El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Radicado No: 66001-31-05-003-2022-00006-01

Proceso: Acción de tutela (Impugnación)

Accionante: Adrián Agudelo Henao

Accionados: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Ana Lucia Caicedo Calderón

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / CONFLICTO ENTRE EL RAIS Y EL RPM / CRITERIO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SE DEFINE SEGÚN FECHA DE ESTRUCTURACIÓN / CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: DEBE RECONOCERLA EL ÚLTIMO FONDO DE PENSIONES / SE ACOGE EL SEGUNDO.**

… la Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas la T-265/18, ha reiterado el análisis que se debe hacer respecto al principio de subsidiariedad cuando se reclama el pago y reconocimiento de pensiones…

En el presente asunto, debe demarcarse que la acción de tutela resulta procedente a fin de amparar los derechos fundamentales en titularidad del accionante, quien no sólo se encuentra en estado de invalidez con una pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, sino que también tiene comprometido su mínimo vital, de modo que, al encontrarse un dictamen de pérdida de la capacidad laboral en firme, aún no se le ha resuelto de manera positiva su solicitud pensional…

… en el presente caso, el actor se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR, pero después se trasladó a COLPENSIONES y estando en esta última entidad fue calificado con una pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL) superior al 50% cuya fecha de estructuración se fijó para la época en que estuvo afiliado a PORVENIR. Este hecho, esto es, que la fecha de estructuración se fijó para la fecha en que se encontraba afiliado a PORVENIR, es la razón que esgrime COLPENSIONES para negarle el pago de la pensión de invalidez…

La Corte Constitucional, en un caso similar, en la sentencia de unificación SU-313/20 estableció las siguientes reglas jurisprudenciales: “En efecto, (i) si la invalidez se estructuró en el RAIS, la AFP que corresponda pagará la prestación y hará efectivo el contrato que suscribió con la aseguradora para que aquella responda por la suma adicional… (ii) Por su parte, si la invalidez se estructuró en el RPM, Colpensiones pagará la prestación y las cotizaciones que la persona hubiere efectuado con posterioridad a esa fecha, en el RAIS, simplemente serían trasladadas para que la persona adquiera una pensión de vejez en el fondo público…

Por su parte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 8 de septiembre de 2021, SL 5183-2021, Radicado 73816…, decidió de manera contraria un asunto similar y se apartó de la Sentencia SU-313/20…

… esta Sala acoge la tesis de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por las razones que allí se esgrimen (y a las cuales nos remitimos por economía procesal), sino porque favorece más al afiliado, ya que, entre otras cosas, dicha postura garantiza que la decisión de trasladarse de fondo no altera de manera alguna el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucia Caicedo Calderón**

Pereira, dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Procede la judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 25 de enero de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la **acción de tutela** impetrada por el señor CESAR AUGUSTO AGUDELO SALAZAR en calidad de apoderado judicial del señor **Adrián Agudelo Henao**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, a través de la cual se pretende que se ampare sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y móvil, dignidad humana e igualdad; trámite al que fue vinculada la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.** Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **DEMANDA DE TUTELA**

El demandante solicita que se tutele su derecho fundamental a la seguridad social, el mínimo vital y móvil, igualdad, dignidad humana y, en consecuencia, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a realizar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del señor ADRIAN AGUDELO HENAO desde el 23 de febrero de 2021.

Para sustentar la demanda, manifiesta que el señor ADRIAN AGUDELO HENAO desde hace algún tiempo ha padecido severos problemas de salud, como insuficiencia renal terminal, motivo por el cual agotó el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral ante Colpensiones, siendo calificado el pasado 23 de febrero de 2021 con una PCL equivalente a 68.50% estructurada para el 27 de septiembre de 2019, en razón a enfermedad de origen común.

