COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/313/20

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/313/20
Expediente	—
Fecha	2019-12-11
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Invalidez
- Derecho Fundamental A La Seguridad Social En Pensiones Y La Importancia De La Pension De Invalidez
- Pension De Invalidez De Origen Comun
- Calificacion De La Perdida De Capacidad Laboral
- Conflictos De Competencia Entre Administradoras De Fondos De Pensiones Para Reconocer Pension De Invalidez
- Proceso Para Calificacion Del Estado De Invalidez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de que comparten los Regímenes de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro cálculo de la mesada y desde cuándo debe ser pagada la pensión

Texto completo

SU313-20 Sentencia SU313/20 TEMERIDAD- Concepto y desarrollo jurisprudencial PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD- No se debe imponer carga desproporcionada a quien no es capaz de soportarla ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ- Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ -Concepto, naturaleza y protección constitucional PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN- Fundamentos normativos y evolución jurisprudencial PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN- Reglas que comparten los Regímenes de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL- Desarrollo normativo PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN- Requisitos establecidos en Ley 100/93 y en ley 860/03 PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN- Definición del derecho, cálculo de la mesada y desde cuándo debe ser pagada la pensión CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES PARA RECONOCER PENSION DE INVALIDEZ- Evento en el que hubo traslado mientras se cotizaban semanas posteriores a la fecha de estructuración FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ- Concepto Aquella corresponde al instante “(…) en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad

o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional".

PROCESO PARA CALIFICACION DEL ESTADO DE INVALIDEZ- Regulación DICTAMEN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL- Alcance y contenido PENSION DE INVALIDEZ- Conflicto entre Administradoras de Fondos de Pensiones no puede afectar las garantías fundamentales del afiliado TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES- Requisitos SISTEMA DE FINANCIACION DE PENSION DE INVALIDEZ- En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida 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–. Empero, el ISS, en su momento, optó por asumir el riesgo directamente y Colpensiones, en la actualidad, mantiene la misma línea.

SISTEMA DE FINANCIACION DE PENSION DE INVALIDEZ- En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la financiación de la pensión de invalidez difiere sustancialmente del RPM. 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, 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.

MOVILIDAD DE LOS RECURSOS FINANCIEROS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Bonos o títulos pensionales, cuotas partes pensionales y movimientos de capital por traslado entre regímenes PENSION DE INVALIDEZ- Diferencia de financiación entre Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 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.

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.

PENSION DE INVALIDEZ- Regla del fondo de estructuración no limita la libertad de elección de régimen La pensión de invalidez siempre se reconoce y paga desde la fecha de estructuración, en adelante.

Incluso cuando hay cotizaciones posteriores a la misma. Esto presupone que su beneficiario se entenderá pensionado desde esa misma fecha. DICTAMEN QUE CALIFICA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL- Debe ser notificado a los Fondos de Pensiones que eventualmente lleguen a estar interesados en el proceso de calificación del afiliado DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ- Orden a Administradora de Fondo de Pensiones reconocer y pagar provisionalmente pensión de invalidez a accionante Referencia: Expediente: T-7.439.053 Acción de tutela interpuesta por Efraín García Espinosa, a través de apoderada, contra la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A.

Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión del fallo expedido dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva - Huila, el 30 de abril de 2019.

I. ANTECEDENTES 1. Hechos 1.1. El señor Efraín Espinosa García, de 54 años [1] , fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila el 26 de julio de 2017 [2] .

En ese Dictamen se determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral –PCL– del 57,06%, y se fijó, como fecha de estructuración, el 12 de octubre de 2006.

En tanto los recursos de ley no fueron instaurados contra esa determinación, la misma cobró ejecutoria según constancia del 23 de agosto de 2017 [3] .

1.2. El accionante, con base en el dictamen aludido, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, el reconocimiento de la pensión de invalidez por cumplir con el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo primero de la Ley 860 de 2003 [4] .

En efecto, en los tres años previos a la fecha de estructuración, el actor demostró haber trabajado y cotizado al Sistema General de Pensiones, ininterrumpidamente, 154 semanas, superando así las 50 exigidas [5] .

1.3. En su respuesta, Colpensiones le informó a través de acto administrativo que para la fecha en que se entendía estructurada la enfermedad, presentaba afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– [6] .

Asimismo, le aclaró que su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM– solo había tenido ocurrencia el 30 de mayo de 2012 y que su traslado se había hecho efectivo el 1° de julio siguiente. En tal sentido, citando los artículos 14 [7] y 15 [8] del Decreto 692 de 1994, señaló que en tanto la fecha de estructuración había sido fijada en un momento para el cual el peticionario se encontraba afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones –AFP– Protección S.A., a esa entidad correspondía reconocer la prestación requerida.

1.4. Así, el actor solicitó a Protección S.A. informarle sobre las fechas exactas en que había ocurrido el traslado señalado por Colpensiones [9] .

En respuesta a esta solicitud, se le indicó que estuvo afiliado inicialmente al Instituto de Seguros Sociales –ISS– hasta el 4 de febrero de 1997, fecha a partir de la cual operó su traslado hacia el RAIS, y que el 30 de mayo de 2012 se trasladó nuevamente al RPM [10] .

1.5. Con la claridad anterior, la apoderada del accionante presentó un nuevo derecho de petición a Protección S.A. [11] En él requería información respecto al criterio jurídico que manejaba esa entidad en lo que tenía que ver con la competencia que eventualmente tendría para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. La entidad, en oficio del 19 de julio de 2018 [12] , le informó lo siguiente:

“[E] n cuanto al tema de competencia, manifestamos que en el fondo en el que un afiliado se encuentra activo, se realiza un descuento de los aportes a pensión con destino al seguro previsional, el cual es contratado por cada administradora, por lo que la entidad encargada de realizar el reconocimiento de una prestación económica de invalidez, es en la que el afiliado se encontraba activo a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, dado que en ese momento era la entidad encargada de realizar los aportes al seguro previsional ” [13] .

A renglón seguido, la AFP reconoció que, con base en lo antedicho, le correspondería pagar la pensión de invalidez. Sin embargo, hizo hincapié en que no había sido notificada de dictamen alguno. Por esta razón, informó que se comunicaría con la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila a efectos de que esa entidad le notificara formalmente su determinación. Luego de lo cual remitiría el asunto a su comisión médico laboral, para que se pronunciara al respecto.

1.6. A partir de lo informado, el actor solicitó, el 28 de septiembre de 2018, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, notificar formalmente a Protección S.A. del dictamen que había proferido [14] . Previo a ello, el 16 de julio del mismo año, Protección S.A. también había enviado una comunicación a la misma autoridad y en el mismo sentido [15] .

1.7. La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila respondió, el 12 de diciembre de 2018 [16] , que el dictamen lo había realizado a solicitud del accionante para ser presentado ante Colpensiones. Así, el proceso de su notificación solo cubrió a esas dos partes, sin que ninguna de ellas interpusiera los respectivos recursos de ley. Afirmó finalmente que desde el punto de vista procesal no es posible notificar del mismo a entidades que no hayan participado en su emisión.

1.8. Por todo lo anterior, el actor solicitó a Protección S.A., el 14 de enero de 2019, que lo calificara directamente [17] . La contestación, dada el 24 de enero siguiente, fue negativa. El argumento: que no estaba afiliado al RAIS, motivo por el cual debía elevar la solicitud ante Colpensiones [18] .

2. Demanda y pretensiones 2.1. El 10 de abril de 2019 [19] , el señor Efraín Espinosa García, a través de apoderada, instauró acción de tutela contra Protección S.A.

[20] , al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso administrativo, al mínimo vital y a la seguridad social, con ocasión del no reconocimiento de la pensión de invalidez a la que, considera, tiene derecho según las normas de la Ley 100 de 1993.

2.2. En concreto, el accionante señaló que solicitar una nueva calificación por parte de Colpensiones, como fue sugerido en la última respuesta de Protección S.A., le ocasionaría un mayor perjuicio en tanto la posición jurídica de esa entidad ya había sido establecida. Recuérdese que en sus respuestas se negó a reconocer prestación alguna porque el siniestro ocurrió mientras él se encontraba afiliado a otro fondo. Ligado al punto anterior, el tutelante afirmó que aun cuando en la actualidad está afiliado al RPM, Protección S.A. debía proceder con el reconocimiento solicitado sin dilaciones, pues el hecho que originó su invalidez tuvo lugar bajo su amparo.

Por último, solicitó de manera subsidiaria que la AFP accionada valorara su estado de salud y lo calificara nuevamente. 3. Admisión y traslado A través de Auto del 10 de abril de 2019 [21] , el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva admitió la acción de tutela de la referencia, ordenó notificar del inicio del proceso a la demandada y dispuso la vinculación de Colpensiones al trámite.

4. Contestación del recurso de amparo 4.1. Protección S.A. [22] sostuvo, en esa oportunidad, que correspondía a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez del actor en tanto allí se encuentra válidamente afiliado.

Para sustentar su posición, citó algunas providencias de esta Corte [23] según las cuales el fondo competente para el pago de este tipo de prestaciones es el último y en el que se encuentre la persona. Reiteró que, aun si el juez de tutela se

apartaba de la posición fijada por esta Corporación, el dictamen médico laboral que definió la invalidez del actor no le fue notificado y, por tanto, le es inoponible.

4.2. Colpensiones , por su parte, simplemente sostuvo que este asunto debía ser conocido por la jurisdicción ordinaria laboral. Así, pidió declarar su improcedencia [24] .

5. Decisión de primera instancia Mediante Sentencia del 30 de abril de 2019 [25] , el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva negó el amparo deprecado. Consideró que no habían sido vulnerados los derechos fundamentales invocados, pues, en su criterio, Protección S.A. no debía reconocer la prestación de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De otra parte, desvinculó a Colpensiones de la acción, porque ante esa entidad no se había solicitado una valoración de la PCL. Por último, sostuvo que la discusión planteada simplemente ponía de presente un conflicto de competencias entre administradoras de pensiones, asunto que correspondía dirimir al juez ordinario laboral. La providencia no fue impugnada.

6. Actuaciones en sede de revisión Auto del 18 de julio de 2019 –selección del expediente– 6.1. Mediante Auto del 18 de julio de 2019 [26] , la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de la Corte Constitucional: (i) escogió para revisión el expediente T-7.439.053 con base en los criterios denominados “necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial y urgencia de proteger un derecho fundamental” , y (ii) repartió, por sorteo, el expediente a la Sala Tercera de Revisión.

6.2. E l Gerente de Defensa Judicial de Colpensiones aportó [27] , el 30 de septiembre de 2019, información respecto del eventual conflicto de competencias que se suscita con Protección S.A. Sostuvo que ordenar a la última administradora el reconocimiento de las pensiones de invalidez, en escenarios como el presente, podría tener incidencia en los mecanismos de financiación de ambos regímenes.

Explicó que del 16% de la cotización en pensiones que deben efectuar los afiliados al RAIS, el 11,5% se destina a la cuenta de la persona, el 1,5% ingresa al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el 3% adicional se reserva para cubrir gastos de administración y pagar primas de seguros previsionales (pensiones de invalidez y sobrevivientes).

En el caso concreto, sostuvo, corresponde a Protección S.A., con apoyo de la aseguradora con quien hubiese contratado el seguro previsional, reconocer la prestación del accionante. Asimismo, concluyó que pagar al señor Espinosa García el beneficio pensional con recursos del erario, podría reportar un detrimento patrimonial significativo.

Auto 591 del 29 de octubre de 2019 –solicitud de pruebas– 6.3. Una vez verificados los documentos contentivos del expediente, la Sala Tercera de Revisión resolvió proferir el Auto 591 de 2019 [28] , a través del cual vinculó al referido proceso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila y solicitó a las partes mayor información sobre el asunto. A su turno, ordenó nuevamente la vinculación de Colpensiones a la causa, toda vez que el a-quo la había desvinculado.

En particular, la Sala elevó cuestionamientos sobre todo aquello relacionado con (i) el proceso de calificación adelantado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, (ii) las condiciones en que tuvo lugar el traslado entre regímenes, (iii) el contrato de seguros que la AFP debió suscribir con una aseguradora mientras el accionante era su afiliado, y (iv) las condiciones materiales actuales del tutelante y su núcleo familiar.

6.4. El 12 de noviembre de 2019, la Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones [29] , aportó copia de la historia laboral del accionante, anexó el formulario de su afiliación al RPM y certificó que los aportes comprendidos entre 1997 y 2012 fueron, en efecto, remitidos por Protección S.A. a esa entidad.

De otra parte, informó al despacho que sobre esta misma pretensión había existido otra acción de tutela dirigida contra Colpensiones. Aquella había correspondido, en primera instancia, al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de

Neiva y, en segunda, al Tribunal Contencioso Administrativo del Huila. Allí se amparó el derecho a la seguridad social del accionante y se ordenó, a esa administradora, calificar su PCL para posteriormente resolver, en forma definitiva, sobre su solicitud pensional.

Añadió que, en cumplimiento del fallo antedicho, el área de medicina laboral de esa entidad emitió, el 5 de noviembre de 2019, un nuevo dictamen. Sin embargo, ante la ausencia de documentación indispensable para su elaboración, se calculó un porcentaje de PCL del 19.95% y se fijó, como fecha de estructuración, el 8 de julio de 2019.

6.5. El 14 de noviembre de 2019, vía correo electrónico, la representante legal y judicial de Protección S.A. [30] , manifestó que durante la vigencia en la que el actor estuvo afiliado en esa AFP, se contrató con Seguros de Vida Suramericana S.A. el cubrimiento de las contingencias derivadas de la invalidez y el fallecimiento.

6.6. El mismo día, también vía correo electrónico, el accionante [31] informó sobre las condiciones económicas que lo rodeaban. Sostuvo que (i) convive con su esposa, quien depende económicamente de él; (ii) aún se encuentra desempeñando su trabajo en el que devenga un salario mínimo y no le demanda esfuerzo físico; (iii) sus gastos mensuales ascienden a la suma de $700.000 [32] , y (iv) no percibe ninguna otra prestación económica.

6.7. El 29 de noviembre de 2019, el Director Administrativo y Financiero de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila [33] , remitió a la Secretaría General de esta Corporación, copia de los antecedentes médico laborales del señor Espinosa García. Asimismo, aportó documentación tendiente a demostrar que la calificación fue solicitada de manera particular por la apoderada del accionante, quien, adicionalmente, pidió que la misma se notificara a Colpensiones. Reiteró, para finalizar, que en tanto Protección S.A. no fue parte del proceso de calificación, no debía notificársele el dictamen.

Auto del 13 de diciembre de 2019 –la Sala Plena asume conocimiento del asunto– 6.8. Al tenor de lo establecido en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 [34] , el magistrado sustanciador decidió poner la causa en conocimiento de la Sala Plena para que ésta decidiera si la trascendencia del tema ameritaba un “ estudio por todos los magistrados” y, por consiguiente, si había lugar o no a un fallo de unificación de jurisprudencia. En efecto, se planteó la necesidad de precisar el alcance e impacto de la regla que, siendo fijada por algunas providencias de esta Corte [35] , ordena a las administradoras del último régimen [36] donde se halle afiliada una persona el reconocimiento de su pensión de invalidez, independientemente de que para la fecha en que se estructuró el siniestro se hubiese encontrado afiliada a otro (en adelante, regla del último fondo). Asimismo, se propuso analizar si la regla según la cual la pensión de invalidez debe pagarse por el fondo del régimen donde se encuentre afiliado una persona para la fecha de la estructuración de su discapacidad (en adelante, regla del fondo de estructuración), puede significar una afectación a su derecho a la seguridad social.

6.9. En sesión del 11 de diciembre de 2019, la Sala Plena de la Corte dispuso asumir el conocimiento del proceso de la referencia; y mediante Auto del 13 de diciembre siguiente decidió suspender los términos para emitir el fallo correspondiente [37] .

