

Sentencia T-257/19



Referencia: Expediente T-7.059.344

Acción de tutela presentada por David Eutiquio Zea López en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones–

Magistrado ponente:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D. C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 5 de julio de 2018, y, en segunda instancia, por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín, el 16 de agosto de 2018, dentro del proceso iniciado por David Eutiquio Zea López en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, con vinculación oficiosa de Zandor Capital S.A. Colombia, la Fiduciaria de Occidente S.A., Savia Salud EPSS y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, mediante auto proferido el 13 de noviembre de 2018 y notificado el 23 de noviembre de 2018.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y solicitud

El 20 de junio de 2018, el señor David Eutiquio Zea López, actuando por conducto de apoderado judicial¹, presentó acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones), con el

¹ El poder otorgado al doctor Iván Darío Vélez Velásquez, obra a folio 6 del cuaderno principal. En adelante, los folios a que se haga referencia corresponderán al cuaderno principal a menos que se señale otra cosa.

propósito de obtener, como mecanismo transitorio, el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social, al estimarlos vulnerados en razón de la negativa de la entidad a autorizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, en su calidad de afiliado y futuro pensionado de la administradora de pensiones².

A continuación se presentan los hechos más relevantes según fueron descritos en la demanda:

1.1. David Eutiquio Zea López (de 55 años³) estuvo vinculado laboralmente a Frontino Gold Mines Limited, primero, con un contrato a término fijo durante 4 meses y 22 días, a partir del 15 de septiembre de 1985, y, segundo, con un contrato a término indefinido entre el 15 de septiembre de 1988 y el 19 de agosto de 2010, término este último en que finalizó por despido sin justa causa. Se afirmó que el accionante inició sus labores con la compañía en superficie y que los últimos años trabajó en socavón, donde sufrió varios accidentes de trabajo debido a las peligrosas labores desempeñadas.

1.2. Mediante la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) aceptó la conmutación de 397 obligaciones pensionales con la empresa Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, en liquidación obligatoria. En dicha resolución, el señor Zea López fue incluido como futuro pensionado por vejez con cargo al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), y cuyo derecho se materializará el 13 de septiembre de 2023, es decir, cuando cumpla sus 60 años⁴.

1.3. En 2011, el señor Zea López presentó demanda ordinaria laboral bajo el radicado No. 05001310500620110089400, en contra de la empresa Frontino Gold Mines Limited en liquidación, Zandor Capital S.A. Colombia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Positiva Compañía de Seguros S.A., con la finalidad de que se declarara la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y la sociedad Frontino Gold Mines Limited, además de la existencia de sustitución patronal entre esta y Zandor Capital S.A. Colombia, entre otras pretensiones derivadas de los anteriores reconocimientos.

1.4. Del proceso tuvo conocimiento el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín. Mediante la sentencia No. 020 del 27 de febrero de 2015, primero, declaró que existió el fenómeno jurídico de la sustitución patronal entre Frontino Gold Mines Limited (para la fecha ya liquidada) y Zandor Capital S.A. Colombia; segundo, declaró que entre la empresa Frontino Gold Mines Limited y el demandante David Eutiquio Zea López existió un contrato de trabajo, siendo el último desde el 15 de septiembre

² La demanda y sus anexos obran a folios 1 al 52.

³ A folio 7 obra fotocopia de la cédula de ciudadanía en donde se indica que el señor Zea López nació el 13 de septiembre de 1963.

⁴ A folios 8 al 46 aparece fotocopia parcial de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011 “Por la cual se acepta una conmutación pensional”, emanada del Instituto de Seguros Sociales.

de 1988 hasta el 19 de agosto de 2010, terminado por decisión unilateral de la sociedad accionada; tercero, declaró que el accionante padecía una pérdida de capacidad laboral del 52,07%, catalogada como una enfermedad de origen común y estructurada a partir del 23 de enero de 2003⁵; cuarto, condenó a la sociedad Zandor Capital S.A. Colombia, como sucesora procesal de Frontino Gold Mines, a pagar al señor Zea López la suma de \$3.810.960, en razón de los \$21.172 devengados diariamente, por concepto de indemnización por haber sido despedido en estado de debilidad, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 2007; y quinto, declaró probada la excepción de falta de sustento legal y material para proceder al reintegro, propuesta por el apoderado judicial de la sociedad Frontino Gold Mines⁶.

1.5. La anterior decisión fue confirmada parcialmente en segunda instancia por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a través de la sentencia No. 247 del 19 de octubre de 2017⁷. En esa oportunidad, el Tribunal revocó el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín, para, en su lugar, declarar que entre Frontino Gold Mines Ltda. hoy liquidada y la empresa Zandor Capital S.A. Colombia no se presentó sustitución patronal⁸. Adicionalmente, modificó el numeral cuarto *“solo en el sentido de que la condena impuesta corre a cargo de la Extinta Frontino, asumiéndose el pago la misma (sic) con los ‘recursos dispuestos en el Fideicomiso 3-1-2369 denominado Fiduooccidente - Zandor Capital’”*⁹.

1.6. El 16 de abril de 2018, bajo el radicado 2018_4241859, el señor Zea López le solicitó a Colpensiones que autorizara y ordenara la calificación de la pérdida de capacidad laboral, en su calidad de afiliado y futuro pensionado de la entidad¹⁰. Lo anterior, al considerar que desde la última calificación *“ha padecido un aumento progresivo de las dolencias que lo aquejan y de sus limitaciones para trabajar”*¹¹.