Acto seguido, procedió a solicitar la pensión de invalidez, que le fue negada mediante Resolución número SUB-262032 del 07 de octubre de 2021 con fundamento en que, para la fecha de estructuración se encontraba afiliado al Régimen de Ahorro Individual a través del fondo de pensiones Porvenir S.A, decisión que fue recurrida y Colpensiones mediante acto administrativo número DPE-11323 del 16 diciembre de 2021, la confirmó.

1. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones del demandante al aseverar que mediante la resolución SUB-262032 del 07 de octubre de 2021, se declaró la falta de competencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que, para la fecha de estructuración el solicitante no se encontraba afiliado a la entidad; resolución que fue notificada el 08 de las mismas calendas.

En todo caso, refirió que mediante escrito presentado el 13 siguiente radicado bajo número 2021-12162366, se interpuso recurso de apelación que fue resuelto mediante la resolución DPE-11323 del 16 de diciembre de 2021, confirmando en todas y cada uno de sus acápites el veredicto inicial, con fundamento en la fecha de estructuración. En virtud de lo anterior, indicó que es PORVENIR S.A, la entidad competente para analizar si el accionante tiene derecho a la prestación económica.

Por su parte, PORVENIR S.A optó por guardar silencio.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La a quo señaló que el análisis jurídico versa de forma exclusiva sobre el derecho de la Seguridad Social, toda vez que, este subsume a los demás. En ese sentido se atuvo a lo precisado por la Corte Constitucional en sentencia T-608 de 2019, cuando al referirse a este derecho en particular, precisó que: *“(…) la seguridad social, como derecho, se encuentra vinculada con la garantía de protección frente a determinadas contingencias que pueden afectar la vida de las personas. Es por ello, que su realización se enfoca en la satisfacción de derechos fundamentales como el mínimo vital, lo que le otorga el carácter de derecho irrenunciable”.*

En ese orden de ideas, recordó que la acción de tutela es un mecanismo de protección preferente y subsidiario, así que exige el cumplimiento de ciertas circunstancias que hagan posible la valoración de su viabilidad e idoneidad para alcanzar la protección buscada. Es por ello, que la Corte Constitucional estableció los siguientes requisitos tendientes al reconocimiento de prestaciones económicas por vía de tutela así:

*“(…) i) Que se trate de sujetos de especial protección constitucional, ii) Que la falta de pago de la prestación económica o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales en particular del derecho al mínimo vital, iii) Que el tutelante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada, iv) Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”.*

Atendiendo a ello, la operadora jurídica declaró parcialmente el cumplimiento del principio de la subsidiariedad, pues si bien, de las situaciones fácticas presentadas en la tutela se lograron configurar los tres primeros presupuestos, no ocurrió lo mismo con respecto al último, por cuanto, resulta claro que el señor Adrián Agudelo Henao cuenta con medios judiciales idóneos y pertinentes para obtener la solución al conflicto que se viene presentando, en atención a quién debe asumir dicha obligación.

Seguidamente, expuso que dicha situación fue puntualizada por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU313 de 2020, que en apartes se trae a colación de la siguiente manera: “(…) *PENSION DE INVALIDEZ - Regla de reconocimiento corresponderá a Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, al momento de la estructuración de la invalidez. 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* (…)”.

En consecuencia, fue decretada la improcedencia de la acción de tutela al ser entendido que, la controversia generada no hace parte del escenario constitucional, sino judicial, más aún, cuando la A.F.P. Porvenir S.A., pese a ser vinculada guardó silencio, lo que significa que no se encuentran los presupuestos determinados en la jurisprudencia para hacer viable esta acción proteccionista, como tampoco para acceder de manera transitoria a la protección, toda vez que en el ordenamiento jurídico se establecieron los mecanismos legales pertinentes para tal efecto, por cuanto se torna innegable que existe un medio idóneo de defensa para el reconocimiento del derecho pensional de invalidez de carácter judicial, el cual está a cargo de la justicia ordinaria en su especialidad laboral.

1. **IMPUGNACIÓN**

El apoderado judicial del actor impugnó la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia solicita que se revoque la misma.