Auto del 28 de enero de 2020 –vinculación de Seguros de Vida Suramericana S.A. – 6.10. Mediante Auto del 28 de enero de 2020 [38] , se dispuso que, a través de la Secretaría General de la Corporación, se librara oficio a la entidad Seguros de Vida Suramericana S.A., adjuntando copia de la acción de tutela, de sus anexos, del auto admisorio, del fallo de instancia y de los elementos materiales probatorios recaudados, para vincularla a esta causa y permitirle que se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la acción. Esto se hizo porque Protección S.A. manifestó que con esa entidad había contratado el seguro previsional durante el tiempo en que el tutelante estuvo afiliado a la AFP [39] .

6.11. La Representante Legal Judicial de Seguros de Vida Suramericana S.A. [40] solicitó su desvinculación al estimar que no había, por acción u omisión, vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

6.12. El 14 de febrero de 2020, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público [41] , sin ser parte o persona vinculada, remitió un escrito a esta Corte. Sostuvo que el fondo responsable por el pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes, en contextos como el presente, debe ser aquel en el que se encontraba el afiliado para cuando ocurre el siniestro . Para esto explicó, como lo había hecho Colpensiones [42] , la forma en que se financian este tipo de pensiones en el RAIS.

Finalmente, sostuvo que la regla según la cual corresponde al último fondo pagar la pensión de invalidez, sin que sea importante la fecha de estructuración, altera "(…) la sostenibilidad financiera del sistema en general, pues se le pueden estar imponiendo cargas desmedidas a las administradoras de pensiones que no recibieron dinero alguno por concepto de prima del seguro previsional para el reconocimiento de las pensiones (…)".

6.13. Colpensiones [43] , a su vez, el 20 de febrero siguiente, remitió un nuevo escrito al despacho del magistrado sustanciador. En él añadió que, en este tipo de supuestos, donde la condición de invalidez se adquiere con anterioridad al traslado o coincide con un momento en el que la persona se encontraba cotizando a otro fondo de pensiones, procede la normalización de la afiliación . Sostuvo que, en los riesgos de invalidez, el status de pensionado lo adquiere una persona desde la fecha de estructuración –no después–. Así, conforme lo determina el Decreto 780 de 2016 –artículo 3.2.1.12., inciso 2– [44] , una entidad administradora no está llamada a responder por obligaciones que hayan nacido antes de que el presunto beneficiario de la prestación se haya afiliado a esta.

Reiteró que ordenarle al último fondo proceder con el reconocimiento de la pensión de invalidez, en todos los casos similares al del tutelante, sería tan perjudicial para el RPM que podría comprometerse, incluso, su estabilidad financiera.

Autos 101 y 210 de 2020 –sesión técnica– 6.14. A través del Auto 101 de 2020 [45] , la Sala Plena de esta Corporación convocó a Colpensiones, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a Protección S.A., a Asofondos, a Fedesarrollo, a Seguros de Vida Suramericana S.A. y a Fasecolda, a una sesión técnica que se realizaría el 17 de marzo de 2020. El objeto de la diligencia era indagar sobre tres cuestiones en particular.

Primero , sobre el impacto fiscal de la regla del último fondo . Segundo, sobre el impacto en el derecho a la seguridad social de los solicitantes si se aplica la regla del fondo de estructuración . Y tercero , sobre el alcance de los seguros que deben tomar las AFP para garantizar el pago de las pensiones de invalidez de sus afiliados.

6.15. En virtud de la emergencia sanitaria, declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, la sesión tuvo que aplazarse.

Finalmente, se llevó a cabo por medios virtuales el 10 de julio de 2020, previa citación que para el efecto se hiciera en el Auto 210 del mismo año [46] . En la sesión se encontró que las autoridades llamadas a intervenir estaban de acuerdo en que las pensiones de invalidez debían, en todos los casos, ser pagadas por la administradora en que se encontrara el afiliado para el momento en que se estructuró su invalidez. Así también, se añadió a la discusión un punto adicional: el referido al sistema de notificación de dictámenes y su relación con el derecho al debido proceso de los fondos. Las siguientes fueron las conclusiones de dicha sesión técnica.

a) El impacto fiscal de la regla del último fondo es alto, si aquel es Colpensiones Los intervinientes reiteraron, por su importancia para este caso, la necesidad de comprender cómo se financian las pensiones de invalidez en ambos regímenes. Para ello, se explicó que las cotizaciones obligatorias que se efectúan por cada pensionado (16%) tienen la siguiente destinación: a) en el RPM, un 13% se dirige al fondo común de vejez y un 3% a cubrir gastos de administración y pensiones de invalidez y sobrevivientes; b) en el RAIS, un 11,5% se dirige a la cuenta individual de la

persona, un 1.5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% a cubrir gastos tanto de administración como de primas en favor de aseguradoras (que cubren riesgos de invalidez y fallecimiento). Esas aseguradoras se obligan al pago de la suma adicional que haga falta para financiar la pensión, siempre que con la cuenta individual del afiliado no sea suficiente [47] .

La representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre este punto, señaló que en el RAIS algunas AFP distribuyen el 3% último, de la siguiente manera:

AFP Para administración Para seguros Old Mutual 0.90% 2.10% Protección 0.97% 2.03% Porvenir 1.03% 1.97% Colfondos 0.80% 2.20% Asofondos resaltó que los valores pagados a la aseguradora no son remitidos al RPM cuando se produce un traslado.

De manera que conminar a Colpensiones para que reconozca la prestación implicaría (i) una afectación importante en sus finanzas, (ii) exonerar a las aseguradoras respecto de sus obligaciones contractuales y (iii) propiciar un enriquecimiento injustificado de aquellas.

Colpensiones, por su parte, calculó en 4.2 billones de pesos la afectación que, en su caso, causaría a futuro la regla aludida. Para ello tomó en consideración dos variables: (i) el número de afiliados que ha recibido desde el RAIS y que están a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse (797.357), y (ii) la probabilidad de que un porcentaje de ellos se invalide (1.11%, esto es, 8.900 personas).

b) La regla del último fondo no ofrece –per se– una protección mayor al derecho a la seguridad social, en relación con la que ofrece la regla del fondo de estructuración Los intervinientes insistieron en que las reglas de reconocimiento y pago de una pensión de invalidez son las mismas en los dos regímenes. De manera que, frente a esa prestación en particular, no habría diferencia alguna sobre el rango de protección del derecho a la seguridad social del afiliado. Tanto la regla del último fondo , como la regla del fondo de estructuración le significarían al usuario las mismas consecuencias. No obstante, el Auto 101 de 2020 cuestionó a las partes sobre este asunto porque devolver a una persona a una administradora a la que no pertenece y no cotiza, para efectos de que allí se le pague la pensión de invalidez, podría, prima facie, afectar su derecho a la libre escogencia de régimen y la perspectiva de pensionarse por vejez en aquel que haya elegido, por ejemplo, cuando pierde la pensión de invalidez como consecuencia de una recalificación.

Colpensiones contestó que con la regla del fondo de estructuración no se está anulando caprichosamente el traslado que efectuó la persona. Lo que hacen las administradoras, en este supuesto, es normalizar la afiliación.

Esto tiene lugar porque el ciudadano adquiere la calidad de pensionado con anterioridad a su afiliación al nuevo régimen. Legalmente, y en esto compartió opinión con Asofondos, nadie puede trasladarse si está pensionado.

Igualmente, sostuvo que un afiliado al RPM que obtiene una pensión de invalidez, no necesariamente accede a una de vejez y que, cuando lo hace, el valor de la mesada no siempre se incrementa.

Explicó que de los 57.231 pensionados por invalidez con que cuenta esa administradora, solo 1.096 han logrado pensionarse por vejez. De ellos, solo 219 tuvieron un aumento en su mesada. Al tiempo, aceptó que la pensión de invalidez puede perderse si la PCL disminuye por debajo del 50% luego de nuevas calificaciones, sin embargo, sostuvo que en la práctica eso es inusual. Afirmó que de las 57.231 personas a que se hizo referencia, solo 323 se han visto inmersas en esa situación, esto es, el 0,56%.

Una perspectiva similar ofreció Protección S.A. al señalar que, desde 2012 hasta 2018, había recalificado a 319 de sus pensionados por invalidez y 27 de ellos perdieron la pensión por la variación de su PCL. Asofondos amplió la perspectiva indicando que el RAIS cuenta con 42.427 pensionados por este mismo riesgo, y que 144 de ellos (el 0,003%) han recuperado su capacidad laboral.

Las dos entidades sostuvieron que luego de la normalización de la afiliación a que aludió Colpensiones, las personas que se encuentren en un escenario como el del accionante, mantendrían la perspectiva para pensionarse por vejez en el RAIS, pues las semanas que hubieren sido cotizadas luego de la fecha de estructuración pasarían a su cuenta individual. Esos tiempos, sumados al lapso durante el cual permanezcan pensionadas, servirían para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Asofondos resaltó, por último, que en el RAIS no siempre la pensión de vejez será mejor que la de invalidez –en términos de monto–. Esto porque el 75,21% de las pensiones de invalidez que allí se pagan corresponden al salario mínimo y el 91.6% son iguales o inferiores a dos salarios mínimos.

Con todo, a pesar de lo poco frecuente que pueda parecer que una persona calificada por invalidez disminuya su PCL por debajo del 50%, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público planteó una propuesta para los eventos en que ello ocurra. En efecto, si la persona fue pensionada en un régimen del que ya se había desvinculado y no en el que se encontraba afiliada, podría permitírsele, luego de perder su pensión de invalidez, optar por el régimen de su preferencia para que allí pueda cotizar a efectos de buscar pensionarse por vejez. Esto, aunque le falten menos de 10 años para obtener la edad requerida para el mismo fin. Así, sostuvo el Ministerio, se evitaría un daño gravoso a la persona.

Con estos argumentos, se pretendió evidenciar que la regla del fondo de estructuración no presupone eliminar la posibilidad de obtener una pensión de vejez en el fondo al que la persona sea remitida. Ahora, aun cuando aquella se pueda obtener siempre que se cumplan los requisitos legales previstos para cada régimen, ni el RPM ni el RAIS pueden asegurar que sea más beneficiosa que la de invalidez, pues esto solo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso y se da, como se advirtió, pocas veces. Asimismo, se propuso una medida para que quienes pierdan su pensión de invalidez no se vean obligados a continuar afiliados y cotizando a un régimen que no escogieron.

c) La regla del último fondo puede tener impactos negativos en el valor de la prima y en el contrato de seguros. La regla del fondo de estructuración guarda consonancia con la forma en que está previsto el referido contrato Asofondos, Fedesarrollo y Suramericana S.A., coincidieron en que la regla del último fondo puede tener un impacto concreto en los contratos de seguros. La primera entidad advirtió que las aseguradoras calculan el valor de la prima con base en probabilidades de siniestralidad, luego de lo cual constituyen una reserva que será destinada al pago de aquellos riesgos –si se concretan–. El hecho de que judicialmente pueda ordenarse a una AFP el reconocimiento de una pensión que no se causó en vigencia del contrato de seguros, hace que el valor de las primas se incremente. En 2008, por ejemplo, el 3% destinado a ello se dividía –en el RAIS– en un 1.5% para gastos de administración y un 1.5% para seguros previsionales. A la fecha, esa distribución ha variado en la forma indicada por el Ministerio de Hacienda, esto es, en una proporción de dos a uno aproximadamente.

Así también, precisamente por el aumento del costo de la prima, algunas AFP se han apartado del esquema de aseguramiento tradicional y han optado por uno propio –autorizado por la Superfinanciera–.

Pero también varias aseguradoras han decidido no amparar estos riesgos. Fedesarrollo señaló que, de 13 compañías habilitadas para ello, solo cuatro lo hacen. Esta información fue respaldada por Suramericana S.A.

También advirtió Fedesarrollo que la regla del último fondo podría tener repercusiones en el traslado de regímenes propiamente. Esto porque si una administradora sabe que deberá responder por todas aquellas pensiones de invalidez que se hayan causado con anterioridad a la afiliación, valorará de forma mucho más estricta a la persona que pretende ese traslado. Esto crearía una barrera de entrada que pondría en riesgo, incluso, la libertad de escogencia de régimen.

La regla del fondo de estructuración, al contrario, según los intervinientes, sigue la lógica del contrato de seguros. Suramericana S.A. sostuvo que, en un caso como este, cubriría todos los hechos que hayan ocurrido en vigencia del referido contrato, bajo la condición de que el dictamen de calificación se encuentre en firme. Esto significa que si el

hecho que origina la invalidez se produjo cuando la persona se encontraba válidamente afiliada a la AFP que contrata la aseguradora, esta última tendrá la obligación de pagar esa suma adicional que haga falta para financiar la prestación .

d) El sistema actual de notificación de dictámenes no asegura la participación de todos los interesados y, con ello, desconoce el derecho al debido proceso de algunas administradoras Al parecer, según lo informado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, casos como el presente son excepcionales en tanto el 97% de la población que se califica anualmente termina siendo pensionada por la administradora donde se encuentra afiliada. La pensión del 3% restante está llamada a ser reconocida por otra administradora, precisamente porque allí se estructuró la invalidez.

Protección S.A., Fedesarrollo, Suramericana S.A. y Fasecolda llamaron la atención respecto de los problemas que se presentan al notificar los dictámenes. La regla general es que esas calificaciones de invalidez, siendo emitidas por las Juntas, son notificadas al fondo en el que se encuentra afiliada la persona al momento de la realización de la evaluación. A las administradoras anteriores no se les comunica del procedimiento en ninguno de sus estadios y ello ha conducido a que no puedan recurrir la determinación médico laboral.

Para remediar esto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público propuso que las AFP y Colpensiones, conjuntamente, crearan un sistema electrónico que les permitiera compartir los resultados de las calificaciones de invalidez. Con ello, el conocimiento de los dictámenes sería más expedito y se resolverían, con mayor rapidez, asuntos como el presente.

II. CONSIDERACIONES 1. Competencia Esta Sala es competente para revisar el fallo proferido dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política [48] .

2. Cuestión previa: presunta temeridad 2.1. Colpensiones informó, en una de sus intervenciones ante esta Corte [49] , sobre la existencia de otro proceso de tutela que fue iniciado por el accionante y cuyas pretensiones eran similares a las aquí expuestas. Es preciso estudiar, entonces, si se ha presentado la figura de la temeridad. Para tal propósito se evaluará si la instauración de ambos recursos obedeció a una situación fáctica idéntica o, al contrario, confluyen elementos distintos a partir de los cuales se posibilita emitir un pronunciamiento de fondo.

2.2. Sobre el particular, esta Corte ha advertido que con el objeto de permitir a la administración de justicia hacer efectivos – sin traumatismos – los derechos de los ciudadanos [50] , estos deben, correlativamente, colaborar con su funcionamiento y obrar sin temeridad alguna al perseguir sus pretensiones [51] . Ello incluye evitar conductas dirigidas, verbigracia, a entrabar los procesos judiciales, ejercer maniobras dilatorias o buscar más de un pronunciamiento, de manera simultánea o sucesiva, sobre un mismo objeto y causa [52] .

Será simultanea la instauración de varias acciones cuando aquello se haga en un mismo tiempo y, a su vez, se entenderá que ocurre de manera sucesiva cuando la interposición del nuevo trámite esté precedida de otro que ya ha sido fallado por los jueces constitucionales. En el primero de los supuestos, se incurre en lo que el Decreto 2591 de 1991 ha denominado como actuación temeraria , y, en el segundo, opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional [53] .

Dado que en este caso no se advierte la presentación sucesiva de acciones judiciales, sino más bien una simultánea , conviene precisar algunas reglas que sobre la temeridad ha fijado este Tribunal, en aras de especificar si aquella tuvo ocurrencia en el presente asunto.