1.7. La Dirección de Medicina Laboral de la entidad, en respuesta a la anterior solicitud, mediante comunicación No. 2018_4246009 del 25 de abril de 2018, negó la calificación de la pérdida de capacidad laboral al verificar que el señor Zea López no se encuentra afiliado al régimen de prima media administrado por

⁵ A folios 48 al 52 obra fotocopia del dictamen de merma de capacidad laboral del señor David Eutiquio Zea López, realizado por el Laboratorio de Salud Pública de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, con fecha de evaluación del 10 de noviembre de 2014. En dicho documento se describe un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 52,07% (deficiencia 24,42%, discapacidad 6,9% y minusvalía 20,75%), estado invalidez, con fecha de estructuración de la lesión del 23 de enero de 2003, y calificada como una enfermedad de origen común.

⁶ El fallo obra a folios 54 al 73.

⁷ El fallo obra a folios 74 al 83.

⁸ Lo anterior, bajo el argumento de que no hubo continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante en la empresa Zandor Capital S.A., requisito que se suma al del cambio de un patrono por otro y a la continuidad de la empresa, para que se produzca el fenómeno jurídico de la sustitución de empleadores (folios 12, reverso, y 13).

⁹ Folio 19, reverso.

¹⁰ El escrito obra a folios 87 al 89.

¹¹ Folio 88.

Colpensiones, razón por la que expresó que no era competente para atender la petición¹².

1.8. El accionante señaló que en la actualidad se encuentra desempleado; que es padre cabeza de familia, pues tiene a cargo a su esposa y un hijo; y que se encuentra afiliado al Sisbén, por lo que le resulta imposible aportar sus incapacidades y el concepto de rehabilitación¹³.

1.9. La demanda concluyó que resulta reprochable la respuesta dada por Colpensiones, debido a que el señor Zea López hizo parte de la conmutación pensional a cargo de Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, hoy liquidada, según la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, debidamente aceptada por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), razón por la que debería estar afiliado a dicha entidad, máxime cuando fue incluido como futuro pensionado por vejez, cuyo derecho se materializará el 13 de septiembre de 2023.

1.10. En razón de lo anterior, solicitó que se ordene a Colpensiones que proceda a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, en su calidad de afiliado y futuro pensionado por dicha entidad.

2. Respuesta de la entidad demandada

Mediante auto del 21 de junio de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, admitió la acción de tutela y corrió traslado de la misma a Colpensiones.

El 26 de junio de 2018, el director de acciones constitucionales de la gerencia de defensa judicial de Colpensiones¹⁴ solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela presentada por el señor Zea López, en razón del desconocimiento del requisito de subsidiaridad. Sostuvo que mediante oficio del 25 de abril de 2018, Colpensiones resolvió la petición del accionante indicándole que el fondo no es competente para iniciar el proceso de clarificación de la pérdida de capacidad laboral, y que en caso de presentar algún desacuerdo con la respuesta debía acudir al juez laboral, de conformidad con el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. Lo anterior, debido a que el juez constitucional no tiene competencia para realizar un análisis

¹² La respuesta obra a folio 90. En el documento se lee: “[...] esta entidad no es competente para iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral de su poderdante, ya que no está a cargo de nosotros dicha obligación, al no estar actualmente afiliado a nuestra entidad, igualmente advertimos que revisada la resolución aportada encontramos que la misma se encuentra incompleta”.

¹³ A folio 84 obra certificado del Sisbén del señor David Eutiquio Zea López, con corte al mes de abril de 2018, en el que aparece un puntaje de 46,72, del municipio de Remedios, Antioquia. A folio 85 aparece informe del SISPRO y el RUAFA, fechado el 15 de junio de 2018, en el que se indica que no se han reportado afiliaciones para el señor David Eutiquio Zea López ni a pensiones ni a riesgos laborales, estando afiliado en salud a Savia Salud del régimen subsidiado.

¹⁴ Doctor Diego Alejandro Urrego Escobar.

de fondo en relación con una solicitud de calificación de la pérdida de capacidad laboral¹⁵.

3. Decisión que se revisa del juez de tutela de primera instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, mediante sentencia del 5 de julio de 2018, concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor David Eutiquio Zea López, al considerar que la conducta de Colpensiones no está justificada y está violando su derecho a la seguridad social. Consecuencialmente, le ordenó a la entidad que, dentro del término de 48 horas hábiles siguientes a la notificación del fallo, procediera a realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Zea López¹⁶. En el fallo se plantearon los siguientes argumentos:

“[...] en principio, el accionante dispone de las acciones ordinarias laborales para controvertir la decisión de la accionada de negarse a calificar su pérdida de capacidad laboral argumentando que el afectado no está afiliado a dicha entidad. Sin embargo, analizando en concreto, dicho mecanismo de defensa judicial no resulta lo suficientemente eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable a los derechos fundamentales invocados, por cuanto se trata de una calificación que el afectado necesita con el fin de obtener una pensión de invalidez, debiendo además, afrontar una situación de desempleo por su misma discapacidad que le impide desempeñarse laboralmente en condiciones normales.