Para sustentar lo anterior, aduce que en el caso de señor AGUDELO HENAO existen los supuestos necesarios para la viabilidad de esta acción constitucional, dado que, el promotor de la acción padece de un estado de salud de carácter terminal y catastrófico (insuficiencia renal en hemodiálisis) y su situación económica y familiar es de carácter precario, al depender para su subsistencia de la caridad de sus amigos y familiares.

Añade entonces, que esta situación sumerge a su representando en una debilidad manifiesta con el riesgo inminente de ocasionarle un perjuicio irremediable

**5. CONSIDERACIONES**

* 1. **Problema jurídico para resolver**

Le corresponde establecer a la Sala lo siguiente:

* Si se cumple el principio de subsidiariedad para que el juez constitucional pueda conocer el presente asunto, a sabiendas de que se está solicitando el reconocimiento de una pensión de invalidez.
* Superado lo anterior, se entrará a establecer a cargo de qué entidad está la responsabilidad de pagar la pensión de invalidez del actor: Si a COLPENSIONES o a la AFP PORVENIR, toda vez que para la fecha de estructuración de la invalidez el actor estaba afiliado a la AFP PORVENIR en tanto que actualmente se encuentra afiliado a COLPENSIONES.
	1. **Presupuestos Generales de procedencia.**

**5.2.1. Inmediatez.** La Corte Constitucional ha sostenido en varias sentencias, entre ellas la T-461-19 que: “*Si bien es cierto que la acción de tutela no está sometida a un término de caducidad, sí debe ser interpuesta en un plazo razonable y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración* “. En relación con el caso objeto de estudio, la acción de tutela fue instaurada el 12 de enero de 2022 y la resolución del recurso de apelación dado por la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, mediante la cual confirmó el fracaso de la solicitud del reconocimiento de la pensión de invalidez es del 16 de diciembre de 2021. Esto significa que transcurrió un mes para cuando el demandante acudió ante el juez constitucional, término que se considera razonable.

 **5.2.2. Subsidiariedad**. Sobre el tema en cuestión, la Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas la T-265/18, ha reiterado el análisis que se debe hacer respecto al principio de subsidiariedad cuando se reclama el pago y reconocimiento de pensiones, así: *“En este orden de ideas, la acción de tutela, en principio, es improcedente para lograr el reconocimiento y pago de pensiones, salvo que se presente alguna de las siguientes condiciones:(i) que la negativa al reconocimiento de la pensión se origine en actos que, en razón a su contradicción con preceptos superiores, puedan desvirtuar la presunción de legalidad; y (ii) que la negativa de reconocimiento pensional vulnere o amenace un derecho fundamental.”*

En el presente asunto, debe demarcarse que la acción de tutela resulta procedente a fin de amparar los derechos fundamentales en titularidad del accionante, quien no sólo se encuentra en estado de invalidez con una pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, sino que también tiene comprometido su mínimo vital, de modo que, al encontrarse un dictamen de pérdida de la capacidad laboral en firme, aún no se le ha resuelto de manera positiva su solicitud pensional. Al mismo tiempo, el accionante debe velar por su subsistencia, por lo que la falta de ingresos económicos y su incapacidad para continuar laborando ponen en riesgo inminente sus derechos fundamentales.

Igualmente, es necesario recalcar que la Corte Constitucional en sentencia T-503/2017 ya había trazado las reglas jurisprudenciales para reconocer excepcionalmente la pensión de invalidez, a través de la acción de tutela, así:

*“(i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar  su existencia en condiciones más dignas y justas.”*

* 1. **Precedente jurisprudencial respecto a la entidad que debe reconocer la pensión de invalidez cuando el afiliado cambia de AFP**

Recordemos que, en el presente caso, el actor se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR, pero después se trasladó a COLPENSIONES y estando en esta última entidad fue calificado con una pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL) superior al 50% cuya fecha de estructuración se fijó para la época en que estuvo afiliado a PORVENIR. Este hecho, esto es, que la fecha de estructuración se fijó para la fecha en que se encontraba afiliado a PORVENIR, es la razón que esgrime COLPENSIONES para negarle el pago de la pensión de invalidez, aduciendo que su pago radica en cabeza de la AFP privada.