2.3. Debe recordarse que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, ha definido la temeridad y ha indicado las consecuencias que se siguen de ese actuar. Una actuación temeraria tiene lugar “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”.

La consecuencia: “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. La jurisprudencia constitucional ha sostenido, sobre el asunto, que esta institución se configura siempre que se presenten, cuando menos, los siguientes

elementos: “ (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones;

y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista ” [54] .

2.4. En el caso concreto, el accionante interpuso dos acciones constitucionales a fin de obtener su calificación definitiva y, como consecuencia, el reconocimiento de su pensión de invalidez:

la presente (dirigida contra Protección S.A.) y una posterior (dirigida contra Colpensiones e instaurada antes de que esta Corte resolviera sobre la revisión de la presente). El conocimiento de la segunda acción de tutela fue asumido, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, y, en segunda, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila. Allí se ordenó a Colpensiones la realización de una nueva calificación y el posterior reconocimiento del derecho que le llegare a corresponder al tutelante. Ese último proceso fue remitido a esta Corporación con el objeto de que fuese evaluada su eventual revisión, para lo cual, la Secretaría General le asignó el número de radicado interno T-7.570.894. Mediante Auto del 30 de septiembre de 2019, notificado el 16 de octubre siguiente, la Sala de Selección Número Nueve, decidió no revisar el asunto.

A pesar de que entre la acción que se revisa y la posterior, existe, cuando menos, identidad de pretensiones, toda vez que el accionante busca definir la litis que se traba alrededor de su proceso de calificación y su solicitud prestacional, los hechos y las partes, en ambas tutelas, difieren.

En efecto, hubo una situación nueva y determinante que condujo a la interposición del segundo recurso de amparo. Debe recordarse que aun cuando en el auto admisorio de la presente acción, el a quo resolvió vincular a Colpensiones a la causa [55] , posteriormente dispuso desvincularla porque no se había solicitado a aquella entidad adelantar el proceso de calificación [56] . Así, cuando este expediente llega a la Corte Constitucional para su eventual revisión, Colpensiones ya no participaba del litigio [57] .

Bajo esa específica convicción, el señor Espinosa decidió instaurar la segunda acción de tutela contra esa entidad, a fin de que aquella resolviera sus pretensiones. Lo anterior, teniendo en cuenta que el juez, en la presente causa, le había sugerido que quien debía responder por lo solicitado era la última entidad administradora a la que se hubiere afiliado.

De esta manera, la Corte encuentra que el hecho de haber desvinculado a Colpensiones de este proceso, fue determinante para que el accionante tomara la decisión de acudir nuevamente al recurso constitucional. Esta circunstancia fue definitoria y, por tanto, no puede asumirse que el señor Espinosa García haya actuado de mala fe. Por tal motivo, al margen de que, como se ha dicho, exista identidad de pretensiones en las tutelas T- 7.439.053 y T-7.570.894, no puede asumirse que operó el fenómeno de la temeridad .

2.5. Con todo, al margen de lo dicho, es del caso realizar una precisión adicional. Como se afirmó, la orden emitida en el marco del segundo proceso aludido consistía en una nueva calificación y en el reconocimiento pensional por parte de Colpensiones –por ser la última administradora a la que se afilió la persona–. Sin embargo, esa entidad no ha reconocido, a la fecha, pensión alguna. Esto puede constatarse en el Sistema Integral de Información –SISPRO– [58] y ello ocurrió porque en el nuevo dictamen, que se emitió sin revisar la historia clínica del paciente, la calificación fue inferior al 50%. Dado que resolver sobre la competencia pensional en este tipo de supuestos es, en efecto, el objeto de la sentencia de unificación, las consideraciones que en esta providencia se emitan prevalecerán sobre las que elaboraron los jueces de instancia en el segundo proceso referido.

Lo anterior obedece a una razón particular. Esta Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de respetar la cosa juzgada constitucional . En lo relacionado con las acciones de tutela, esa institución debe predicarse (i) de todos aquellos fallos emitidos y ejecutoriados por este Tribunal, y, (ii) de todas las sentencias que en órdenes inferiores hubieren proferido los

jueces constitucionales, en una o dos instancias, siempre que su revisión haya sido desechada a partir de un Auto proferido por esta Corporación [59] .

Esta circunstancia nos llevaría a una primera interpretación: que esta providencia y el fallo que resultó de la segunda tutela, constituirían cosa juzgada. De ello se sigue que ambas surtirían efectos.

No obstante, el caso del que se ocupa en esta oportunidad la Sala contiene ingredientes especialísimos. De llegarse a definir, en esta oportunidad, que la administradora competente para el pago de la pensión de invalidez del actor es una distinta a Colpensiones (entidad obligada en el marco de la segunda tutela), tendrían que seguirse las consideraciones y órdenes establecidas en esta providencia por dos razones: (i) porque ese es precisamente el asunto que trata de unificarse y (ii) porque en ningún caso y de ninguna manera podría una misma persona percibir dos pensiones de invalidez al tiempo, pagadas por el RPM y por el RAIS. Esto sería contrario a la lógica del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, según la cual, estos regímenes son mutuamente excluyentes.

3. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución 3.1. El accionante requiere que se defina sobre su proceso de calificación y sobre el reconocimiento de su pensión de invalidez. Esto porque, luego de ser calificado el 26 de julio de 2017, se estableció que su PCL correspondía al 57,06%, estructurada el 12 de octubre de 2006 y, sin embargo, Protección S.A. no ha procedido con el pago de la prestación [60] .

3.2. La Sentencia T-672 de 2016 dispuso que el fondo responsable por el pago de la pensión de invalidez debe ser aquel donde se encontraba afiliada la persona al momento del siniestro . Así mismo, algunas Salas de Revisión de este Tribunal han indicado que, en escenarios como el presente, independientemente de la fecha en que se haya estructurado la invalidez, corresponde a la última administradora en la que se encuentre el afiliado reconocer el beneficio económico [61] .

Esta última regla se ha construido para poner fin al conflicto de competencias que se suscita en aquellos particulares escenarios donde, siendo evaluada la pérdida de capacidad laboral de una persona –que previamente había adelantado el traslado del RAIS al RPM o viceversa–, la fecha de estructuración designada en su favor corresponde a un momento en el que se encontraba afiliada a un régimen de pensiones distinto al que, para el instante en que eleva la solicitud pensional, se encuentra cotizando.

3.3. Con todo, primero Colpensiones y luego los demás intervinientes de la sesión técnica realizada, han problematizado esta tesis, especialmente, por las presuntas consecuencias económicas que apareja. Con base en esto, el magistrado sustanciador propuso a la Sala Plena la emisión de una sentencia de unificación que resolviera si era preciso continuar con esa línea argumentativa o modificarla. Esta Sala aceptó conocer del proceso 11 de diciembre de 2019.

3.4. Así las cosas, corresponderá a la Corte Constitucional, en esta oportunidad y luego de verificar la procedencia de la acción, establecer si la pensión del accionante debe ser reconocida por el último fondo al que se encuentra afiliado o por aquel en el que se estructuró su invalidez, habida cuenta que, en su caso particular cumplió, prima facie , los requisitos para acceder a la pensión de invalidez con anterioridad a su traslado hacia el RPM (régimen en el que continuó afiliado y cotizando hasta la actualidad). Para esto, la Sala se referirá 1) al desarrollo legal de la pensión de invalidez, especialmente en lo que tiene que ver con (i) la forma en que se reconoce el derecho, (ii) la fecha desde la cual se causa, (iii) cómo se calcula su mesada, y (iv) el modo en que se fija la fecha de estructuración; 2) a los conflictos de competencia que surgen entre administradoras del RPM y del RAIS, desde una aproximación normativa y financiera; y 3) a las implicaciones de la regla del último fondo sobre la estructura financiera de ambos regímenes y las afectaciones que la regla del fondo de estructuración podría causar al derecho a la seguridad social de los afiliados. Con estos elementos, se definirá la subregla a seguir y se resolverá el caso concreto.

Finalmente, cabe advertir que las entidades hicieron hincapié en los problemas de notificación de los dictámenes de invalidez, que al parecer redundan en el desconocimiento del derecho al debido proceso de algunas administradoras. Este aspecto será retomado al dirimir el caso concreto y se establecerá una fórmula que armonice todos los intereses en juego.

4. Análisis de procedencia de la acción de tutela 4.1. De conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, para que el recurso de amparo proceda, deberá acreditarse la legitimación en la causa por activa [62] y pasiva [63] , la inmediatez [64] y la subsidiariedad. Esta Sala no encuentra inconveniente alguno con estimar cumplidos los tres primeros requisitos.

En primer lugar , porque el señor Espinosa García ha acudido a la presente acción a través de su apoderada judicial, a quien le confirió el poder especial respectivo [65] .

En segundo lugar , porque la misma se interpuso contra Protección S.A., una AFP del RAIS que tiene la virtualidad de responder por la presunta vulneración de los derechos del actor, respecto de la cual aquel se encuentra en estado de indefensión. Asimismo, porque se ha vinculado nuevamente, en sede de revisión, a Colpensiones, una Empresa Industrial y Comercial del Estado, administradora del RPM, que ha negado el reconocimiento de la prestación. Y, en tercer lugar , porque entre la última comunicación emitida por Protección S.A.

[66] negándose a acceder a lo solicitado y el momento en que se instaura este recurso de amparo [67] , transcurrieron poco más de dos meses. 4.2. Por último, la Sala también considera superado el requisito de la subsidiariedad , según el cual la acción de tutela es residual y por tanto solo podrá hacerse uso de ella cuando “ el afectado no [dispone] de otro medio de defensa judicial ” [68] . Este tribunal, siguiendo lo dispuesto en el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991 [69] , ha sostenido que, aunque existan formalmente otros medios judiciales, la tutela será procedente de manera transitoria si aquellos no logran evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable [70] , o, de manera definitiva, si se demuestra su falta de idoneidad [71] o eficacia [72] para superar la vulneración o amenaza de las prerrogativas cuya protección se pretende.

El actor, en este asunto, cuenta con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que, en ese escenario, se evalúe a quién le corresponde reconocer su pensión de invalidez y se defina si es preciso adelantar un nuevo proceso de calificación o no. Esto en virtud del artículo segundo –numeral cuarto– del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social [73] . Sin embargo, en criterio de esta Sala, tal mecanismo no puede entenderse eficaz para tal propósito, pues su duración media [74] no se acompasa con las condiciones en que se encuentra el accionante.

Las afecciones en salud que el señor Espinosa García tiene, le han representado una pérdida de capacidad laboral del 57,06%, como se ha dicho. Aun así, y pese a las constantes peticiones que ha remitido a las autoridades que hacen parte de esta causa, no ha logrado acceder a su pensión de invalidez. Debe recordarse que su proceso de calificación culminó el 26 de julio de 2017. Esa falta de reconocimiento pensional le ha impedido retirarse de sus labores, donde devenga un salario mínimo, pues de hacerlo perdería el único ingreso con que cuentan él y su esposa para subsistir [75] .

El hecho de que aún se encuentre trabajando da cuenta de las demoras y fallas que se han presentado en el proceso administrativo. Demoras que, en manera alguna, le son imputables. Precisamente por esta razón, la Sala estima que no puede, con todas las cargas que hasta el momento ha soportado el tutelante, asignarle una más: acudir a la vía ordinaria laboral para que allí se defina su derecho. Esto no solo sería desproporcionado, sino que también iría en contra de los mandatos de igualdad material [76] , dignidad humana [77] y solidaridad [78] , los cuales ha seguido este Tribunal para concluir que el análisis del requisito de subsidiariedad debe ser menos estricto si quien acude al recurso de amparo se encuentra en una situación de manifiesta debilidad.

De otra parte, la acción de tutela plantea un escenario de particular interés constitucional sobre el cual es necesario ahondar. Precisamente, como se ha advertido, el caso permite a la Sala Plena pronunciarse sobre el impacto de la regla de competencias fijada por algunas Salas de Revisión al momento de reconocer pensiones de invalidez. Este

pronunciamiento implica, necesariamente, una revisión no solo de los requisitos de reconocimiento y pago de esa prestación, sino de su esquema de financiación. La decisión que se tome en esta providencia impactará en el esquema económico de los regímenes pensionales y contribuirá a su sostenibilidad.

5. El desarrollo legal de la pensión de invalidez 5.1. Materialización del derecho a la seguridad social 5.1.1. El derecho a la seguridad social ha sido definido por la Organización Internacional del Trabajo –OIT– como aquella "(…) protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en casos de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia " [79] . Esta prerrogativa busca la protección de la persona y sus necesidades, a fin de que su igualdad material [80] , dignidad [81] y libertad [82] se persigan en la mayor medida de lo posible.

5.1.2. El derecho a la seguridad social, habiendo sido incluido en el artículo 48 Superior donde se le asignó el calificativo de irrenunciable [83] , requiere una específica intervención legislativa para materializarse. En efecto, para proteger a las personas de riesgos como los contenidos en la definición tomada, debe existir un mínimo acuerdo social o, en otras palabras, un mínimo ejercicio de concertación a partir del cual se defina políticamente en qué términos se otorgará esa protección. Esto es así, entre otras razones, porque los recursos económicos son limitados y, por tanto, corresponde decidir sobre la forma de su destinación y distribución.

Actualmente el Sistema de Seguridad Social, creado por el Congreso de la República, prevé una serie de reglas específicas, aplicables a los asociados en igualdad de condiciones, a partir de las que se ha definido, entre otros asuntos, (i) cuáles son los ámbitos de protección del derecho en cuestión [84] , (ii) cuáles son las prestaciones que pueden ser otorgadas en su nombre [85] , (iii) qué instituciones las reconocerán [86] , (iv) qué requisitos deben seguirse para acceder a los beneficios [87] , y (v) cómo se financian estos [88] .

5.1.3. Esa regulación es amplia en materia de pensiones de invalidez de origen común, asunto que concentra la atención de la Sala en esta oportunidad. Para proceder con la explicación del régimen legal actual de esta prestación, es necesario revisar someramente la forma en que fue regulada con anterioridad al Sistema de Seguridad Social vigente.

Antes de la Ley 100 de 1993, varias normas (entiéndase leyes y decretos) buscaron reglamentar el asunto según la vinculación que mantuviera el trabajador, esto es, si aquella ocurría con una entidad pública o con una privada.

5.1.4. En lo que tiene que ver con las entidades públicas, por ejemplo, la Ley 6° de 1945 establecía que los trabajadores nacionales percibirían una pensión de invalidez siempre que se acreditara la pérdida de su " capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio " [89] . Esa prestación se pagaría solo durante el tiempo que durara la incapacidad para trabajar, pues se entendía, según la lectura que respalda el nacimiento de la norma, que si un empleado no estaba incapacitado para laborar no tendría derecho a la prestación.

Con posterioridad, a partir de lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968 [90] , los términos en que sería reconocida la pensión se modificaron. El derecho lo tendría quien no estuviera capacitado para trabajar en un 75% o más [91] . Esta norma supuso un cambio sustancial respecto de la anterior, en tanto admitía que un trabajador se pensionara aun cuando su incapacidad fuera menor al 100%. De hecho, fue con esa norma que se empezó a hablar de porcentajes mínimos, a partir de los cuales una persona podía entenderse inválida y, por tanto, acceder a la pensión. Sin embargo, en otro de los artículos se admitió la posibilidad de que quien gozara del beneficio económico pudiera ser revisado médicamente a fin de establecer si obtuvo una mejoría considerable a partir de la cual tendría la capacidad de acceder nuevamente al mundo laboral [92] .

5.1.5. En el sector privado la regulación de la pensión de invalidez tuvo algunas características particulares. El Decreto 2663 de 1950 [93] estipuló, en su artículo 278, la existencia de un auxilio de invalidez que se pagaba en favor de quien,

por enfermedad o lesión con origen distinto al accidente de trabajo, adquiría una condición, física o mental, “ que lo [incapacitaba] para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que [estaba] devengando ”.

