

**Definición de la competencia.**

Prevé el inciso segundo del artículo 3.2.1.12 del decreto 780 de 2016 que “En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad”.

Al hacer el análisis de la norma en cita, la Corte Constitucional recordó que unas de sus salas de revisión ha considerado que lo que se debe entender de su contenido, es que, en este tipo de eventos, quien debe responder por el reconocimiento de la pensión de invalidez, independientemente de la fecha en que se produce el siniestro -estructuración de la invalidez- es la última administradora pensional en donde se encuentra vinculado el afiliado, pero a renglón seguido, determinó que ese entendimiento resultaba equívoco, pues lo que verdaderamente se desprende de la lectura del referido artículo 3.2.1.12 del decreto 780 de 2016 es que la administradora pensional “antigua” **debe responder por todas las prestaciones económicas que se hayan causado a favor de los afiliados hasta el momento en que se hizo efectivo el traslado; por lo que, si la invalidez se generó en vigencia de su afiliación, le corresponderá reconocer la prestación económica**; posición que soportó en los siguientes tres argumentos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3.2. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la financiación de la pensión de invalidez difiere sustancialmente. En este escenario, las cotizaciones efectuadas por una persona no serán dirigidas a un fondo común, sino a una cuenta de naturaleza individual que, junto con sus rendimientos, servirá de sustento económico al momento de reconocer y pagar la pensión a la que tenga derecho el afiliado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Traslado del RAIS al RPM. Si ocurre en este sentido el cambio, el Decreto 1833 de 2016 dispone que el RPM recibirá del RAIS, “(…) el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. // Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes (…)”. Que las cotizaciones voluntarias no se remitan en el marco de este proceso, encuentra sentido solo si se advierte que el RPM no las admite, pues allí no se podrá obtener una pensión con independencia de la edad o el número de semanas cotizadas.

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

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

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

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

**Libertad de escogencia de régimen o administradora pensional.**

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

**Conclusión.**

Con base en todo lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que: “El Régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado un ciudadano para el momento en que se estructuró su PCL. La fecha de estructuración será el elemento que resuelva cualquier conflicto de competencias que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM. Esto, cuando menos, por las razones que fueron expuestas en los capítulos anteriores y que pueden condensarse como sigue: 1) del artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016 se desprende que, aun cuando exista un traslado, el fondo antiguo mantiene la competencia por el reconocimiento de prestaciones que se causen en su vigencia; 2) porque esta regla es la que mejor armoniza con el sistema de financiación previsto por el legislador para las pensiones de invalidez; y 3) porque con su aplicación no se afecta el derecho a la libertad de elección de régimen pensional, ni se limita el derecho a la seguridad social”.

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

Traída esta posición al presente caso, se observa la razón que me lleva a apartarme de la decisión mayoritaria, pues en el orden de ideas atrás transcrito, acá correspondía decir que, para el momento en que estableció la pérdida de la capacidad laboral, la demandante se encontraba afiliada al RPM y por lo tanto lo que procedía era definir, en grado de consulta, si se daban las condiciones y requisitos para que Colpensiones le otorgara la pensión de invalidez bajo la figura de la condición más beneficiosa, lo cual no fue estudiado en esta sentencia dado que se condenó a Protección S.A. al reconocimiento de la pensión y dicha entidad no propuso recurso en ese sentido.

Son las anteriores razones las que me llevan a salvar mi voto, pues, a mi juicio, la sentencia de primera instancia debió revocarse.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Esta tesis ha sido aplicada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, en sentencia del 02-03-2022 con radicado 66001310500320220000601 con ponencia de la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón, sentencia del 26-10-2022 radicado 66001310500320190005101 con ponencia del Magistrado Germán Darío Góez Vinasco, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)