 **5.3.1. Precedente de la Corte Constitucional:**

La Corte Constitucional, en un caso similar, en la sentencia de unificación SU-313/20 estableció las siguientes reglas jurisprudenciales: *“En efecto, (i) si la invalidez se estructuró en el RAIS, la AFP que corresponda pagará la prestación y hará efectivo el contrato que suscribió con la aseguradora para que aquella responda por la suma adicional. Los aportes realizados en favor del RPM, con posterioridad al siniestro, serían devueltos en ese caso para que sirvan, eventualmente, para el pago de una pensión de vejez en el fondo privado –si se dan las condiciones–. (ii) Por su parte, si la invalidez se estructuró en el RPM, Colpensiones pagará la prestación y las cotizaciones que la persona hubiere efectuado con posterioridad a esa fecha, en el RAIS, simplemente serían trasladadas para que la persona adquiera una pensión de vejez en el fondo público –si hay lugar–.”*

Lo dicho hasta aquí supone que, la fecha de estructuración será el elemento decisivo que resuelva cualquier conflicto de competencias que se suscite entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad y del régimen de prima media con prestación definida, tomando en consideración, que la Corte en esta misma sentencia de unificación fundamentó dicho precepto en lo siguiente: *“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”.*

Habría que decir también, que el alto Tribunal en esta misma providencia contempló el escenario, en el cual, un pensionado por invalidez viera modificado o extinguido su estatus pensional, suponiendo que su PCL con el paso del tiempo disminuyera por debajo del 50%, dicho esto, la Corte dispuso para estos casos lo siguiente: *“Bajo el supuesto de que una persona perdió la pensión de invalidez, ella buscará continuar cotizando para acceder a los requisitos que le permitirán, a futuro, pensionarse por vejez. En ese caso, como ya se dijo, si fue devuelto al régimen antiguo, tendrá que cumplir los requisitos de aquel para tal propósito”.*

En definitiva, esta situación fue propicia para que se produjera la unificación de jurisprudencia, respecto al conflicto de competencia entre los regímenes que comprenden el sistema pensional Colombiano, en consonancia a ello, la Corte Constitucional prestó total observancia a este problema jurídico al insistir que: *“La Corte ha entendido que discusiones entre entidades, que respondan a situaciones meramente competenciales, no deben servir de excusa para dejar de reconocer derechos pensionales, máxime cuando el afiliado haya cumplido los requisitos legales para ello. Con todo, en esta oportunidad la Sala se referirá a esta situación a fin de unificar su jurisprudencia, con el objeto de evitar que este tipo de cuestiones se sigan presentando a futuro, en detrimento de afiliados que, en la mayoría de los casos, requieren con urgencia obtener el pago pensional”.*

**5.3.1. Precedente de la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia:**

Por su parte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 8 de septiembre de 2021, SL 5183-2021, Radicado 73816 con ponencia del Magistrado Dr. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ, **decidió de manera contraria un asunto similar y se apartó de la Sentencia SU-313/20** por las razones que más adelante se transcriben. En efecto, en esa oportunidad la Corte Suprema resolvió el siguiente problema jurídico:

*“… la Sala debe resolver si el Tribunal incurrió en un desatino jurídico al concluir que Porvenir S.A. debe reconocer la pensión de invalidez a su afiliado Luis Armando Murillo, pese a que para la fecha de estructuración de la invalidez establecida en el dictamen -y causación del derecho pensional- estaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones”.*

*(…)*

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

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

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

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

***Este último aspecto es relevante, pues imponerle el reconocimiento pensional al fondo antiguo o al que estaba vinculado el afiliado cuando la invalidez se estructuró y se causó la pensión que ampara el riesgo, y no al fondo nuevo o en el que la situación de invalidez se declaró formalmente, implica la anulación de la decisión libre y voluntaria de la persona en torno a permanecer en un régimen de pensiones determinado, lo que no puede ser desconocido por circunstancias no previstas en la ley y que tampoco les son atribuibles a los afiliados. Sobre esto se ahondará en el siguiente punto.***