Asimismo, el pago de la prestación era proporcional dependiendo de la condición que padecía la persona: si esta tenía (i) una invalidez permanente parcial , se le reconocía de 1 a 10 meses de salario según especificaciones del médico, (ii) una invalidez permanente total , se le pagaba, solo hasta por 30 meses y mientras subsistía la afección, la mitad del salario que percibió el último año, y (iii) una gran invalidez , se le pagaba, durante 30 meses, lo que correspondía a una pensión de vejez.

Es interesante observar cómo esta regulación enfatizaba en que el derecho al auxilio de invalidez –como era llamado– solo podía adquirirse si el afectado se incapacitaba al punto de que le fuera imposible acceder, al menos, a una tercera parte de lo que venía percibiendo como resultado de ejercer su trabajo habitual. Tal norma buscaba, específicamente, que el trabajador no se viera desmejorado en sus ingresos con ocasión del imprevisto que le provocó afecciones importantes en su salud. Esto explica, entre otras cosas, lo prescrito en el artículo 281 del mismo Decreto, según el cual una de las razones por las que cesaba el pago del beneficio tenía que ver con que la persona recuperara “ más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia ” [94] .

Esta prestación era parte de aquellas por las que debía responder el empleador, porque si bien el Instituto de Seguros Sociales –ISS– fue creado con la Ley 90 de 1946, aquel solo inició operaciones (en asuntos pensionales) con ocasión de la suscripción del Acuerdo 224 de 1966 [95] .

De hecho, en esta última norma [96] , se estableció que la pensión de invalidez sería pagada en favor de toda persona inválida permanente de acuerdo con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 90 de 1946. Este artículo se refería al asunto en los términos que siguen: “ Para los efectos del seguro de invalidez, se reputará inválido al asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a un tercio, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas ” [97] . Con la derogatoria de esta previsión legal, en virtud de la entrada en vigencia del Decreto 433 de 1971, se modificó la regla y se consideró inválido no a quien hubiere perdido la capacidad para procurarse una remuneración equivalente a un tercio, sino a la mitad [98] .

En las normas que regulaban, hasta ese momento, la prestación de la que se beneficiarían los empleados privados, lo que definía el derecho de estos era que, con ocasión de una afección importante, perdieran o desmejoraran sus ingresos habituales. Sin embargo, a partir de la sanción del Acuerdo 049 de 1990 [99] , la definición de la condición de invalidez involucró, además, la necesidad de que los médicos calcularan un porcentaje de pérdida de capacidad laboral a partir del cual la persona podría acceder al beneficio prestacional [100] .

En ese Acuerdo, beneficiarse de la prerrogativa dependía, específicamente, de las siguientes circunstancias: (i) perder el 50% o más de la capacidad laboral “ para desempeñar el oficio o profesión para el cual [estaba capacitado el trabajador] y que [constituía] su actividad habitual y permanente ” (inválido permanente total), (ii) perder la capacidad “ para realizar cualquier clase de trabajo remunerado ” (inválido permanente absoluto), y (iii) perder la capacidad en un grado tan importante que requería “ la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia ” (gran invalidez). Quien se encontrara en alguna de estas condiciones y además cumpliera con el número mínimo de semanas requeridas por el artículo sexto [101] del mismo Acuerdo, tendría derecho a la pensión de invalidez. Como en todas las previsiones normativas anteriores, la mejoría de la persona podía redundar en la cancelación del beneficio [102] .

De las tres condiciones de invalidez previstas, solo en la primera se exigía un porcentaje de PCL. Empero, este debía fijarse y estudiarse a la luz de la profesión habitual de la persona, pues, si bien se admitía que con el 50% esta podía considerarse inválida, lo cierto es que lo era en relación con su oficio y no con otros, como se desprende de la lectura literal del artículo.

5.2. La regulación actual de la pensión de invalidez por riesgo común. Reglas que comparten los Regímenes de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad 5.2.1. La Ley 100 de 1993 estableció que el Sistema General de Pensiones estaría compuesto por dos regímenes excluyentes entre sí: el Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) [103] . Dispuso también que, no obstante esa distribución de los riesgos, para acceder a la pensión de invalidez, en ambos regímenes y sin distinción [104] , debían concurrir dos requisitos: (i) contar con un número mínimo de semanas cotizadas [105] anteriores a la fecha de estructuración [106] ; y (ii) que el peticionario haya perdido, como mínimo, el 50% de su capacidad laboral: evento que será definido a través de un dictamen que emitirá la autoridad médica competente [107] . Esta última regla no ha sido modificada por las Leyes 797 de 2003, ni 860 del mismo año, de manera que sigue vigente a la fecha. Nótese, por último, que la legislación actual no ampara una disminución parcial de ingresos, como sí lo tenían previsto las leyes y decretos anteriormente expuestos.

5.2.2. Con todo, de la confluencia de las dos reglas anteriores, se desprenden tres escenarios específicos que tienen relación, en concreto, con la manera en que (i) se define el derecho, (ii) se establece la fecha a partir de la cual habrá de ser pagada la pensión, y (iii) se calcula el monto de la mesada. Habrá de advertirse antes que, revisando la regulación de estos tres supuestos, el legislador actual optó por asignarle a la fecha de estructuración una importancia similar a la que le asigna a la fecha del fallecimiento en la pensión de sobrevivientes.

5.2.2.1. La definición del derecho: el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo primero de la Ley 860 de 2003, establece que el derecho se causa siempre que el afiliado cuente con 50 semanas cotizadas en los tres años previos a la fecha de estructuración [108] .

Esta regla parece retomar la fórmula de dos acuerdos anteriores: el 224 de 1966 [109] y el 049 de 1990 [110] –ambos expedidos por el ISS–. Allí, el requisito sine qua non para que la pensión fuese pagada, era contar con un mínimo de semanas cotizadas con anterioridad a la invalidez o, es decir, a la fecha en que aquella se producía.

Atar el reconocimiento de la pensión a una condición como esta solo puede tener una explicación. El legislador, en su racionalidad original, entendió que, al cumplir la condición de invalidez, una persona no podría acceder al mercado laboral y por tanto requeriría de un emolumento que permitiera cubrir esa contingencia. En principio y bajo esa perspectiva, podría ser contraevidente exigirle al afiliado cotizar semanas luego de acaecido el accidente o enfermedad que lo invalida [111] .

5.2.2.2. La fecha a partir de la cual habrá de ser pagada la pensión: Asimismo, la Ley 100, en su artículo 40, dispone que “ la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado ” [112] .

Una previsión similar contenía el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 [113] . El legislador entendió que la prestación debía pagarse desde la fecha de estructuración porque ese sería el instante en el que la persona se convierte en un sujeto protegible por el Sistema de Seguridad Social [114] . Esto es así con independencia de que, con posterioridad a esa fecha, la persona haya efectuado aportes al sistema pensional [115] .

5.2.2.3. El cálculo de la mesada: Esto se deriva de los dos puntos anteriores. Si lo que define el derecho es a) contar con una PCL superior al 50%, y b) tener un mínimo de semanas cotizadas en los tres años previos a la fecha de estructuración (momento a partir del cual debe pagarse la pensión), de allí se sigue que las cotizaciones tomadas en

consideración para calcular el monto de la mesada sean las anteriores a la ocurrencia del siniestro . Así, dependiendo del número de esas semanas y de la PCL, el ingreso base de liquidación será distinto. Sobre este asunto, dos reglas son aplicadas en la actualidad [116] , la primera , establece que la prestación corresponderá " [al] 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66% " [117] , la segunda , prescribe que la mesada pensional se elevará al "(…) 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66% " [118] .

En todo caso, la prestación no podrá ser ni superior al 75% del IBL [119] , ni inferior al salario mínimo legal [120] . Debe recordarse que, por definición legal, el ingreso base de liquidación de las pensiones de invalidez corresponde al " promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior (…)" [121] , reconocimiento que, como se ha dicho, opera desde la fecha de estructuración.

Ahora bien, si el legislador le ha asignado tal importancia a la fecha de estructuración, corresponderá a esta Sala, entonces, verificar cuál es el procedimiento que habrá de seguirse para establecer ese instante en el que la persona pierde, en un 50% o más, su capacidad laboral (siguiendo los mismos términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 citado supra).

5.2.3. Fijación de la fecha de estructuración 5.2.3.1. Para determinar la fecha a partir de la cual se producía la invalidez, las normas anteriores al Sistema General de Seguridad Social contaban con una regulación precisa. En el sector público, el Decreto 3135 de 1968, consideraba que una persona podía tener derecho a la pensión siempre que su pérdida de capacidad laboral alcanzara el 75%; calificación que debía adelantarse por parte de "(…) las autoridades médicas del respectivo organismo obligado [a su] pago (…)" [122] . Una previsión casi idéntica contenía, en el sector privado, el artículo séptimo del Acuerdo 049 de 1990 [123] .

5.2.3.2. La Ley 100 de 1993 ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un Manual Único que condensara todo aquello que habría de tenerse en cuenta por el cuerpo médico especializado a afectos de evaluar a sus pacientes. Consciente de su responsabilidad, el Gobierno expidió dicho manual a través del Decreto 692 de 1995, y lo fue actualizando con los Decretos 917 de1999, 4942 de 2009 y 1507 de 2014. Este último es aplicable en la actualidad a todo tipo de personas, con independencia de su vinculación al sector público o privado y su condición (edad, origen de la discapacidad o afiliación al Sistema de Seguridad Social).

En el artículo primero de la norma, se encuentran las definiciones básicas. Para lo que interesa a este asunto, conviene resaltar que el Manual entiende por capacidad laboral, todo aquel " conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo ". Podría entonces concluirse, de manera temprana, que quienes tienen el deber de calificar la invalidez, lo que revisarán será si la persona ya no cuenta con las capacidades para ejecutar un trabajo cualquiera. No solo estarían obligados a establecer, por ejemplo, si tiene o no la posibilidad de continuar con el desempeño de sus funciones en su contexto específico.

Sin embargo, y para complementar lo dicho, habría que observar qué entiende la misma norma por fecha de estructuración. Sobre el particular, se advierte que aquella corresponde al instante "(…) en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de

pérdida de la capacidad laboral u ocupacional ” [124] . Así, preliminarmente y acudiendo a las dos definiciones, podría decirse que, en lo que tiene que ver con la pensión de invalidez de una persona, las autoridades médicas competentes deben verificar ese preciso momento en el que aquella ha perdido, cuando menos, la mitad de sus capacidades para trabajar.

5.2.3.3. El manual actual difiere del anterior en cuanto a la forma de calificación y los porcentajes que asigna. El Decreto 917 de 1999, se basaba en tres criterios, a saber: deficiencia [125] , discapacidad [126] y minusvalía [127] .

A estos se les asignaba un puntaje del 50%, 20% y 30%, respectivamente. Estos puntajes sumados arrojaban el máximo nivel posible de invalidez: 100%. Por el contrario, el Decreto 1507 de 2014, valora dos aspectos disímiles pero relacionados entre sí: las deficiencias y el rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales de la persona [128] .

A las primeras las define como toda “(…) alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales (…). Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida ”. Estas deficiencias se encuentran incluidas en el título primero del manual y, en total, son 15 [129] y su porcentaje máximo asignado es del 50%.

En lo que tiene que ver con el análisis del rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales , cuyo porcentaje máximo alcanzará, como ocurre con el anterior criterio, un 50%, debe preverse que, primero, por capacidad laboral habrá de entenderse lo ya definido supra y por capacidad ocupacional el manual se refiere a “ la calidad de ejecución de una persona para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana (…)” [130] . Para la evaluación de este criterio, metodológicamente hablando, el manual divide a la población en dos grupos: uno corresponde al de quienes por su edad no hacen parte del mundo laboral [131] y en el otro se ubican aquellas personas que se encuentran en edad de trabajar [132] .

5.2.3.4. En lo relacionado con las personas en edad productiva, la calificación dependerá de su rol laboral [133] (25%), su autosuficiencia económica [134] (2.5%), su edad (2.5%) y sus otras áreas ocupacionales [135] (20%). Para verificar sus capacidades en el rol laboral, los profesionales de la salud evalúan si el paciente a) a pesar de la enfermedad o accidente que tuvo, puede desarrollar su trabajo sin limitaciones ni restricciones, b) puede desarrollar su trabajo habitual, pero con limitaciones leves, fácilmente solucionables a partir de modificaciones en su puesto de trabajo, c) puede continuar con su trabajo habitual, pero con limitaciones moderadas a partir de las cuales puede llegar a requerir ayudas técnicas y tratamientos, d) podría, eventualmente, continuar con su trabajo habitual, pero sus limitaciones serían graves y requeriría una importante ayuda, así también, podría ser reubicada de conformidad con sus nuevas capacidades, e) las limitaciones para ejecutar su trabajo habitual son completas y por tanto requiere un recorte en sus actividades o cambio en su puesto de trabajo, o f) cuenta con una limitación total para cualquier actividad productiva [136] .

Suponiendo que una persona se encuentra en este último estadio y, por tanto, los médicos concluyen que aquella está imposibilitada para ejercer cualquier tipo de labor productiva, el porcentaje asignado en este ítem (rol laboral), que se sumaría al otorgado por el análisis de sus deficiencias, de su autosuficiencia económica, de su edad y de su posibilidad de ejercer otras actividades ocupacionales, sería del orden del 25%. Porcentaje que disminuirá proporcionalmente de acuerdo con las posibilidades que la persona tenga de volver a su propio puesto de trabajo –reintegro– o de ser redirigida a otro que se acompase con sus condiciones –reubicación–.

Para todos los efectos, según el Decreto 1507 de 2014, cuando se evalúe a una persona en edad productiva, estas serán las condiciones que habrán de seguir los profesionales de la salud que estudian su pérdida de capacidad laboral. Con el desarrollo incluido en los párrafos precedentes, se dio alcance a lo prescrito en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. Se concluye entonces que lo que se verificará, a través de este procedimiento, será, primero, el estado de salud de la persona a partir del estudio de sus afecciones y, segundo, cómo ello impacta en sus labores productivas y ocupacionales.

6. Conflictos de competencia entre administradoras del RPM y Fondos del RAIS. Evento en el que hubo un traslado mientras se cotizaban semanas posteriores a la fecha de estructuración 6.1. Hasta este punto, se advierte que existe meridiana claridad en relación con la forma en que se define el derecho a la pensión de invalidez, se establece la fecha desde que se paga, se calcula el monto de su mesada pensional y se determina la PCL de un afiliado; todo esto con independencia del régimen pensional al que cotice aquel.

Estas reglas podrán ser fácilmente seguidas por las administradoras de pensiones –pertenezcan a uno u otro régimen– cuando ante ellas se presente un afiliado solicitando el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, sin que cuente con periodos trabajados con posterioridad a la fecha de estructuración que definieron, en su caso, los médicos competentes para evaluarlo. De hecho, podría sostenerse que en esta primera aproximación a las normas que regulan todo lo concerniente a esta prestación, el sistema no pareciera contemplar la posibilidad de que una persona declarada inválida pueda efectuar luego cotizaciones al sistema pensional. De allí que, como se ha dicho en esta providencia, para el legislador la fecha de estructuración es a la pensión de invalidez lo que la fecha del fallecimiento es a la pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, esa afirmación debe tomarse con ciertos matices. En efecto, el fallecimiento es un hecho inmodificable. Mientras tanto, la invalidez que posibilita la obtención de una pensión no es absoluta (ya se ha dicho que corresponde al 50% o más) y, por tanto, una persona podría continuar sus labores haciendo uso de sus capacidades restantes.