Ahora respecto al argumento esgrimido por COLPENSIONES para negarle la calificación al afectado, no procede pues está probado que mediante Resolución 0425 del 11 de marzo de [2011], la accionada aceptó una conmutación pensional con la empresa FRONTINO GOLD MINES LIMITED, de los futuros pensionados que es el caso del afectado, quien se encuentra incluido en el listado anexo a la mencionada resolución, y que por situación de enfermedad laboral necesita de la calificación de pérdida de capacidad laboral para acceder a la pensión de invalidez; calificación que le corresponde hacer a COLPENSIONES según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012”¹⁷ (mayúsculas originales).

4. Impugnación

El 10 de julio de 2018, el director de acciones constitucionales de la gerencia de defensa judicial de Colpensiones¹⁸ impugnó la sentencia de primera

¹⁵ El escrito obra a folios 93 al 95.

¹⁶ La sentencia obra a folios 100 a 102.

¹⁷ Folio 101.

¹⁸ Doctor Diego Alejandro Urrego Escobar. El escrito obra a folios 103 al 105.

instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela, en relación con el carácter subsidiario de la misma.

5. Decisión que se revisa del juez de tutela de segunda instancia

La Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 16 de agosto de 2018, revocó el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, y, en consecuencia, declaró improcedente la acción de tutela al constatar que Colpensiones no tiene competencia para iniciar el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante, pues dicho trámite le corresponde a la EPS del régimen subsidiado a la cual se encuentra afiliado el señor Zea López, de conformidad con el artículo 142 del Decreto 19 de 2012¹⁹.

Para sustentar su decisión refirió la Resolución No. 0425 de 2011, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales aceptó la conmutación pensional con la empresa Frontino Gold Mines Limited, en la que aparece el señor David Eutiquio Zea López dentro de un grupo preestablecido como “*futuros pensionados a cargo exclusivo del empleador*” (ítem 393). Señaló:

“En dicha clasificación no se informa que el empleador del accionante se haya subrogado en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, para que a partir de ese momento se reconozca como afiliado, precisamente con ocasión de la conmutación pensional; de hecho, en uno de los apartes del acto administrativo [folio 41] se consigna que la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales se limita exclusivamente a pagar el valor de las mesadas pensionales incluidas en el cálculo actuarial que hace parte integral de la resolución, así como convalidar los tiempos de los trabajadores activos y retirados de la empresa FRONTINO GOLD MINES LIMITED EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, siendo éste último el caso del accionante, quien tiene cincuenta y cinco (55) años de edad.

De manera que, si David Eutiquio Zea López no ha estado afiliado a ningún fondo de pensiones; pero hace parte del sistema de salud a través del régimen subsidiado y en la actualidad demanda que se le califique la pérdida de la capacidad laboral, su pretensión debe ser dirigida a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado”²⁰ (mayúsculas originales).

6. Actuaciones en sede de revisión

¹⁹ El fallo obra a folios 111 a 113.

²⁰ Folio 112.

6.1. El 15 de enero de 2019, el director de acciones constitucionales con funciones asignadas de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Legales de Colpensiones²¹ radicó oficio BZ2019_213150, en el que solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado por falta de vinculación de terceros con interés directo en la decisión. Subsidiariamente, peticionó que se vincule al proceso constitucional a Zandor Capital S.A. Colombia y a la Fiduciaria de Occidente S.A., y que se desvincule a Colpensiones por no ser competente para asumir los gastos de calificación de la pérdida de capacidad laboral ni de pagar la pensión de invalidez del accionante²².

En esa oportunidad, planteó argumentos relacionados con el incumplimiento del requisito de subsidiaridad y la falta de legitimación en la causa por pasiva de Colpensiones, debido a que dicha entidad no es competente para resolver la petición referente a la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Zea López ni una eventual solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ya que no se encuentra afiliado al fondo de pensiones de prima media; siendo beneficiario de una conmutación pensional futura a través de la cual se concede el beneficio patronal de jubilación a los 60 años de edad, acorde a lo descrito en la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011. Precisó que las obligaciones referidas estarían a cargo de la sociedad Zandor Capital S.A. Colombia, como sucesora procesal de Frontino Gold Mines, y de la Fiduciaria de Occidente S.A., en razón del contrato de Fiducia Mercantil suscrito por el liquidador de la empresa Frontino Gold Mines Limited y dicha fiduciaria. Finalmente, en relación con la conmutación pensional, explicó:

“[...] La jurisprudencia laboral ha indicado que, en el evento de conmutación²³ parcial, como sucede en el caso del señor Zea López toda vez que el riesgo de invalidez no fue normalizado, corresponde al empleador jubilante o quien haga sus veces asumir la diferencia o la contingencia que no se trasladó²⁴. Dentro del capital constitutivo que Frontino Gold Mines constituyó a favor del ISS solamente obra una pensión futura, exigible a la edad de 60 años, por un monto de \$1.197.724.00.

2.2.2.1. Valga anotar que el caso específico de Frontino, previendo la existencia de contingencias futuras, el liquidador de la empresa suscribió un contrato de Fiducia Mercantil con la Fiduciaria de Occidente S.A. En dicho negocio jurídico se pactó lo siguiente:

“PAGO DE CONTINGENCIAS PENSIONALES Y LABORALES: *Hasta el cincuenta por ciento (50%) de los recursos anuales del FONDO SOCIAL al pago de (i) las*

²¹ Doctor Diego Alejandro Urrego Escobar.