*(…)*

*(1.1) Derecho a elegir un régimen pensional*

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

*En el anterior contexto,* ***para la Sala no es 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.*

*(1.2) El reconocimiento pensional a cargo del fondo que administra la afiliación, pese a que el riesgo se estructura en un vínculo antiguo, no tiene implicaciones negativas en la sostenibilidad financiera del sistema pensional*

*(…)*

*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.***

 *(…) 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».*

***Como se advierte, lo anterior ratifica lo expuesto, esto es, que el derecho pensional surge con la declaración formal de la situación de invalidez y su causación a partir de la estructuración del riesgo o excepcionalmente en cualquiera de las otras hipótesis tratándose de enfermedades degenerativas.***

*Por tanto, la interpretación que prohíja la Corte es totalmente concordante con el particular carácter que define el riesgo de la invalidez y con el hecho que no siempre la pensión que cubre el riesgo se causa al momento de su estructuración. 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 atenta contra la referida garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional*

***De modo que es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, bien sea en sede administrativa o si se demanda ante la jurisdicción ordina laboral, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación.***

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

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

***(2) Caso concreto***

*En el caso analizado, si bien el ad quem partió del hecho indiscutido de que la estructuración formal de la invalidez de Luis Armando Murillo se fijó para el 1.º de agosto de 1998 y a partir de esta fecha se le reconoció la pensión, no cometió un error jurídico al considerar que Porvenir S.A. debía responder por dicha prestación, pues aquel continuó trabajando, se trasladó válidamente de régimen pensional a través de esa AFP el 7 de febrero de 2002, cotizó hasta el 30 de octubre de 2010 y en vigencia de esta afiliación también se concretó y se conoció el dictamen que determinó su situación de invalidez.*

*Por tanto, no se trató de un hecho ya ocurrido o que ya existía al momento en que Luis Armando Murillo se trasladó de régimen pensional, pues la declaración formal de la invalidez y su consecuente solicitud de reconocimiento ocurrió ante Porvenir S.A. Y por ello, la asegurada debe responder por el seguro contratado en los términos del artículo 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, 8 y 11 del Decreto 832 de 1996, conforme se explicó.*

*Por último, la Sala no pasa por alto que en la sentencia SU-313-2020 la Corte Constitucional consideró que en los casos en los que la estructuración de la invalidez ocurre en un momento en el que la afiliación la administraba un fondo antiguo, la pensión debe reconocerla este último y no el nuevo o en cuya afiliación se calificó el riesgo. El eje central de dicha providencia está en que «ordenarle al fondo nuevo reconocer una pensión que se causó antes de que el beneficiario estuviere afiliado a él, sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado», lo que podría tener implicaciones financieras. En síntesis, tal decisión se apoya en el citado artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, en armonía con el precepto 2.2.2.4.6 del Decreto 1833 de 2016 -que compiló el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008- y que a su juicio puede aplicarse por analogía, pese a ser supuestos normativos que regulan los eventos de multiafiliación; y por último, argumenta que es un criterio que no afecta los derechos a la libre elección de régimen pensional ni a la seguridad social.*

***Lo anterior no lo comparte la Sala, para lo cual y en ejercicio de los deberes de suficiencia y transparencia respecto al precedente constitucional (CC C-621-2015 y SU-354-2017), además de lo ya expuesto, se agrega lo siguiente:***

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

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

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

*(…)*

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

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

**5.3.3. Posición de esta Sala:**

Analizando los dos precedentes, esta Sala acoge la tesis de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por las razones que allí se esgrimen (y a las cuales nos remitimos por economía procesal), sino porque favorece más al afiliado, ya que, entre otras cosas, dicha postura garantiza que la decisión de trasladarse de fondo no altera de manera alguna el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, como en efecto lo establece el sistema de seguridad social en pensiones.