Esta circunstancia nos enfrenta a la pregunta central que esta providencia debe resolver: ¿qué régimen debe encargarse del reconocimiento de la pensión de invalidez cuando, con posterioridad a la fecha de estructuración, la persona continúa cotizando al Sistema General de Pensiones e, incluso, efectúa un traslado?, la Corte deberá definir si ello es competencia de la administradora de la que se retiró y donde, sin embargo, se estructuró su discapacidad, o lo propio corresponderá al fondo nuevo.

Desde la perspectiva de esta Sala, las reglas de competencia deben seguir produciendo efectos en los términos que ha previsto el legislador, salvo que existan razones constitucionales imperiosas en virtud de las cuales sea necesario construir una excepción (en un caso concreto) a ellas. Si esas razones constitucionales no existen, el juez no podrá reconstruir las reglas.

En efecto, se ha sostenido que los términos en que debe reconocerse la pensión de invalidez –a través de la cual se materializa el derecho a la seguridad social– requieren ser definidos con un desarrollo legislativo. Ese desarrollo, siempre que no anule el derecho a la seguridad social, habrá de seguirse prima facie en aras de respetar el principio democrático. Con esto en mente, se dará respuesta al interrogante formulado en el párrafo anterior.

Recuérdese que el traslado de régimen es una facultad de toda persona. Esta facultad, sin embargo, se encuentra sujeta a algunas limitaciones previstas por el legislador. En concreto, una persona solo podrá “ trasladarse […] por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial ”, al tiempo que no procederá su cambio si aquel pretende ser realizado cuando le falten “[…] diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez ” [137] . Ese traslado puede efectuarse entre la fecha de estructuración y el momento de la calificación. Si la pérdida de capacidad laboral de una persona es calificada mientras se encuentra afiliada a uno de los dos regímenes, pero la fecha de estructuración establecida por los médicos corresponde a un momento anterior en el que estaba afiliada al otro, puede erigirse un conflicto de competencias.

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.

Se reitera que, definiendo reglas sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha considerado en algunas providencias de sus salas de revisión que corresponde a la última administradora reconocer y pagar la pensión de invalidez, independientemente del momento en que haya sido fijada la fecha de estructuración. A esa conclusión ha arribado porque: (i) la capacidad laboral residual de la persona le ha permitido continuar cotizando y buscar la afiliación en otro régimen pensional de acuerdo con su libre determinación [138] , (ii) ese último fondo es el que cuenta con todos los aportes realizados, dado que el traslado del RAIS al RPM –o viceversa– supone la remisión del monto correspondiente a las cotizaciones que se hayan efectuado en el fondo antiguo [139] , y (iii) ordenar el reconocimiento de la pensión por parte de un fondo distinto al nuevo, supondría situar barreras o trabas administrativas que dilatarían el goce efectivo del derecho [140] .

Estos argumentos buscan la protección del derecho a la seguridad social e, indirectamente, el amparo de la libertad de elección de régimen de cada ciudadano. De otra parte, contra esa lectura, se han presentado argumentos de orden normativo y financiero a partir de los cuales se pide su modificación.

Para resolver la cuestión expuesta, es preciso indagar si en el sistema normativo pensional existen reglas que definan cómo deben dirimirse este tipo de conflictos. Asimismo, corresponderá a la Sala detenerse en la legislación que trata sobre la forma de financiación de las pensiones de invalidez en cada régimen. Esto con el fin de establecer, legalmente, qué fondo debe responder por el pago de la prestación: el antiguo o el nuevo .

Si de ese análisis se sigue que corresponde al fondo antiguo tal responsabilidad, la Corte evaluará el impacto de esa regla en el derecho a la seguridad social de los afiliados, a fin de establecer si representa una limitación desproporcionada de aquel.

6.2. Las normas que fijan reglas para la definición de la competencia. El artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016 se refiere, específicamente, a las obligaciones que deberá cubrir la administradora de pensiones a la que se traslada un afiliado. Textualmente, el inciso segundo de ese artículo establece que: “ (…) el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora.

La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad ” (Subrayas fuera de texto).

Este artículo ha tenido dos lecturas y corresponde definir cuál de ellas es la que debe seguirse. Una es la expuesta en la Sentencia T-013 de 2019, según la cual, con base en este enunciado normativo podría entenderse que al fondo antiguo no le corresponde –en estos escenarios– ninguna responsabilidad en el pago de la pensión de invalidez, aun cuando el siniestro se estructuró mientras la persona estaba afiliada allí, precisamente porque todas sus obligaciones cesaron con el traslado que se hizo efectivo con posterioridad. La otra lectura, presente en la Sentencia T-672 de 2016 [141] , es la de quienes consideran que el artículo está reiterando que el fondo antiguo debe responder por todas aquellas prestaciones que se hubieran causado, en favor de sus afiliados, hasta el momento en que el traslado se hizo efectivo. Así, si la pensión de invalidez se causó bajo su vigía, deberá reconocerla y pagarla.

La Sala considera que la interpretación que debe seguirse es la segunda, con base en 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 [142] .

(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.

6.3. La financiación de la pensión de invalidez en los Regímenes de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad –diferencias– Como se sostuvo, en ambos regímenes se comparten los criterios y requisitos relacionados con la definición del derecho a la pensión de invalidez, el momento desde el que se paga la prestación, el monto de su mesada y el procedimiento para calificar la PCL [144] . Sin embargo, el legislador estableció una diferencia importante: las fuentes de su financiamiento.

6.3.1. El Régimen de Prima Media con Prestación Definida es, por antonomasia, solidario [145] . 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 [146] , 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 [147] .

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 [148] .

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 [149] .

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 [150] .

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 [151] . 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 [152] .

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 [153] .

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 [154] .

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 [155] , y, (iii) un bono pensional tipo A [156] :

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 ” [157] .

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 [158]).

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 ” [159] .

6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo [160] . 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 [161] .

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 [162] , de información [163] , la objetividad en la selección [164] , la periodicidad [165] y la publicidad [166] .

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 [167] , 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 [168] .

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 ” [169] .

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 ” [170] .

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 [171] , 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 (…)” [172] .

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 [173]), 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 [174] y, por mandato de este último [175] , el Gobierno Nacional [176] , 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 [177] .

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 (…)" [178] .

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.

7. Las implicaciones de seguir la regla del último fondo o la regla del fondo de estructuración 7.1. Implicaciones de la regla del último fondo sobre la estructura financiera Desde el punto de vista de la financiación, la lectura según la cual el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016 [179] mantiene en cabeza del fondo antiguo la competencia por el pago de las pensiones de invalidez siempre que ellas se causen antes del traslado, es la acertada. Esto porque, en ese mismo caso, sostener que la competencia para reconocerla y pagar la pensión la tiene el fondo nuevo podría tener las siguientes implicaciones:

(i) Cuando la última administradora pertenece al RPM. Si la fecha de estructuración se fijó en un momento donde la persona se encontraba válidamente afiliada al RAIS, y, se conmina, en todo caso, a una administradora del RPM a pagar la prestación por ser el fondo nuevo al que aquella se afilió, las consecuencias serían varias. El fondo obligado tendría que reconocer la prestación en los términos de los artículos 21, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993. Esto quiere decir que, como se explicó [180] , deberá (i) pagar el retroactivo correspondiente al nuevo pensionado, desde que se estructura, hasta la fecha de su ingreso en nómina, y (ii) calcular el valor de la mesada con base en las cotizaciones previas a esa fecha de estructuración, es decir, las realizadas al fondo antiguo con anterioridad a su afiliación actual.

Esto, prima facie , podría no parecer problemático si, como se asumió en algunas providencias de esta Corte [181] , se entendiera que el fondo nuevo cuenta con todos los recursos para hacerlo, en tanto le fueron trasladados desde el RAIS. Sin embargo, tal aseveración coincide solo en parte con la realidad, pues lo cierto es que el 3% de las cotizaciones obligatorias, que el fondo privado destina a financiar los riesgos de invalidez y sobrevivientes, no se remiten al RPM. Si el fondo nuevo pagara la prestación, incurriría en un empobrecimiento injustificado y, al tiempo, se propiciaría un

enriquecimiento, también injustificado, de la aseguradora, pues, a pesar de haber estado obligada a pagar una proporción de la pensión –por virtud del contrato que suscribió con la AFP– queda exonerada de ello.

(ii) Cuando la última administradora pertenece al RAIS. Si el escenario es el inverso, esto es, si la persona es calificada estando afiliada al RAIS y su fecha de estructuración corresponde a un momento en el que cotizaba para el RPM, también habría consecuencias sobre el sistema de financiamiento si se otorga la competencia por el pago de la prestación al fondo nuevo .

En este caso, los recursos remitidos por el RPM en virtud del bono pensional tipo A [182] , entrarían a hacer parte de la cuenta individual de la persona. Con esta se pagaría parte de la pensión de invalidez. Sin embargo, si ese valor no es suficiente, la aseguradora contratada no responderá por la suma adicional , presumiblemente, porque el contrato de seguro solo ampara los siniestros ocurridos durante la afiliación del peticionario a la respectiva AFP: no antes.

Esto acarrearía inconvenientes de financiación para el fondo obligado, viéndose perjudicado al tener que pagar una pensión de invalidez sin contar con los fondos suficientes para ello.

7.1.1. Los problemas indicados no existirían si se asumiera que el reconocimiento de la pensión corresponde al fondo en el que se encontraba la persona para el momento en que se estructuró su invalidez. 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–.

7.1.2. Con todo, lo dicho sitúa la discusión en un nuevo escenario. Si se asume que la anterior es la posición legal vigente, primero, porque así parecen señalarlo las normas que regulan la materia y, segundo, porque es una interpretación que no afecta el sistema de financiación de la pensión de invalidez previsto por el legislador para cada régimen, queda una cuestión por resolver que podría plantearse como sigue: ¿con la regla del fondo de estructuración se limita la libertad de elección de régimen pensional o, indirectamente, el derecho a la seguridad social de los ciudadanos? Si es así, ¿aquella limitación es desproporcionada? 7.2. La regla del fondo de estructuración y su relación con el derecho a la seguridad social Resolver los últimos cuestionamientos del acápite anterior fue, precisamente, lo que motivó la sesión técnica realizada en el marco de este proceso. La Corte entiende que de los tres riesgos que ampara el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, solo el de vejez puede motivar un traslado. Está claro que las pensiones de invalidez o de sobrevivientes tendrán las mismas condiciones en ambos regímenes, luego, para el afiliado, será indiferente si paga el RPM o el RAIS.

Con todo, trasladándose a un nuevo régimen, el ciudadano tendrá la expectativa legítima de pensionarse por vejez con las reglas de aquel, y no con las del que abandonó, especialmente si pierde la pensión de invalidez producto de una nueva calificación. Ese traslado puede darse, en principio, cumpliendo los requisitos legales previstos para tal efecto y, por tanto, tener una validez jurídica prima facie .

En efecto, desde una perspectiva puramente normativa, las diferencias entre regímenes por el pago de pensiones de vejez son sustanciales. En el RPM el derecho se adquiere cumpliendo los requisitos de edad (57 o 62 años, según se trate de mujeres u hombres) y semanas cotizadas (1.300) [183] . El monto de la mesada depende del número de semanas, pero también del nivel de ingresos de una persona [184] . Y la tasa de reemplazo no puede ser superior al 80% del IBL, que se

calcula con el promedio de lo devengado en los 10 años anteriores al reconocimiento o en toda la vida laboral si es más favorable [185] .

Si no se accede al derecho, la persona podrá reclamar una indemnización sustitutiva [186] . En el RAIS, por su parte, existen tres opciones: a) pensionarse por vejez porque el capital de la cuenta individual garantiza una prestación superior al 110% del salario mínimo [187] , b) si lo anterior no fue posible, acceder a la garantía de pensión mínima siempre que haya cotizado 1.150 semanas y tenga 57 o 62 años, según corresponda [188] , y c) si no ocurrió ni a ni b , obtener la devolución de saldos de su cuenta individual [189] .

Si se remite a una persona del RPM al RAIS, para que en el segundo se pague su pensión de invalidez, la consecuencia sería que ya no podría pensionarse por vejez en el RPM. Esto porque ambos regímenes son excluyentes y, por tanto, nadie puede estar pensionado en uno y cotizando en otro [190] .

De manera que tendrá que cumplir los requisitos del RAIS para acceder a la pensión de vejez. Estas mismas consideraciones podrían valer si la devolución se hace del RAIS al RPM.

Es desde esta perspectiva que en principio se advirtió una posible afectación a la libertad de elección del régimen pensional y, por consiguiente, al derecho a la seguridad social. Sin embargo, a partir de la información recaudada en la sesión técnica, podría arribarse a dos conclusiones sobre este particular.

7.2.1. La regla del fondo de estructuración no limita la libertad de elección de régimen. Se había dicho que dos eran las reglas para trasladarse: a) hacerlo "[…] por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial ", y b) antes de que le falten al afiliado "[…] diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez " [191] . Pero estas reglas aplican para afiliados, no para pensionados. En efecto, la pensión de invalidez siempre se reconoce y paga desde la fecha de estructuración, en adelante [192] . Incluso cuando hay cotizaciones posteriores a la misma. Esto presupone que su beneficiario se entenderá pensionado desde esa misma fecha.

El traslado de un pensionado es lo que parece no aceptar el sistema. El artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por ejemplo, establece que: "[e]stán excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad: // a) Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público ". Si una persona estuviera afiliada al RAIS y se le practicara un examen médico laboral cuyo resultado indicara que su invalidez se estructuró en el RPM, por disposición legal –sin necesidad de acudir a otra consideración–, dejaría de tener efectos ese traslado que efectuó si se asume que Colpensiones pagaría la pensión, retroactivamente, desde la fecha de estructuración.

7.2.2. La regla del último fondo no necesariamente garantiza una protección más amplia del derecho a la seguridad social Esta Corte ha señalado que el derecho a la seguridad social sirve de garantía al principio de la dignidad humana [193] . Esa finalidad no deja de buscarse porque el solicitante sea trasladado al fondo antiguo , pues, en cualquier caso, tendrá asegurado el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez. El ciudadano la recibirá indefinidamente hasta tanto no se compruebe que su PCL disminuyó por debajo del 50%. De hecho, para verificar si su invalidez se conserva con el tiempo, la Ley prevé que aquella pueda revisarse "(…) por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar " [194] .

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.

Lo que quedó claro, sin embargo, con la sesión técnica realizada, es que no puede sostenerse de manera abstracta que ello será más o menos perjudicial para las personas que se hallen inmersas en esa situación.

Puede que se presenten escenarios donde, en efecto, cuestiones como el monto de la mesada de la pensión de vejez hubiesen sido mejores en el régimen nuevo que en el antiguo y, al mismo tiempo, en otros casos, es posible que la devolución al régimen antiguo termine, incluso, por beneficiar al ciudadano en relación con las condiciones en que hubiese obtenido una pensión de vejez en el fondo donde había escogido afiliarse.

Si se analiza el asunto desde la perspectiva de la devolución del RPM al RAIS, se encuentra que la posibilidad de pensionarse por vejez en ese último régimen no desaparece, máxime cuando los tiempos cotizados con posterioridad a la fecha de estructuración entrarían a formar parte de la cuenta individual, lo que quiere decir que podrán ser usados, posteriormente, para acceder a la pensión de que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 o que podrán destinarse al conteo de semanas para beneficiarse de la garantía de la pensión mínima del artículo 65 siguiente. Al mismo tiempo, el legislador buscó una solución para el caso de aquellos que pierdan la pensión de invalidez:

el artículo 70 de la Ley 100 –inciso cuarto–, establece que, si ello tiene ocurrencia, "(…) los afiliados tendrán derecho a que el Estado les habilite como semanas cotizadas aquellas durante las cuales gozaron de la respectiva pensión. Esta habilitación del número de semanas será aplicable sólo cuando el Estado deba pagar garantía de pensión mínima ". Con esto no se deja desprotegida a la persona que se recupera. Incluso, podría, en algunos casos, aquella devolución ser más favorable si se asume que en el RPM el derecho se adquiere cotizando 1.300 semanas y en el RAIS 1.150.