²² El escrito obra a folios 20 al 24 del cuaderno de revisión.

²³ Explicó que la conmutación es un negocio jurídico en el que una entidad de seguridad social o aseguradora, se hace cargo de una pensión, previa constitución de un cálculo actuarial (folio 23, reverso, del cuaderno de revisión).

²⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 20 de abril de 2016, radicado 45023. Cita original.

obligaciones litigiosas de FRONTINO, notificadas hasta la terminación del proceso liquidatorio de FRONTINO en relación con los temas pensionales y laborales ... así como las obligaciones litigiosas del instituto de Seguros Sociales derivadas de la conmutación pensional de FRONTINO, de acuerdo a las sentencias ejecutoriadas proferidas, atendiendo la exigibilidad de las mismas”.

En suma, no es competencia de Colpensiones asumir gastos de calificación o pagar la pensión de invalidez del accionante, en la medida que dicho riesgo no fue conmutado y, por contera, es responsabilidad de Frontino Gold Mines. A esto se añade que para atender contingencias, se constituyó un encargo fiduciario que sufragaría las obligaciones litigiosas de dicho empleador. Ordenar a Colpensiones el pago de la pensión o cancelar gastos de calificación, supondría nacionalizar una deuda privada; pasivo que además se provisionó en un contrato de fiducia mercantil.

Todo lo anterior, desde luego, no significa que Colpensiones, una vez cumplida la condición relativa a la edad (60 años), desatienda su obligación contractual de pagar una pensión de vejez futura.

2.2.2.2. Extrapolando las reglas establecidas en la Fiducia Mercantil al caso *sub judice*, Zandor Capital S.A. y Fiduciaria de Occidente S.A., [...] son directamente responsables de realizar los trámites de evaluación de pérdida de capacidad laboral ante cualquier Junta Regional o Seccional de Pérdida de Capacidad Laboral y si se lograre otorgar un porcentaje de invalidez mayor al 50%, sea de origen común o laboral, el reconocimiento prestacional estaría bajo su directa óptica debido a las circunstancias especialísimas del caso y adicionando que el señor Zea López hace parte de los trabajadores exceptuados [de acuerdo con el artículo 279, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993].

2.2.2.3. Resulta pertinente exponer que el deseo del señor Zea López es la evaluación de pérdida de la capacidad laboral y al prever que Colpensiones no es la entidad competente de realizarla ya que dicha competencia recae únicamente frente a las solicitudes interpuestas por sus afiliados y el núcleo familiar de los mismos, sería necesario seguir las reglas establecidas en el Decreto 1352 de 2013, “*Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones*”, donde sería su empleador FRONTINO o los hoy encargados Zandor Capital S.A. Colombia y la Fiduciaria de Occidente S.A., acorde a los aspectos determinados en la Fiducia

Mercantil suscrita entre ambas partes”²⁵ (mayúsculas y cursivas originales).

Con el escrito fueron aportadas las siguientes pruebas:

- Fotocopia de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011²⁶.
- Fotocopia de la solicitud de evaluación de la pérdida de capacidad laboral No. 2018_4241859 del 16 de abril de 2018²⁷.
- Fotocopia de la comunicación No. 2018_4246009 del 25 de abril de 2018, expedida por Colpensiones²⁸.
- Dictamen de merma de capacidad laboral del señor David Eutiquio Zea López, realizado por el área ocupacional del Laboratorio de Salud Pública de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, el 10 de noviembre de 2014. En dicho documento se indica un porcentaje total de pérdida de capacidad laboral del 52,07% con fecha de estructuración del 23 de enero de 2003²⁹.
- Fotocopia del expediente administrativo que reposa en la entidad³⁰.
- Fotocopia del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado entre Zandor Capital S.A. Colombia y la Fiduciaria de Occidente S.A., el 3 de agosto de 2010³¹.

6.2. La Sala Quinta de Revisión, mediante auto del 13 de febrero de 2019³², vinculó al trámite a Zandor Capital S.A. Colombia, a la Fiduciaria de Occidente S.A., a Savia Salud EPSS y a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia. Adicionalmente, con el fin de obtener elementos de juicio para adoptar una decisión más informada en el caso objeto de análisis, decretó las siguientes pruebas:

6.2.1. Ofició a Zandor Capital S.A. Colombia y a la Fiduciaria de Occidente S.A., para que se pronunciaran sobre los hechos discutidos y que están relacionados con la solicitud de calificación de la pérdida de capacidad laboral que realizara el señor David Eutiquio Zea López a Colpensiones, y la negativa por parte de esta última. En concreto, les requirió que se pronunciaran acerca de la competencia y responsabilidad que tienen en relación con dicha solicitud, en razón de sus vínculos con la empresa Frontino Gold Mines Limited, hoy liquidada.

6.2.2. Ofició a Savia Salud EPSS y a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, para que se pronunciaran sobre los hechos discutidos y, en concreto, acerca de la competencia y responsabilidad que tienen

²⁵ Folios 23 (reverso) y 24 del cuaderno de revisión.

²⁶ Folios 25 al 117 del cuaderno de revisión.

²⁷ Folios 118 y 119 del cuaderno de revisión.

²⁸ Folio 96 del cuaderno de revisión.

²⁹ Folios 123 al 128 del cuaderno de revisión.