* 1. **Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, mínimo vital y móvil e igualdad del señor Adrián Agudelo Henao, alegando su vulneración por parte COLPENSIONES, bajo el supuesto de que la accionada no le ha reconocido y pagado su pensión de invalidez desde el 23 de febrero de 2021.

En oposición, COLPENSIONES, en síntesis, señaló que el señor Adrián Agudelo Henao para la fecha de la estructuración de su invalidez se hallaba afiliado a la administradora de fondo pensional PORVENIR S.A, siendo ésta última, la llamada a reconocerle dicho estatus al accionante y en razón a ello, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Por su parte, el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A[[1]](#footnote-1), a pesar de estar debidamente notificada (tal como consta en los documentos 03 y 04 del expediente digital de primera instancia), guardó silencio.

La Jueza de primera instancia, declaró la improcedencia de la acción de tutela, bajo el argumento de la existencia de múltiples herramientas en la jurisdicción ordinaria laboral, a las que el accionante puede acudir para dirimir el conflicto concerniente a determinar cuál es el fondo pensional que está obligado a reconocerle su pensión de invalidez.

El representante judicial del actor impugnó la sentencia de primera instancia aduciendo, en síntesis, que se dan los supuestos necesarios para la viabilidad de esta acción constitucional, dado que el señor Agudelo Henao padece un estado de salud de carácter terminal y catastrófico, análogamente, su situación económica y familiar es de carácter precario al depender para su subsistencia de la caridad de amigos o familiares.

Para desatar el fondo del litigio, empecemos por decir que el numeral 1° del artículo 39 de la ley 100 de 1993 que, a su vez, fue modificado por el artículo 1 de la ley 860 de 2003 establece los siguientes requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad común, a saber: haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Revisado el acervo probatorio, se evidencia que, mediante dictamen DML- 4111771 emitido por COLPENSIONES[[2]](#footnote-2), el accionante sufre una pérdida de la capacidad laboral del 68.50% con fecha de estructuración correspondiente al **27 de noviembre de 2019, y supera con creces las semanas de cotización mínimas requeridas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez**. **Lo anterior quiere decir que está suficientemente probado el derecho que le asiste al actor a que le reconozcan y paguen la pensión de invalidez.**

Aunado a lo anterior, en resolución SUB-262032 allegada al proceso por el accionante y emitido por la administradora colombiana de pensiones[[3]](#footnote-3), se coteja, que para la fecha de estructuración de invalidez del promotor de la acción, se encontraba afiliado al fondo pensional PORVENIR S.A, toda vez que, para el 06 de noviembre de 2019 instó su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) y tal solicitud se hizo efectiva el 01 de enero de 2020, esto es, con posterioridad a la fecha fijada dentro del dictamen médico como la correspondiente a la estructuración de la invalidez.

La parte actora, en su escrito de impugnación, arguye que en virtud de la enfermedad de carácter terminal y catastrófica (insuficiencia renal en hemodiálisis) padecida por el señor Adrián Agudelo Henao y su deplorable situación económica, son determinantes para que por vía constitucional sea procedente el reconocimiento de su estatus pensional, y por ende se condene al pago de dicha prestación económica a COLPENSIONES.

Revisada la historia clínica del actor, el dictamen de pérdida de capacidad laboral y la afirmación indefinida de encontrarse en una difícil situación económica (hecho que no fue desvirtuado por COLPENSIONES) la Sala encuentra que efectivamente se dan los presupuestos jurisprudenciales establecidas en la sentencia T-503/17, para la **procedencia de la presente acción,**  por cuanto, en palabras de la Corte, nos encontramos ante el siguiente panorama: “*(i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas.”*

En este sentido, al no concederle el pago de la prestación económica, se ve vulnerado el mínimo vital y móvil, la seguridad social y la dignidad humana del accionante, puesto que, el reconocimiento de esta pensión funge como amparo ante las contingencias derivadas de su invalidez.