De otra parte, es necesario hacer énfasis en dos aspectos que resaltaron los intervinientes en la sesión técnica. El primero tiene que ver con que la recuperación de una persona que ha sido declarada inválida es un hecho inusual. Recuérdese que de la totalidad de pensionados por invalidez con que ha contado Colpensiones (57.231), solo el 0.56% (323) ha disminuido su PCL por debajo del 50%. Aspecto que también se evidencia en el RAIS, pues, según datos de Asofondos, de las personas que se han pensionado allí por el mismo riesgo (42.427), solo el 0.003% (144) se han recuperado [195] . Se infiere entonces que lo que de ordinario ocurre es que las personas terminan percibiendo la pensión de invalidez de forma vitalicia.

El segundo aspecto por resaltar de aquella sesión, es que ninguno de los dos regímenes puede asegurar, per se , una pensión de vejez en mejores condiciones. Colpensiones, por ejemplo, resaltó que solo el 0.38% de sus pensionados por invalidez (219), accedieron a una pensión de vejez y mejoraron el valor de su mesada. De manera que, al parecer, mantenerse en el RPM no es garantía, en la gran mayoría de los casos, de gozar de una jubilación con mayores beneficios [196] .

8. Fijación de la regla en virtud de la cual se definirá la competencia por el pago de la pensión de invalidez en asuntos como el presente 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.

9. Caso concreto 9.1. El señor Efraín Espinosa García, representado por su apoderada, instauró acción de tutela contra Protección S.A., al estimar vulnerados sus derechos al debido proceso administrativo, al mínimo vital y a la seguridad

social, con ocasión del no reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

9.2. El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Neiva negó el amparo [197] . Afirmó, para tal efecto, que Protección S.A. no debía reconocer la prestación porque no fue la última administradora en la que se encontraba afiliado el tutelante. Al tiempo, desvinculó a Colpensiones de la causa porque el señor Espinosa no había solicitado allí su proceso de calificación. Finalmente, aunque fue un argumento que atacó la procedencia de la acción, el juez señaló que correspondía a la jurisdicción ordinaria definir qué entidad sería la llamada a pagar lo pedido.

9.3. El actor es una persona de 54 años de edad [198] , que estuvo afiliado y cotizando a Protección S.A., desde el 4 de febrero de 1997 hasta el 30 de mayo de 2012.

Posteriormente, decidió trasladarse de régimen, encontrándose afiliado y cotizando a Colpensiones en la actualidad. Según el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila , su PCL correspondió al 57,06%, siendo fijada, como fecha de estructuración, el 12 de octubre de 2006. En los tres años previos a ese instante, el actor demostró haber trabajado y cotizado al Sistema General de Pensiones, ininterrumpidamente, 154 semanas, superando así las 50 exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 [199] .

Tales aportes, en su momento, fueron realizados al RAIS, sin embargo, figuran en la historia laboral emitida por Colpensiones, bajo la anotación “ Pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado ”.

En consecuencia, y bajo una primera aproximación, el tutelante tendría un derecho consolidado. Con esto sería suficiente para ordenar a Protección S.A. el reconocimiento inmediato de la pensión de invalidez, en seguimiento estricto de los artículos 21, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, enunciados en los pasajes de esta providencia. Sin embargo, hay un elemento adicional que subyace a la discusión del caso y sobre el cual debe pronunciarse esta Sala.

9.4. Tanto en la sesión técnica, como en otras intervenciones, se expuso una preocupación particular sobre el proceso de notificación de los dictámenes de invalidez. Protección S.A. señaló que la Junta Regional de Calificación del Huila no le comunicó del inicio del proceso y, por eso, no tuvo posibilidad alguna de controvertir la determinación médico laboral con base en la cual el actor pretende obtener la pensión de invalidez. Así, si se conminara a ese fondo al pago de la prestación, podría vulnerársele el derecho al debido proceso.

9.5. La Sala considera que lo afirmado por la accionada en este punto es plausible. Precisamente para evitar situaciones como estas, el sistema de calificación de invalidez, previsto en la Ley 100 de 1993, establece algunas reglas en virtud de las cuales se habrá de permitir la participación de los interesados en ese tipo de procesos. Sobre el particular, el artículo 41 de esa ley, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, señaló, en su inciso segundo, que determinar la PCL de una persona, en una primera oportunidad:

“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS (…)”.

En caso de existir objeciones contra las determinaciones que emitan las entidades aludidas, el sistema mismo prevé que contra ellas pueden presentarse los respectivos recursos. Caso en el cual corresponderá a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez conocer del asunto en segunda oportunidad, y, con posterioridad, a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez si la discusión escala hasta esa instancia [200] .

Esa es la regla general. No obstante, el Decreto 1352 de 2013, en su artículo 29, estableció que, en algunos casos particulares, el interesado puede acudir directamente ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Esos eventos son dos:

“a) Si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta.

// Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social.

b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez”.

En esta oportunidad el actor acudió directamente a la Junta y aquella no le impidió continuar con el trámite. La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, informó en su intervención ante esta Corte que no efectuó la notificación correspondiente a Protección S.A., porque el propio tutelante pidió, a través de su apoderada, que se notificara a Colpensiones [201] .

La Junta asumió que la única llamada a participar del proceso era la administradora donde se encontraba afiliado el actor. No concibió la posibilidad de que, al haber existido una afiliación anterior al RAIS, la AFP demandada podía tener algún interés en conocer del asunto. Eventos como estos no pueden seguir presentándose, pues traen como consecuencia una dilación del proceso de reconocimiento pensional y, por tanto, ponen en riesgo el derecho a la seguridad social de las personas.

En tal virtud, y teniendo en cuenta que este no parece ser un caso aislado, según lo dicho por los intervinientes de la sesión técnica [202] , esta Corte ordenará al Ministerio del Trabajo que, en el marco de las competencias que le otorga el artículo 2.2.5.1.44 del Decreto 1072 de 2015 [203] , en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 [204] , aclare este punto con las Juntas o revise las dificultades que estas tienen para llevar a cabo, en debida forma, la notificación de sus decisiones a todos los interesados. Especialmente, en todos aquellos eventos en los que la persona haya presentado, en su historia laboral, afiliación a ambos regímenes o a distintos fondos. Mientras esto ocurre, la Corte entenderá que es deber de las autoridades encargadas de calificar a los usuarios, notificar a todos los fondos que eventualmente lleguen a estar interesados en la definición de ese proceso. Esta regla no es desproporcionada toda vez que no es común que haya múltiples traslados en una historia laboral, y además respeta los derechos de todos los sujetos que se vean comprometidos en estos trámites.

9.6. Remedio judicial. Lo antedicho permite plantear una solución al problema concreto que se presenta con el señor Efraín Espinosa García. El escenario particular en que se encuentra el ciudadano, derivado, en parte, de la falta de notificación del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila a Protección S.A., ha llevado a que, a la fecha, cuente con dos dictámenes de invalidez. El primero, al que ya se hizo referencia, determinó una pérdida de capacidad laboral del 57.06% y estableció, el 12 de octubre de 2006, como fecha de estructuración. El segundo, emitido por Colpensiones en cumplimiento a una acción de tutela instaurada con posterioridad a la presente, dispuso que la PCL era del 19.95% y que la fecha de estructuración correspondía al 8 de julio de 2019 [205] . Sin embargo, en este segundo proceso de calificación, como aceptó la misma administradora, no se tuvo en cuenta toda la documentación requerida para proferirlo en cumplimiento del Manual Único de Calificación. Además, no existe evidencia alguna de que se haya notificado a Protección S.A. del mismo. Por esta circunstancia, esta Corte dejará sin efectos este segundo dictamen toda vez que, al no haber sido emitido con la totalidad de garantías previstas en la normatividad que regula la materia, resulta violatorio del derecho al debido proceso del actor.

9.7. Con base en estas consideraciones, es preciso buscar una solución armónica que permita, de un lado, proteger el derecho a la seguridad social del afiliado, y, de otro, amparar el derecho al debido proceso de la administradora o fondo que deba reconocer la pensión. Dicha solución está dada en los siguientes términos:

a. En lo que tiene que ver con el derecho a la seguridad social del afiliado, en tanto el primer dictamen fue emitido en cumplimiento de todas las reglas contenidas en el Manual Único de Calificación y teniendo en cuenta tanto la historia clínica completa, como los exámenes paraclínicos y las valoraciones hechas por especialistas al actor, con base en él se ordenará el pago de una pensión de invalidez con carácter provisional. Con esta medida, la Sala busca permitirle al tutelante acceder, de manera temporal y sin el reconocimiento del retroactivo, a la prestación que solicita y evitar que por las discrepancias que se lleguen a presentar a futuro sobre su calificación médico laboral, se ocasione un retardo mayor en el pago de sus mesadas.

Además, por las consideraciones de los intervinientes en la sesión técnica, la Corte ordenará a Protección S.A. el reconocimiento de esta prestación provisional. La Sala estableció que el hecho determinante de la competencia en el reconocimiento de pensiones de invalidez es la fecha de estructuración. En otras palabras, el fondo o administradora competente para el reconocimiento de la prestación será aquel o aquella donde se encontraba afiliada y cotizando la persona para el momento en que se invalida. Así, de conformidad con lo que dictaminó la Junta Regional de Invalidez del Huila, esa competencia debería estar a cargo de Protección S.A. Sin embargo, la prestación será provisional y solo se tornará definitiva cuando se surta el trámite que sigue.

b. Para que Protección S.A. proceda con el reconocimiento definitivo de la prestación, debe notificársele el Dictamen emitido el 26 de julio de 2017 por la Junta Regional de Calificación del Huila. Una vez ello ocurra, ese fondo podrá aceptar esa determinación u objetarla ante la Junta Nacional de Calificación.

Estando en firme ese proceso, y siempre que Protección S.A. siga manteniendo la competencia por el pago de la pensión en los términos expuestos en esta providencia, deberá reconocer el retroactivo a que haya lugar, desde la fecha de estructuración, en los términos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

c. Hasta tanto no se encuentre en firme el proceso de calificación anterior, el tutelante podrá –además de percibir la prestación provisional– seguir vinculado, en calidad de afiliado, a Colpensiones. Aun cuando la Corte entiende que el RPM y el RAIS son excluyentes, no estima prudente regularizar de inmediato la afiliación del actor, precisamente porque la evaluación de sus condiciones y el momento en el que se estructuró su invalidez todavía pueden ofrecer discusión.

9.8. En línea con lo anterior, según lo dicho por los propios intervinientes en la sesión técnica, una modificación sustancial de la fecha de estructuración o del porcentaje de PCL es poco probable, sin embargo, es una posibilidad y la Corte debe reparar en ella. Asignando a Protección S.A. la responsabilidad por el pago de la pensión provisional de invalidez y, suponiendo que esa entidad interponga un recurso, luego de la intervención de la Junta Nacional de Calificación solo podrán presentarse tres situaciones:

(i) Que la PCL y la fecha de estructuración se mantengan en los términos ya establecidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila. Caso en el cual se ratificará la competencia de Protección S.A., entidad que deberá proceder con el reconocimiento definitivo en los términos ya expuestos.

(ii) Que se mantenga una PCL superior al 50%, pero que la fecha de estructuración varíe al punto que la competente para el pago de la pensión sea Colpensiones. Si ello ocurre, esa administradora deberá asumir el pago definitivo de la pensión pagando el respectivo retroactivo. A su vez, deberá hacer la devolución respectiva, en favor de la AFP, de los valores que esta última haya pagado con ocasión del reconocimiento provisional.

(iii) Que el porcentaje de PCL disminuya por debajo del 50%. En ese evento, la prestación sería revocada y el actor permanecería en el RPM, donde podría seguir cotizando a efectos de obtener una pensión de vejez. Con esta solución, este Tribunal entiende que ampara el derecho a la seguridad social del actor y, al tiempo, el derecho al debido proceso de la AFP accionada.

9.9. En este sentido, la Corte revocará el fallo proferido el 30 de abril de 2019 por el Juez Segundo Penal Municipal para Adolecentes con Función de Control de Garantías de Neiva, que negó la acción de tutela, en el sentido de tutelar el derecho a la seguridad social del accionante. Para ello se ordenará el reconocimiento provisional de su pensión de invalidez, en los términos expuestos por esta providencia.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 30 de abril de 2019 por el Juez Segundo Penal Municipal para Adolecentes con Función de Control de Garantías de Neiva, y, en su lugar, TUTELAR el derecho a la seguridad social del señor Efraín Espinosa García.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS el dictamen emitido por Colpensiones el 5 de noviembre de 2019, en tanto fue elaborado sin tener en cuenta todas las garantías exigidas, por la normatividad pertinente, en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

TERCERO.- ORDENAR a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, notifique a Protección S.A. –y a los demás sujetos que hayan intervenido en ese proceso– el dictamen que emitió el 26 de julio de 2017, en virtud del cual estableció que el señor Espinosa García había perdido su capacidad laboral en un 57,06% y fijó, como fecha de estructuración, el 12 de octubre de 2006.

CUARTO.- ORDENAR a Protección S.A. que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca provisionalmente una pensión de invalidez al accionante. Esta orden no implicará el pago inmediato del retroactivo y habrá de mantenerse hasta tanto se encuentre ejecutoriada la determinación médico laboral del actor. Si no se impugna el dictamen de que trata el numeral anterior, con base en él Protección S.A. deberá reconocer de manera definitiva la prestación en la forma establecida en los artículos 21, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, pagando el retroactivo que corresponda. De la misma forma deberá proceder si impugnándose el dictamen la autoridad superior decide confirmarlo.

QUINTO.- ORDENAR a Colpensiones que, mientras no se encuentre en firme el proceso de calificación aludido, mantenga la afiliación del tutelante al RPM que administra. La normalización de la afiliación solo será procedente cuando ya no quepan recursos contra la determinación médico laboral, en ella se haya permitido la participación de todas las partes vinculadas y se establezca que corresponde a Protección S.A.

el reconocimiento definitivo de la pensión. SEXTO.- ORDENAR al Ministerio del Trabajo que, en el marco de las competencias que el artículo 2.2.5.1.44 del Decreto 1072 de 2015 le otorga –en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993–, revise con las Juntas las dificultades que aquellas tienen para llevar a cabo, en debida forma, la notificación de sus decisiones a todos los interesados. Especialmente, en todos aquellos eventos en los que la persona haya presentado, en su historia laboral, afiliación a ambos regímenes o a distintos fondos. Sobre este punto deberá emitir directrices que se correspondan con lo advertido en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- LIBRAR , por Secretaría General, las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la página Web de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS Presidente RICHARD STEVE RAMÍREZ GRISALES Magistrado (E) DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Con aclaración de voto LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado ALEJANDRO

LINARES CANTILLO Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA SU313/20 PENSION DE INVALIDEZ- R econocimiento a cargo del primer fondo, con base en la fecha de estructuración, es una regla de carácter general que admite excepciones (Aclaración de voto) Existirán casos en los que será más beneficioso para el afiliado, o para la sostenibilidad financiera de cada régimen, aceptar que sea el segundo fondo el que haga el pago de la prestación.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DEL REGIMEN PENSIONAL- No se hizo un estudio riguroso sobre el margen de protección a la libertad de escogencia de los afiliados a los Fondos de Pensiones (Aclaración de voto) M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Aunque acompaño el sentido de la decisión adoptada en la Sentencia SU-313 de 2020, encuentro necesario aclarar mi voto en relación con dos consideraciones de la parte motiva que, aunque sólo son “dichos de paso”, no comparto.