³⁰ Folios 129 al

³¹ Folios 159 al 173 del cuaderno de revisión.

³² Folios 177 al 180 del cuaderno de revisión.

en relación con la solicitud de calificación de la pérdida de capacidad laboral que realizara el señor Zea López a Colpensiones, en razón del actual vínculo que tiene la Entidad Promotora de Salud para el régimen subsidiado con el accionante.

6.2.3. Ofició al apoderado judicial del señor David Eutiquio Zea López, doctor Iván Darío Vélez Velásquez, para que informara: (i) cómo está conformado el núcleo familiar que depende económicamente del señor Zea López, anexando los respectivos registros civiles o las pruebas pertinentes y conducentes para la demostración de los vínculos respectivos; (ii) si en la actualidad el accionante se encuentra trabajando y en caso de que no, precise con qué recursos está asumiendo las obligaciones alimentarias de ley; (iii) los gastos mensuales de vivienda, alimentación, servicios públicos, educación y otros; (iv) desde qué fecha el señor Zea López está desafiliado del sistema general de seguridad social en pensiones; (v) desde qué fecha está afiliado al sistema general de seguridad social en salud en el régimen subsidiado, y si en la actualidad continúa dicha afiliación; (vi) la actual condición de salud del señor Zea López, anexando copia de la historia clínica; y (vii) acerca de nuevos hechos que sean útiles para el trámite de revisión.

6.3. Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

6.3.1. El 20 de febrero de 2019, el representante legal para asuntos prejudiciales y judiciales de la Fiduciaria de Occidente S.A. (Fiduoccidente S.A.)³³, en calidad de vocera y administradora del Encargo Fiduciario No. 3-1-2369 denominado Fiduoccidente - Zandor Capital³⁴, solicitó desestimar la acción de tutela toda vez que ni la compañía fiduciaria ni el fideicomiso por ella administrado son los llamados a atender requerimientos propios del sistema general de seguridad social, en concreto, gestionar la solicitud de calificación de la pérdida de capacidad laboral, debido a que no tienen ningún vínculo jurídico ni con el señor Zea López ni con la extinta Frontino Gold Mines Limited³⁵. Adicionalmente, sostuvo que la situación narrada por el accionante no puede ser enmarcada como una de las obligaciones litigiosas destinadas a ser cubiertas con los recursos objeto del fideicomiso referido, que tiene una destinación específica³⁶.

³³ Doctor Carlos Augusto Báez Solórzano. A folio 201 aparece copia del certificado de existencia y representación legal de Fiduoccidente S.A.

³⁴ Contrato celebrado el 3 de agosto de 2010 con el objeto, entre otros, de administrar los recursos dinerarios transferidos por Zandor Capital S.A. Colombia (hoy Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia) al Fideicomiso, para la conformación del Fondo Social con cargo al cual se pagarán unos créditos y contingencias puntuales y claramente definidos en el negocio fiduciario (folio 192 del cuaderno de revisión). Explicó que la constitución del Encargo Fiduciario No. 3-1-2369 tuvo como causa un contrato de promesa de compraventa de activos de Frontino Gold Mines Limited, suscrito entre esta y Zandor Capital S.A. Colombia (folio 194 *ibid.*).

³⁵ El escrito obra a folios 192 al 200 del expediente de revisión.

³⁶ Al respecto, señaló: “3. Dentro del clausulado del Contrato de Fiducia Mercantil administrado por Fiduoccidente, fue establecida como destinación específica, la cancelación de los siguientes conceptos: || (i) las obligaciones litigiosas de Frontino Gold Mines Ltd. ELO, notificadas hasta la terminación del proceso liquidatorio, en relación con temas pensionales y laborales, de acuerdo con las sentencias ejecutoriadas proferidas, atendiendo la exigibilidad de las mismas; || (ii) los costos de defensa de reclamos y demandas, así como las obligaciones litigiosas del Instituto de Seguros Sociales derivadas de la conmutación pensional de Frontino Gold Mines Ltd. ELO, de acuerdo con las sentencias ejecutoriadas proferidas, atendiendo a la

Planteó que atendiendo a lo estipulado en la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, sin lugar a dudas, en el caso que se estudia existió el fenómeno jurídico de la subrogación de pasivos pensionales en virtud del perfeccionamiento de la conmutación pensional llevada a cabo entre la extinta Frontino Gold Mines y el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), independientemente del tipo de conmutación (total o parcial). Ello implica que la responsabilidad de la obligación pensional fue trasladada a Colpensiones.

Explicó que con el mandato fiduciario constituido por Zandor Capital S.A. Colombia (hoy Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia), esta *“no adquirió la posición de empleador de los trabajadores o pensionados de la hoy extinta Frontino, motivo por el cual ni Gran Colombia Gold, ni el mandato fiduciario por el constituido, tiene la obligación ni la vocación de remplazar a Frontino en sus asuntos, pues la compañía Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia tan solo fue adquirente de Activos y en modo alguno de pasivos o derechos litigiosos provenientes de Frontino Gold Mines”*³⁷.