De cara a lo anterior, y a atendiendo el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la transcrita sentencia SL 5183-2021, no habiendo duda del derecho que tiene el actor a su pensión de invalidez, el reconocimiento y pago de esa prestación le corresponde a COLPENSIONES por ser la entidad en la que actualmente se encuentra afiliado, por cuanto la firmeza del dictamen que estableció la pérdida de capacidad laboral del actor se dio en vigencia de esta última afiliación, a pesar de que la fecha de estructuración se fijó para la época en que el tutelante se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR S.A.

**Con todo, como este tema es litigioso al existir dos precedentes contrarios, el amparo se otorgará de manera transitoria mientras COLPENSIONES interpone la correspondiente demanda ante la justicia ordinaria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, advirtiendo que los efectos del amparo perdurarán hasta que se decida de manera definitiva el litigio. En caso de que COLPENSIONES no interponga la demanda en el plazo concedido, el amparo se tornará definitivo.**

La decisión anterior -la de ordenar que quien interponga la demanda ordinaria es COLOPENSIONES- se toma por cuanto si bien del contenido del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[[4]](#footnote-4), se puede inferir, en principio, que cuando la norma utiliza la expresión ***“afectado”*** se está refiriendo exclusivamente al accionante, en el presente caso el actor no está legitimado para demandar ni a COLPENSIONES ni a la AFP PORVENIR por cuanto su derecho a la pensión de invalidez no está en entredicho, al punto que la negativa de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión no obedece a una cuestión litigiosa frente al afiliado, sino a una supuesta falta de competencia al considerar que quien debe pagar la pensión es la AFP a la cual se encontraba afiliado el actor al momento de estructurarse la invalidez, situación de la cual no es responsable el actor. Luego entonces, se trata de problemas administrativos que surgen entre las administradoras de pensiones que no tiene porqué asumirlos el afiliado, además de quedar en evidencia que el litigio es entre estos dos fondos de pensiones, en donde nada tiene que ver el actor. Ello fue precisamente lo que pasó en el precedente de la Corte Suprema de Justicia, en donde el litigio se trabó entre las dos administradoras sin la intervención del afiliado.

Por último, se ordenará el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir de la fecha solicitada en la demanda de tutela, esto es, a partir del 23 de febrero de 2021, sin perjuicio de que el actor pueda reclamar la pensión desde la fecha de estructuración de la invalidez si a ello hubiere lugar.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO****: REVOCAR** la sentencia impugnada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En su lugar, **CONCEDER** al señor ADRIAN AGUDELO HENAO, la tutela de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, seguridad social y dignidad humana. **El amparo se otorga de manera transitoria mientras COLPENSIONES interpone la correspondiente demanda ante la justicia ordinaria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, advirtiendo que los efectos del amparo perdurarán hasta que se decida de manera definitiva el litigio. En caso de que COLPENSIONES no interponga la demanda en el plazo concedido, el amparo se tornará definitivo.**

**TERCERO:** **ORDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor ADRIAN AGUDELO HENAO, identificado con la C.C. 18’561.178 de Mistrató, Risaralda, **a partir del 23 de febrero de 2021,** sin perjuicio de que el actor pueda reclamar la pensión desde la fecha de estructuración de la invalidez si a ello hubiere lugar.

**CUARTO:** Notifíquese la decisión a las partes por el medio más eficaz.

**QUINTO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**Notifíquese y Cúmplase**

 La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Expediente de primera instancia, documento N°.003, folio 01 [↑](#footnote-ref-1)
2. Expediente de primera instancia, documento N°.001, folio 27 [↑](#footnote-ref-2)
3. Expediente de primera instancia, documento N°.001, folio 44 [↑](#footnote-ref-3)
4. **ARTICULO** **8º-La tutela como mecanismo transitorio**. Aun cuando el ***afectado*** disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el ***afectado*** deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (…) (Negrilla y cursiva fuera de texto) [↑](#footnote-ref-4)