En primer lugar, la Sentencia indicó que el acceso a la pensión de invalidez, en los casos en que ha habido un traslado del régimen pensional con fecha de estructuración de invalidez previa, sin importar si es del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o viceversa, debe ser resuelto con base en la regla según la cual es el primer fondo el que debe asumir el pago de la prestación. Estoy de acuerdo con esta conclusión, pero es importante tener presente que sólo se trata de una regla general. Existirán casos en los que será más beneficioso para el afiliado, o para la sostenibilidad financiera de cada régimen, aceptar que sea el segundo fondo el que haga el pago de la prestación. Por ejemplo, cuando haya un numero de semanas cotizadas mucho mayor en el segundo fondo, o incluso cuando la fecha de estructuración sea anterior al cambio de régimen, pero el dictamen que así lo establezca sea muy posterior y se haga durante la vigencia de la afiliación en el segundo fondo.

En últimas, se trata de no olvidar que la Sentencia SU-313 de 2020 incorpora una subregla que tiene que ser valorada y analizada de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto, pues no sólo es profundamente inadecuado pretender establecer una regla general, abstracta e inflexible por vía jurisprudencial, sino que no puede desconocerse que específicamente la regla que ha sido aplicada en esta ocasión surge en el marco de los hechos del asunto analizado.

En segundo lugar, pese a que la discusión de este caso estaba relacionada únicamente con el acceso a una pensión de invalidez, la Sentencia SU-313 de 2020 abordó temas ajenos al problema jurídico que ocupaba la atención de la Sala, como los siguientes: ¿Qué pasa si la invalidez desaparece (deja de ser mayor a 50%) y es necesario estudiar el acceso a la pensión de vejez? y ¿Qué fondo de pensiones sería el responsable de definir el reconocimiento de esta última prestación? Estoy en total desacuerdo con las consideraciones relacionadas con estos asuntos porque: (i) son situaciones hipotéticas que nada tienen que ver con el problema jurídico resuelto en este caso; (ii) la Sentencia SU-313 de 2020 no presentó ningún estudio riguroso de la libertad de escogencia del fondo de pensiones, pese a que es un tema de verdadera relevancia constitucional. Además, (iii) no corresponde a cuestiones que hayan sido debatidas y resueltas de manera definitiva al interior de la Sala Plena. Aún no se han abordado cuestiones importantes como, por ejemplo, cuál es el margen de protección de derecho a la libertad de escogencia de un afiliado, en los eventos en que se le obliga a aceptar una pensión de vejez por parte de un fondo de pensiones al cual no estaba vinculado al momento de reconocerse y configurarse dicha prestación. En esa medida, tratándose de consideraciones que no son parte de la razón de la decisión, no comprometen la resolución de casos posteriores.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones por las cuales aclaro mi voto a la Sentencia SU-313 de 2020. DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada [1] Folio 12 del cuaderno principal del expediente. De conformidad con la cédula de ciudadanía que obra en el plenario, el actor nació el 22 de agosto de 1965.

[2] Folio16 a 20 del cuaderno principal del expediente. [3] Folio 15 del cuaderno principal del expediente. [4] Ley 860 de 2003. Artículo 1: “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: // I nvalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (…)”.

[5] Folios 70 a 76 del cuaderno primero de revisión. Obra copia de la historia laboral aportada por Colpensiones. [6] Folios 21 a 24 del cuaderno principal. Obra copia de la Resolución SUB269854 del 27 de noviembre de 2017. Notificada el 24 de enero de 2018.

[7] Este artículo, modificado por el Decreto 1161 de 1994 y luego derogado por el Decreto 326 de 1996, establecía, en su versión original –citada por Colpensiones– que: “ La afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el diligenciamiento del respectivo formulario. // Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la administradora que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la pensión o prestación correspondiente ”.

[8] Decreto 692 de 1994. Artículo 15 (compilado en el artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 1833 de 2016): “ Una vez efectuada la selección de cualquiera de los regímenes pensionales mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido cinco años contados desde la fecha de la selección anterior. // Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de este al de prima media se aplicará lo siguiente: // 1. Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales. // 2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá 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 del traslado ”.

[9] Folio 25 del cuaderno principal del expediente. [10] Folios 26 a 28 del cuaderno principal del expediente. [11] Folios 48 y 49 del cuaderno principal del expediente.

[12] Folios 51 a 53 del cuaderno principal del expediente. [13] Folios 51 a 53 del cuaderno principal del expediente. [14] Folios 54 y 55 del cuaderno principal del expediente.

[15] Folio 58 del cuaderno principal del expediente. [16] Folio 62 del cuaderno principal del expediente. [17] Folio 63 del cuaderno principal del expediente.

[18] Folio 64 del cuaderno principal del expediente. [19] Como consta en el acta individual de reparto visible en el folio 66 del cuaderno principal del expediente.

[20] Folios 1 a 10 del cuaderno principal del expediente. [21] Folio 68 del cuaderno principal del expediente. [22] Folios 73 a 77 del cuaderno principal del expediente.

[23] Acudió, textualmente, a lo advertido en las siguientes providencias: T-801 de 2011, T-699A de 2007, T-710 de 2009, T-886 de 2013, T-522 de 2017.

[24] Folios 82 a 84 del cuaderno principal del expediente. [25] Folios 89 a 95 del cuaderno principal del expediente. [26] Folios 2 a 15 del cuaderno primero de revisión.

[27] Folios 20 a 28 del cuaderno primero de revisión. [28] Folios 29 a 32 del cuaderno primero de revisión. Auto proferido el 29 de octubre de 2019 por la Sala Tercera de Revisión.

[29] Folios 44 a 46 del cuaderno primero de revisión. [30] Folios 96 a 99 del cuaderno primero de revisión. [31] Folios 108 a 109 del cuaderno primero de revisión.

[32] Estos egresos se discriminarían así: por concepto de manutención, $400.000; de transporte, $150.000 y de servicios públicos, $150.000. [33] Folios 342 a 343 del cuaderno segundo de revisión.

[34] "Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional". [35] Cfr ., Sentencias T-801 de 2011, T-522 de 2017, T-013 de 2019, T-131 de 2019 y T-411 de 2019.

[36] RPM o RAIS. [37] Folio 345 del cuaderno segundo de revisión. [38] Folios 349 y 350 del cuaderno segundo de revisión. [39] Supra I, 6.5. [40] Folios 375 al 380 del cuaderno segundo de revisión. La comunicación se remitió a esta Corporación, vía correo electrónico, el 27 de febrero de 2020.

[41] Folios 356 al 363 del cuaderno segundo de revisión. [42] Supra I, 6.2. [43] Folios 365 al 373 del cuaderno segundo de revisión. [44] Decreto 780 de 2016. Artículo 3.2.1.12 –inciso 2–. "El traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad".

[45] Folios 384 al 388 del cuaderno segundo de revisión. [46] Folios 389 y 390 del cuaderno segundo de revisión. [47] Que con la cuenta individual no alcance para financiar la pensión de invalidez, es lo que ocurre de ordinario. Debe advertirse en este punto, aunque será explicado más adelante, que las pensiones de invalidez en el RAIS no solo se financian con las cotizaciones, sino también, entre otras cosas, con los bonos pensionales a que haya lugar y con los rendimientos financieros del ahorro que mantenga la persona.

[48] Constitución política. Artículo 86 . (…) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (…)".

Artículo 241 . "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (…) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (…)".

[49] Supra I, 6.4. [50] Cfr., Sentencias T-537 de 2015 y T-689 de 2015. [51] Constitución Política. Artículo 95 –numeral séptimo–: "Son deberes de la persona y del ciudadano: (…) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia".

[52] Cfr., Sentencias T-537 de 2015 y T-689 de 2015. [53] Cfr., Sentencia T-661 de 2013 y T-325 de 2019. En la última providencia en cita, la Sala Tercera de Revisión resaltó que "(…) En esta última hipótesis, en los que una misma persona instaura sucesivamente varias acciones de amparo en las que converge la triple identidad (partes, hechos y pretensiones), la Corte ha precisado que más allá de la declaratoria de temeridad, es preciso estudiar si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional sobre la primera de las acciones promovidas, ya que, cuando ello ocurre, por sustracción de materia, las tutelas subsiguientes son improcedentes ".

[54] Cfr. , Sentencia SU-168 de 2017. [55] Supra I, 3. [56] Supra I, 5. [57] Supra I, 6.3. Con posterioridad, y solo a partir del Auto 591 del 29 de octubre de 2019, esta Corporación vincula nuevamente a Colpensiones como parte.

[58] Fecha de consulta: 28 de julio de 2020. [59] Cfr., Sentencias T-661 de 2013 y T-246 de 2018, entre otras. [60] Supra I, 1.1. [61] Cfr ., Sentencias T-801 de 2011, T-522 de 2017, T-013 de 2019, T-131 de 2019 y T-411 de 2019.

[62] Cfr., Sentencia T-531 de 2002. Esta Corte ha admitido que la legitimación en la causa por activa se acredita, siguiendo el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, cuando la acción de tutela se ejerce (i) de manera directa, (ii) por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) a través de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo), y (iv) por medio de agente oficioso.

[63] Cfr., Sentencias T-118 de 2015, T-1077 de 2012, T-1015 de 2006, T-015 de 2015, T-029 de 2016, T-626 de 2016, T-678 de 2016 y T-430 de 2017. La Corte ha señalado que la acción procede contra acciones u omisiones de autoridades públicas que tengan la aptitud legal para responder jurídicamente por la vulneración. También procede contra particulares cuando estos presten servicios públicos, o, respecto de los cuales el accionante se encuentre indefenso.

[64] Cfr., Sentencia T-436 de 2016, entre otras. En virtud de este requisito, el amparo debe requerirse en un plazo razonable contado desde la actuación u omisión vulneradora.

[65] Folio 11 del cuaderno principal del expediente. [66] Supra I, 1.8. El 24 de enero de 2019 Protección S.A. se negó a calificar al actor. [67] Supra I, 2.1. El 10 de abril de 2019 se instaura la acción.

[68] Constitución Política de Colombia. Artículo 86 –inciso tercero–. [69] Decreto 2591 de 1991. Artículo 6 –numeral primero–: “La acción de tutela no procederá: (…) 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

[70] Cfr ., Sentencias T-702 de 2008, T-494 de 2010, T-1316 de 2011, T-232 de 2013, T-527 de 2015, T-064 de 2017, entre otras. Un perjuicio irremediable existe cuando se acredita:

(i) su inminencia, (ii) la gravedad del mismo, (iii) la urgencia de las medidas conducentes para su superación y (iv) la imposibilidad de postergarlas.

[71] Cfr., Sentencia T-611 de 2001 y T-499A de 2017. En esta última se advirtió que: “ esta Corporación ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho compro-metido. La Corte ha señalado que por dimensión constitucional del conflicto se entiende la interpretación del asunto enfocada a una protección más amplia que la legal, ya que “tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad”.

[72] Cfr., Sentencia C-132 de 2018. Un medio judicial es efectivo si tiene la facultad de brindar oportunamente y de manera expedita la protección del derecho.

[73] Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Artículo segundo –numeral cuarto– “La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: // 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

[74] En relación con la duración del proceso ordinario laboral, la Sentencia SU-543 de 2019, citando algunos estudios hechos al respecto, advirtió que: “ Así, de conformidad con la normatividad vigente, en su primera instancia, el proceso ordinario laboral debe tardar, como máximo, esto es, incluyendo vicisitudes como la inadmisión de demandas o la reprogramación de audiencias de juzgamiento, 242 días corrientes. En su segunda instancia, tendría que tardar 38 días

corrientes. No obstante, la práctica judicial cotidiana ha demostrado que estos términos pueden extenderse por variadas razones, entre ellas las prácticas dilatorias de las partes o la congestión de los despachos judiciales, de manera que se ha logrado establecer que en promedio –no con grado de certeza– un proceso de estas características puede tardar en resolverse 366 días corrientes en primera instancia y 168 en segunda ”.

[75] Supra I, 6.6. [76] Constitución Política. Artículo 13. [77] Constitución Política. Artículo primero. [78] Constitución Política. Artículo 95.

[79] Organización Internacional del Trabajo. Hechos concretos sobre la seguridad social. Disponible en web : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf [80] Cfr., Sentencia C-828 de 2001. La Corte dispuso que: “ La seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales considerados como necesarios para la efectividad de la igualdad material. (…).” [81] Cfr., Sentencia T-371 de 2018. “(…) [L]a Corte ha reconocido que la protección del derecho a la seguridad social persigue la realización de los fines esenciales del Estado Social de Derecho y fundamentalmente del principio de la dignidad humana, al permitir que los ciudadanos obtengan los medios para ejercer efectivamente sus demás derechos subjetivos”.

[82] Cfr., Sentencia T-468 de 2007. “En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales”.

[83] Constitución Política. Artículo 48 –inciso segundo–. “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

[84] Ley 100 de 1993. Artículo 8. “El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley” [85] Por ejemplo, el pago de incapacidades o de licencias de maternidad en el Sistema de Seguridad Social en Salud; el pago de pensiones de invalidez, vejez o sobrevivientes en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones; o las pensiones de invalidez o de sobrevivientes en el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales.

[86] Esto es, las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones de orden privado, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, las Administradoras de Riesgos Laborales, entre otras.

[87] Verbigracia, el pago de cotizaciones periódicas que, realizándose durante un periodo previamente establecido, contribuyan a la financiación de la prestación.

[88] Múltiples ejemplos de reglas referidas a la financiación de las prestaciones se encuentran en la Ley 100 de 1993. En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se encuentra, por ejemplo, el artículo 32. En él se prevé que, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, “ Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia (…)”. Al tiempo que el artículo 60 de la misma norma –literal a – prevé que en lo que tiene que ver con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el reconocimiento pensional dependerá de “(…) los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado (…)”.

[89] Ley 6 de 1945. Artículo 17 –Literal c–. “Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: // c.

Pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos ($50) ni exceder de doscientos pesos ($200). La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación”.

[90] “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

[91] Decreto 3135 de 1968. Artículo 23 –inciso primero–. “La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista (…)”.

[92] Decreto 3135 de 1968. Artículo 26. “ La entidad que pague la pensión de invalidez podrá ordenar, en cualquier tiempo, la revisión médica del inválido, con el fin de disminuir o suspender la pensión cuando la enfermedad o las lesiones se hayan modificado favorablemente, o para aumentarla en caso de agravación. // No se devengará la pensión mientras dure la mora injustificada del inválido en someterse a la revisión ”.

[93] “Sobre Código Sustantivo del Trabajo”. [94] Decreto 2663 de 1950 –Código Sustantivo del Trabajo–. Artículo 281. [95] Aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

[96] Acuerdo 224 de 1966. Artículo 5. [97] Ley 90 de 1946. Artículo 45. [98] Decreto 433 de 1971. Artículo 62. “En caso de invalidez de origen no profesional, el asegurado que haya pagado las cotizaciones previas que el Instituto determine, tiene derecho, mientras dura aquella, a una pensión mensual no inferior a la pensión mínima que establece el artículo 55. Para los efectos del seguro de invalidez de origen no profesional, se reputará inválido al asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a la mitad, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas”.

[99] Aprobado por el Decreto 758 de 1990. [100] Recuérdese que esto ya había tenido ocurrencia en el sector público con el Decreto 3135 de 1968.

[101] Acuerdo 224 de 1966. Artículo 6: “Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

// a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, // b) haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

[102] Acuerdo 224 de 1966. Artículo 8. [103] Ley 100 de 1993. Artículo 12. [104] Ley 100 de 1993. Artículos 38, 39 y 69. [105] La versión inicial de la Ley 100 de 1993 establecía en su artículo 39 los dos siguientes requisitos: “a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez”. O, “b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”. Con posterioridad, mediante la Ley 860 de 2003, se modificó la anterior regla, disponiendo que tendrá derecho a la pensión quien acredite 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración (numeral primero).