Señaló que las obligaciones que se discuten en el presente trámite en relación con el accionante fueron conmutadas con cargo a Colpensiones, según la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, y que el Encargo Fiduciario No. 3-1-2369 Fiduoccidente - Zandor Capital, administrado por Fiduoccidente S.A., ha cumplido a cabalidad con las obligaciones a su cargo respecto del señor Zea López, pues hasta el momento le canceló de manera efectiva y oportuna la condena impuesta en la sentencia No. 247 del 19 de octubre de 2017, proferida por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el marco del proceso laboral por él iniciado en contra de la extinta Frontino Gold Mines (rad. 05001310500820110089401)³⁸.

exigibilidad de las mismas; y (iii) los créditos graduados laborales y pensionales no pagados durante la liquidación de Frontino Gold Mines Ltd. ELO. || 4. Respecto a la petición del accionante David Eutiquio Zea, relativa a la solicitud de **Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral**, tal y como puede observarse dentro de los fines específicos de que trata el clausulado del mandato fiduciario No. 3-1-2369, no se encuentra relacionado el reconocimiento y pago de tratamientos médicos o remisiones de exempleados de la ahora extinta Frontino Gold Mines, ante las diversas juntas de calificación de invalidez, por lo que dicha situación en modo alguno puede entenderse como a su cargo, motivo por el cual, mis representadas no son competentes, ni responsables de suministrar la asistencia deprecada por [el] señor Zea López, toda vez que los fideicomisos tan solo pueden llevar a cabo, los fines estricta y expresamente estipulados dentro del contrato de fiducia mercantil como uno de sus fines dentro de la destinación específica. || 5. Tanto la Fiducia como el encargo fiduciario No. 3-1-2369, son simples depositarios de fondos, los cuales cuentan, con la destinación específica consagrada en el contrato de Fiducia Mercantil, el cual es además administrado, por un comité fiduciario creado para tal fin en el ya referido contrato fiduciario” (folio 192 del cuaderno de revisión).

³⁷ Folio 194 del cuaderno de revisión. Precisó que mediante el Auto 400-015767 del 28 de octubre de 2014, fue aprobada la rendición final de cuentas y declarada la terminación del proceso de liquidación obligatoria de Frontino Gold Mines Limited (folio 196, reverso).

³⁸ Precisó: “En fecha 13 de marzo de 2018, el señor Zea radicó ante la compañía Fiduciaria de Occidente S.A., [...] cuenta de cobro, acompañada de copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia, así como copia de su documento de identidad, solicitando la cancelación de la condena impuesta a la hoy extinta Frontino Gold Mines. [...] || El monto de dicha condena le fue efectivamente cancelada (sic) al actor por parte del Fideicomiso Zandor Capital en el mes de abril de 2018, conforme al clausulado contractual del mandato fiduciario No. 3-1-2369 [...], hecho del cual dejó constancia expresa por parte del hoy accionante, al suscribir y autenticar ante el Notario Segundo del Círculo de Bello Antioquia, los documentos denominados “ACTA DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LITIGIOSAS DE FRONTINO GOLD MINES LTD. ELO A

Con el escrito de respuesta el representante de Fiduoccidente S.A. allegó las siguientes pruebas:

- Fotocopia de la promesa de compraventa del 29 de marzo de 2010, celebrada entre Frontino Gold Mines (en liquidación obligatoria) y Zandor Capital S.A. Colombia³⁹.
- Fotocopia de los Anexos 6A y 6B de la promesa de compraventa antes referida, relacionados con los compromisos laborales y en materia de salud y el compromiso de pago de aportes sociales⁴⁰.
- Fotocopia del Acta de perfeccionamiento de la compraventa prometida mediante contrato del 31 de marzo de 2010, suscrita entre Frontino Gold Mines (en liquidación obligatoria) y Zandor Capital S.A. Colombia el 18 de agosto de 2010⁴¹.
- Fotocopia del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos constitutivo del Fideicomiso Fiduoccidente - Zandor Capital Colombia, suscrito entre Zandor Capital S.A. Colombia y la Fiduciaria de Occidente S.A., el 3 de agosto de 2010⁴².
- Fotocopia del Otrosí 1 al contrato de fiducia mercantil irrevocable antes referido, suscrito el 4 de marzo de 2011⁴³.
- Fotocopia del Otrosí 2 al contrato de fiducia mercantil irrevocable, suscrito el 8 de marzo de 2011⁴⁴.
- Fotocopia del Auto 405-003971 del 12 de julio de 2012, emanado de la Superintendencia de Sociedades, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el Auto 405-006364 del 26 de junio de 2012, en el cual se ordena la ejecución parcial del plan de pagos como una de las etapas últimas del trámite liquidatorio⁴⁵.
- Fotocopia del Auto 400-015767 del 28 de octubre de 2014, emanado de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se aprueba la rendición final de cuentas, se declara terminado el proceso de liquidación obligatoria y se hacen advertencias a Colpensiones y al Ministerio de Trabajo⁴⁶.

CARGO DEL FONDO SOCIAL DEL FIDEICOMISO 3-1-2369 ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A.”, así como, la solicitud de terminación y archivo del proceso laboral ordinario por extinción de la obligación de pago” (mayúsculas originales). Folio 198 del cuaderno de revisión.

³⁹ Folios 204 al 216 del cuaderno de revisión.

⁴⁰ Folios 218 y 219 del cuaderno de revisión. En el literal d) del numeral 1.1. del Anexo 6A se lee: “EL COMPRADOR no aceptará la sustitución patronal o cesión de contratos de trabajo, y como consecuencia de ello no asumirá ninguna obligación laboral, parafiscal, colectiva, o de cualquier otra índole equivalente que pudiera tener FRONTINO con sus trabajadores o extrabajadores” (folio 218).

⁴¹ Folios 220 al 222 del cuaderno de revisión.

⁴² Folios 225 al 239 del cuaderno de revisión.

⁴³ Folios 242 al 248 del cuaderno de revisión.

⁴⁴ Folios 251 al 253 del cuaderno de revisión.

⁴⁵ Los dos autos referenciados obran a folios 254 al 263 del cuaderno de revisión.

⁴⁶ Folios 264 al 268 del cuaderno de revisión. Al respecto se lee: “ARTÍCULO OCTAVO: ADVERTIR que el Ministerio del Trabajo y Colpensiones son los responsables de emitir las resoluciones que quedan pendientes para formalizar la normalización pensional la cual ya se encuentra debidamente pagada de acuerdo con la Resolución que para el efecto expidió el instituto de Seguros Sociales en su debido momento y darle a cada uno el status correspondiente, no pudiendo este juez permitir aún más la dilación del presente trámite de insolvencia, el cual ya agotó su objetivo dentro del marco de la ley 222 de 1995” (folio 268 *ibíd.*).

- Fotocopia del Acta No. 20 del 26 de noviembre de 2014, suscrita por el Comité Fiduciario para la administración del Fideicomiso No. 3-1-2369, dentro de la cual se encuentran relacionadas las contingencias litigiosas de orden laboral, notificadas a Frontino Gold Mines hasta la fecha de finalización del trámite liquidatorio⁴⁷.
- Fotocopia de parte de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, por la cual se adopta una conmutación pensional⁴⁸.

6.3.2. El 22 de febrero de 2019, el secretario seccional de salud y protección social de Antioquia⁴⁹ y el director de gestión integral de recursos⁵⁰ de la Gobernación de Antioquia, solicitaron desestimar la acción de tutela presentada por el señor Zea López, en lo que a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia corresponda, toda vez que no ha desconocido derechos fundamentales del accionante, pues no tiene competencia para autorizar u ordenar la calificación de la pérdida de capacidad laboral. Lo anterior, porque de conformidad con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la 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–, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias⁵¹.

Adicionalmente, señaló que la Secretaría no tiene incidencia en las actuaciones que se adelanten en materia de calificaciones de la pérdida de capacidad laboral de los afiliados a la EPSS Savia Salud, pues esta cuenta con capacidad financiera, autonomía presupuestal e independencia en relación con las entidades que conforman la Alianza Medellín Antioquia EPS - SAS (Comfama-Alcaldía de Medellín-Gobernación de Antioquia).

6.3.3. El 26 de febrero de 2019, el representante legal judicial principal de Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia (antes Zandor Capital S.A. Colombia)⁵² solicitó desestimar la petición del accionante en lo que corresponde a su representada, debido a que en ningún momento ha tenido vínculo laboral con él y, por lo mismo, no ha vulnerado sus derechos fundamentales. Adicionalmente, señaló que no es responsable de asumir la calificación de la pérdida de capacidad laboral, pues la misma, de conformidad con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, debe estar en cabeza de la EPS o de Colpensiones⁵³.

⁴⁷ Folios 273 al 282 del cuaderno de revisión.

⁴⁸ Folios 285 al 330 del cuaderno de revisión.

⁴⁹ Doctor Carlos Mario Montoya Serna.

⁵⁰ Doctor Juan Esteban López Palacio.

⁵¹ El escrito obra a folios 333 y 334 del cuaderno de revisión.

⁵² Doctor Alejandro Ramírez Echeverry. En CD obrante entre folios 348 y 349 aparece copia del certificado de existencia y representación legal de Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia.

⁵³ El escrito obra a folios 338 al 348 del cuaderno de revisión.

Agregó que entre Gran Colombia Gold y Frontino Gold Mines Limited no fue declarada la sustitución patronal, ya que el negocio jurídico celebrado entre las empresas tuvo como objeto exclusivo la compraventa de algunos activos físicos, sin que en ningún momento hubiera cesión de contratos laborales entre las mismas u otra clase de obligación. Así, expresó que la empresa no tiene obligación alguna con el señor Zea López.

Adicionalmente, expuso que el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado entre Zandor Capital S.A. Colombia y la Fiduciaria de Occidente S.A., se realizó en cumplimiento de lo pactado en la promesa de compraventa suscrita con Frontino Gold Mines Limited y como una forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones insolutas a cargo de esta última, sin que se pueda de ello derivar responsabilidad alguna en cabeza de la empresa que representa respecto de deudas u obligaciones de Frontino Gold Mines frente a sus extrabajadores. Por lo tanto, sostuvo que *“ES ERRADA la afirmación realizada por el Director de Acciones Constitucionales con funciones asignadas de Jefe de la Oficina asesora de Asuntos Legales de Colpensiones, [acerca de] que la realización de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor DAVID EUTIQUIO ZEA, o un eventual reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de este último estaría a cargo de ZANDOR CAPITAL S.A. COLOMBIA, ni mucho menos que sea sucesora procesal de FRONTINO GOLD MINES LIMITED en razón del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la empresa que represento y FIDUCIARIA DE OCCIDENTE”*⁵⁴ (mayúsculas originales).