[106] Por fecha de estructuración se entiende el instante en que se adquiere la PCL en el porcentaje indicado por una autoridad médica competente.

Sobre ello se volverá más adelante. [107] Ley 100 de 1993. Artículo 38. [108] Esta es la regla prevista por el legislador. Sin embargo, a partir del desarrollo jurisprudencial de esta Corte, se ha entendido que cuando una persona no acredite esas 50 semanas en los tres años previos a la fecha de estructuración, pero (i) cuente con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a ese momento, (ii) haya padecido enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, (iii) tales aportes hubieren sido producto de una efectiva y probada capacidad laboral residual y (iv) no se advierta un ánimo de defraudar el Sistema de Seguridad Social, las 50 semanas de que trata el artículo citado deben ser contadas, hacia atrás, tomando como referencia la fecha en que (i) se realizó la última cotización, (ii) se elevó la solicitud prestacional, o (iii) se efectuó la calificación. Cfr., Sentencia SU-588 de 2016, entre otras.

[109] Acuerdo 224 de 1966. Artículo 5. “Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones: b. Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años”.

[110] Acuerdo 049 de 1990. Artículo 6. “Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

// b. Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

[111] Cfr. Sentencia T-146 de 2013. En Colombia, tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corporación, la pensión de invalidez cuenta con la precisa finalidad de proteger a quien, por su condición física o mental, no cuenta con la posibilidad de acceder a un trabajo que le permita proveerse de ingresos económicos por sus propios medios.

[112] Ley 100 de 1993. Artículo 40 –inciso final–. [113] Acuerdo 049 de 1990. Artículo 10 –primer inciso–. “La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio”.

[114] Aun cuando las normas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 no hablaban propiamente de una “ fecha de estructuración ” sí se asumía que el derecho debía otorgarse desde el momento en que se perdiera esa capacidad para continuar laborando. Esto se desprende, por ejemplo, de lo advertido en la Ley 6 de 1945 –artículo 17, literal c–, en el Decreto 3135 de 1968 –artículo 23–, en el Código Sustantivo del Trabajo –artículo 278–.

[115] La existencia de aportes pensionales es indicativa de la vinculación laboral de quien cotiza. Si la pensión de invalidez se paga desde la fecha de estructuración, aun cuando con posterioridad el beneficiario haya trabajado y cotizado al sistema, se estaría admitiendo que una persona pueda percibir, al tiempo, una pensión de invalidez e ingresos provenientes de su fuerza laboral. No obstante, esto ha sido avalado por la Ley 361 de 1997, al decir, en su artículo 33, que “ el ingreso al servicio público o privado de una persona en situación de discapacidad que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público”.

Enunciado normativo que fue declarado exequible por esta Corte a través de la Sentencia C-072 de 2003. Las razones para ello fueron dos: (i) que es legítimo, en términos constitucionales, establecer privilegios en favor de las personas con

discapacidad para así garantizarles su derecho a la igualdad material, y (ii) que la naturaleza de los recursos provenientes del salario y de la pensión de invalidez eran distintos y, por ello, compatibles.

[116] Ley 100 de 1993. Artículo 40. [117] Ley 100 de 1993. Artículo 40 –inciso segundo–. [118] Ley 100 de 1993. Artículo 40 –inciso tercero–.

[119] Ley 100 de 1993. Artículo 40 –inciso cuarto–. [120] Ley 100 de 1993. Artículo 40 –inciso quinto–. [121] Ley 100 de 1993. Artículo 21 –inciso primero–.

[122] Decreto 3135 de 1968. Artículo 25. [123] Acuerdo 049 de 1990. Artículo 7. “Sólo tendrá validez la calificación efectuada por los médicos laborales del Instituto”.

[124] Decreto 1507 de 2014. Artículo 3. [125] Decreto 917 de 1999. Artículo 3. “Se entiende por deficiencia, toda perdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, incluidos los sistemas propios de la función mental. // Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano”.

[126] Decreto 917 de 1999. Artículo 3. “Se entiende por discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto refleja alteraciones a nivel de la persona”.

[127] Decreto 917 de 1999. Artículo 3. “Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece (…)”.

[128] Decreto 1507 de 2014. Anexo técnico. Título preliminar 1. Numeral 1. [129] Decreto 1507 de 2014. Las deficiencias pueden serlo por: alteraciones debidas a neoplasias o cáncer; alteraciones del sistema cardiovascular;

trastornos del sistema respiratorio; trastornos del sistema digestivo; trastornos del sistema urinario y reproductor; trastornos de la piel, faneras y daño estético; alteraciones del sistema hematopoyético; alteraciones del sistema endocrino; alteraciones del sistema auditivo y vestibular; alteraciones de olfato, del gusto, de la voz, del habla y de las vías aéreas superiores;

alteraciones del sistema visual; alteraciones del sistema nervioso central y periférico; trastornos mentales y de comportamiento; alteración de las extremidades superiores e inferiores y, finalmente, alteraciones de la columna vertebral y la pelvis.

[130] Decreto 1507 de 2014. Artículo 3. [131] La calificación, para el primer grupo, depende de si el evaluado es (i) un niño o niña de 3 años o menos, (ii) un niño o niña mayor de 3 años, o (iii) un adulto mayor. En todos los casos se estudia la eventual dependencia de estas personas respecto, en su orden, (i) a la realización de su actividad motriz y adaptativa, (ii) a la posibilidad de desarrollar actividades de juego o estudio, o (iii) al desarrollo de ocupaciones como alimentación, higiene, vestido y desplazamiento. Si la persona alcanza una dependencia completa en estos puntos, la calificación corresponderá al 50%.

[132] Decreto 1507 de 2014. Anexo técnico. Título preliminar 1. Numeral 7. [133] Decreto 1507 de 2014. Anexo técnico. Título II. Capítulo II.

Numeral 2.1. “Rol laboral: Se refiere a cómo llevar a cabo las tareas y acciones necesarias para ejecutar las actividades de un trabajo o empleo. Lo anterior de acuerdo con las actitudes y aptitudes de orden psico-cognitivo y físico de las personas, desarrolladas y acumuladas por los aprendizajes, los conocimientos, las destrezas, y las habilidades operativas, organizativas, estratégicas y resolutivas que se ponen en juego como capacidad productiva.

Esta capacidad productiva se define y se mide en términos de desempeño en un determinado contexto laboral”. [134] Decreto 1507 de 2014. Anexo técnico. Título II. Capítulo II.

Numeral 2.2. “Autosuficiencia económica: Hace referencia fundamentalmente a la autosuficiencia y nivel económico que puede tener una persona en relación directa con la repercusión o impacto económico negativo generado por una deficiencia. Incluye la capacidad de la persona para cumplir con el mínimo vital de la persona y su familia”.

[135] Decreto 1507 de 2014. Anexo técnico. Título II. Capítulo III. Numeral 3. “Áreas ocupacionales: para efectos del presente Manual, se definen como diversas actividades de la vida, en que las personas participan, incluyendo las siguientes categorías: Actividades de la vida diaria - AVD, actividades de la vida diaria instrumentales - AVDI, educación, estudio, juego, ocio y participación social. Estas se expresan como adquisición de conocimiento, cuidado personal, movilidad, tareas y demandas generales, comunicación y vida doméstica”.

[136] Decreto 1507 de 2014. Anexo técnico. Título II. Capítulo II. Tabla 1. Clasificación de las restricciones en el rol laboral. [137] Ley 100 de 1993. Artículo 13 –literal e –. Estas previsiones han sido respaldadas por la Corte Constitucional. Sobre el particular, se resalta la Sentencia C-1024 de 2004 en la que se declaró la exequibilidad condicionada de la última regla citada porque aquella, no obstante limitar el derecho a la libertad de escogencia del régimen pensional al que quisiera pertenecer la persona, lo hacía en favor de un fin constitucional imperioso, cual era el de “ evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ”.

[138] Cfr., Sentencia T-801 de 2011. [139] Cfr., Sentencias T-522 de 2017, T-013 de 2019, T-131 de 2019. [140] Cfr., T-522 de 2017. [141] Señaló esa providencia que “(…) con fundamento en las reglas contenidas en el artículo 42 del Decreto 1409 de 1999 (…), en el evento en que el trabajador haya realizado el traslado de sus aportes a otra entidad administradora y en el intervalo de dicho traslado ocurra un siniestro que genere su invalidez, corresponderá a la antigua administradora asegurar las contingencias que se produzcan con anterioridad a la efectividad de dicho traslado. Sin embargo, cumplido el término para materializar la nueva afiliación, será la nueva administradora quien estará llamada a cubrir aquel siniestro que genere la invalidez de su afiliado”.

[142] Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2000014333-6. Julio 19 de 2000. [143] Cfr., Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Radicación No. 11001-03-06-000-2018-00004-00(C). Sentencia del 23 de mayo de 2018. [144] Ley 100 de 1993. Artículo 69. [145] Ley 100 de 1993. Artículo 2 –literal C–.

“ Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. // Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. // Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables ”.

[146] Ley 100 de 1993. Artículo 17. [147] Ley 100 de 1993. Artículo 15 –inciso primero– (modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003). “Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: // 1. En forma obligatoria: // todas aquellas

personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales".

[148] Ley 100 de 1993. Artículo 17 –inciso segundo–. [149] Ley 100 de 1993. Artículo 20 –Incisos 12,13 y 14–. " Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993. // Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley.

// La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al fondo de solidaridad pensional los recursos correspondientes en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional ".

[150] Ley 100 de 1993. Artículo 32 –literal b–. "Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley".

Verifíquese, sobre la naturaleza pública del fondo, los argumentos expuestos por esta Corte en la Sentencia C-378 de 1998. [151] Ley 100 de 1993. Artículo 20 –inciso segundo–.

[152] Ley 100 de 1993. Artículo 20 –incisos noveno y décimo–. "En ningún caso en el régimen de prima media se podrán utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez, para gastos administrativos u otros fines distintos. // Para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes de los actuales y futuros afiliados al ISS, se podrá trasladar recursos de las reservas de pensión de vejez a las de invalidez y sobrevivientes".

[153] Decreto 692 de 1994. Artículo 36 (compilado por el Decreto 1833 de 2016. Artículo 2.2.3.1.5.) "Colpensiones y las cajas, fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene su liquidación, deberán llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración. En relación con los riesgos originados en las pensiones de invalidez y sobrevivientes podrá contratar los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente. En uno u otro caso deberá llevar cuentas separadas de las primas canceladas o de las reservas que debe constituir si asume el riesgo, según las normas que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia" [154] Ley 100 de 1993. Artículo 59 –inciso segundo–. "Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados".

[155] Ley 100 de 1993. Artículo 62. "Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado".

[156] Decreto 1748 de 1995. Artículo 1. (Compilado en el artículo 2.2.16.1.1. del Decreto 1833 de 2016 –inciso 17). "Tipo A (Bonos Pensionales):

Designación dada a los bonos regulados por el Decreto-ley 1299 de 1994 que se expiden a aquellas personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad".

[157] Ley 100 de 1993. Artículo 20 (modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 –inciso tercero–). [158] Ley 100 de 1993. Artículo 70 –inciso segundo–. "El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en virtud de cotizaciones voluntarias, no hará parte del capital para financiar las pensiones de invalidez, salvo que así lo disponga el afiliado, o cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de invalidez. El pensionado por invalidez podrá disponer del monto de las cotizaciones voluntarias no utilizado".

[159] Proyecto de Ley Número 155 de 1992 Senado. Gaceta No. 254 del 30 de julio de 1993. [160] Ley 100 de 1993. Artículo 108 –inciso primero–.

[161] Decreto 1161 de 1994. Artículo 15. [162] Decreto 718 de 1994. Artículo 1 (compilado en el Decreto 1833 de 2016. Artículo 2.2.7.1.1. –numeral primero–).

[163] Ibidem. Numeral segundo. [164] Ibidem. Numeral tercero. [165] Ibidem. Numeral quinto. [166] Ibidem. Numeral sexto. [167] Originada con ocasión de un accidente o enfermedad común que no tengan, en ningún caso, relación con las funciones laborales que cumpla el asegurado.

[168] Cfr., Tablas de mortalidad de inválidos, adoptadas por la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, mediante la Resolución 585 de 1994. Así también, verifíquense las Tablas de Mortalidad de Rentistas Hombres y Mujeres prevista en la Resolución No. 1555 de 2010 suscrita por el Superintendente Financiero de la época.

[169] Superintendencia Financiera. Circular Externa 7 de 1996, título VI, capítulo segundo, numeral 3.2.2.8. Disponible en web: https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/15464 [170] Fedesarrollo (2011). Sostenibilidad del Seguro Previsional en Colombia. Disponible en web:

https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/08/fasecolda-sostenibilidad-dseguro-prevision.pdf [171] Supra II, 6.1. [172] Decreto 1833 de 2016. Artículo 2.2.2.3.1. –numeral 2–.

[173] Ley 100 de 1993. Artículo 113. "Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas: // b) Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización".

[174] Ley 100 de 1993. Artículo 113. "Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas: // a) Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes".

[175] Ley 100 de 1993. Artículo 139. "De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados desde la fecha de publicación de la presente Ley para : // 5. Dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual".

[176] Verifíquese el contenido del Decreto 1299 de 1994 "Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales".

[177] Decreto 1299 de 1994. Artículo 1 –inciso primero–. [178] Decreto 1299 de 1994. Artículo 3 –inciso primero–. [179] Recuérdese que el contenido de esta norma es el siguiente: "(…) el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora.

La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad " (Subrayas fuera de texto).

[180] Supra II, 5.2.2. [181] Cfr., Sentencias T-522 de 2017, T-013 de 2019 o T-411 de 2019. [182] Supra II, 6.4. [183] Ley 100 de 1993. Artículo 33.

[184] Ley 100 de 1993. Artículo 34. [185] Ley 100 de 1993. Artículo 21. [186] Ley 100 de 1993. Artículo 37. [187] Ley 100 de 1993. Artículo 64.

[188] Ley 100 de 1993. Artículo 65. [189] Ley 100 de 1993. Artículo 66. [190] Ley 100 de 1993. Artículo 12. [191] Ley 100 de 1993. Artículo 13 –literal e –.

[192] Supra II, 5.2.2.2. [193] Cfr. Sentencias T-328 de 2017 y SU-140 de 2019, entre otras. [194] Ley 100 de 1993. Artículo 44. [195] Supra I, 6.15.

b . [196] Supra I, 6.15. b . [197] Supra I, 5. [198] Folio 12 del cuaderno principal del expediente. De conformidad con la cédula de ciudadanía que obra en el plenario, el actor nació el 22 de agosto de 1965.

[199] Supra I, 1.2. [200] Ley 100 de 1993. Artículo 41. [201] Supra I, 6.7. [202] Supra, I, 6.15. d . [203] Decreto 1072 de 2015. Artículo 2.2.5.1.44. "El Ministerio del Trabajo realizará visitas de supervisión, inspección y control administrativo, operativo y de gestión financiera de las Juntas de Calificación de Invalidez, y verificará, entre otros aspectos, los tiempos de resolución de casos, la notificación y participación de las partes involucradas en los procesos de calificación, violación de los términos de tiempo y procedimientos del presente capítulo y de la reglamentación del Sistema General de Riesgos Laborales (…)".

[204] Ley 100 de 1993. Artículo 42. " Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de invalidez son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio, sin perjuicio de la segunda instancia que corresponde a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, respecto de las regionales y conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo. // Será conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo, la integración, administración operativa y financiera, los términos en tiempo y procedimiento para la expedición de dictámenes, funcionamiento y la inspección, vigilancia y control de estos aspectos , así como la regionalización del país para los efectos de funcionamiento de las Juntas, escala de honorarios a sus integrantes, procedimientos operativos y recursos de reposición y apelación ". (Subrayas fuera de texto).

[205] Supra I, 6.4.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU313-20.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.