Finalmente, señaló que en razón de la conmutación pensional aceptada por el Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución No. 0425 de 2011, en relación con las obligaciones pensionales y títulos pensionales de trabajadores activos y retirados que estaban a cargo de Frontino Gold Mines Limited, tal como lo es el señor Zea López, se configura la subrogación pensional en cabeza de Colpensiones.

Con el escrito de respuesta el representante de Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia allegó las siguientes pruebas relevantes⁵⁵:

- Copia de la promesa de compraventa del 29 de marzo de 2010, celebrada entre Frontino Gold Mines (en liquidación obligatoria) y Zandor Capital S.A. Colombia.
- Fotocopia de los Anexos 6A, 6B y 6C de la promesa de compraventa antes referida.
- Copia del Acta de perfeccionamiento de la compraventa prometida mediante contrato del 31 de marzo de marzo de 2010, fechada el 18 de agosto de 2010.
- Copia del contrato de fiducia mercantil suscrito entre Zandor Capital S.A. Colombia y la Fiduciaria de Occidente S.A., el 3 de agosto de 2010.

⁵⁴ Folio 340 del cuaderno de revisión.

⁵⁵ Ver CD obrante entre folios 348 y 349.

6.3.4. El 28 de febrero de 2019, el gerente asignado de defensa judicial de Colpensiones⁵⁶ radicó oficio BZ2019_2720167, en el que señaló que *“el pago de las obligaciones pensionales de FRONTINO, no conmutadas o conmutadas por un valor inferior, al que sea reconocido jurídicamente por motivos diferentes al riesgo de cambio normativo o jurisprudencial, está a cargo de la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. a través del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO FIDUOCCIDENTE-ZANDOR CAPITAL COLOMBIA”* (mayúsculas y negrillas originales)⁵⁷.

Agregó que verificada la reserva actuarial constituida por Frontino Gold Mines (liquidada) a favor del señor Zea López *“no aparece una partida que cubra el riesgo de invalidez, lo cual significa que esa contingencia no se normalizó por conducto de la conmutación”*⁵⁸.

6.3.5. El 1 de marzo de 2019, el apoderado judicial del señor David Eutiquio Zea López dio respuesta a las preguntas formuladas en el auto del 13 de marzo de 2019. Señaló: (i) el núcleo familiar que depende económicamente del accionante está conformado por su cónyuge Nori Rosalba Lenis Chaverra⁵⁹ y su hijo mayor de edad Juan Pablo Zea Lenis⁶⁰, quien presenta limitaciones visuales; (ii) en la actualidad el señor Zea López no se encuentra trabajando y asume sus obligaciones alimentarias gracias a la caridad de amigos y familiares, y con los recursos ocasionalmente percibidos por su esposa en labores domésticas; (iii) desde la fecha de retiro de la empresa Frontino Gold Mines Limited, esto es, el 19 de agosto de 2010⁶¹, está desafiliado del sistema general de seguridad social en pensiones; (iv) en la actualidad se encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en salud, en el régimen subsidiado, por su

⁵⁶ Doctor Diego Alejandro Urrego Escobar.

⁵⁷ Folio 362 del cuaderno de revisión. Transcribió el artículo sexto de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, que dispone: “El pago de las obligaciones litigiosas contra el Instituto de Seguros Sociales, derivadas de las obligaciones pensionales de FRONTINO, no conmutadas o conmutadas por un valor inferior, al que sea reconocido judicialmente por motivos diferentes al riesgo de cambio normativo o jurisprudencial, será asumido por la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A a través del patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO FIDUOCCIDENTE-ZANDOR CAPITAL COLOMBIA”, teniendo en cuenta que la conmutación pensional se llevó a cabo por las personas relacionadas en la Resolución o sus sustitutos y por los montos discriminados en el cálculo actuarial, sin incluir los riesgos derivados de las liquidaciones erróneas de las obligaciones pensionales efectuadas por la entidad FRONTINO GOLD MINES LIMITED EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, de conformidad con lo señalado en los considerados del presente acto administrativo” (folio 60 *ibíd.*).

⁵⁸ Folio 362 (reverso) del cuaderno de revisión.

⁵⁹ A folios 367 y 368 del cuaderno de revisión obran, en su orden, fotocopia de la partida de matrimonio de la Diócesis de Santa Rosa de Osos, parroquia Nuestra Señora de los Dolores de Segovia, Antioquia, en donde se lee que el 16 de mayo de 1987 contrajeron matrimonio David Eutiquio Zea López y Nori Rosalba Lenis Chaverra (actualmente con 53 años); y fotocopia del certificado parroquial de registro en el libro 7 de matrimonios (folio 361, número 599), en igual sentido. No se allega el registro civil de matrimonio.

⁶⁰ A folio 369 obra fotocopia del registro civil de nacimiento de la Notaría Única de Segovia, Antioquia, en el que consta el nacimiento de Juan Pablo Zea Lenis el 1 de mayo de 1998.

⁶¹ A folio 370 obra fotocopia de la certificación expedida por Frontino Gold Mines Ltd. (en liquidación obligatoria) fechada el 19 de agosto de 2010, en la que se lee: “El Director de Recursos Humanos se permite certificar que el señor DAVID EUTIQUIO ZEA LÓPEZ, [...], laboró desde [el] 15 de septiembre de 1988 hasta el 19 de agosto de 2010 a través de contrato a término indefinido. El último cargo desempeñado fue vigilante” (mayúsculas originales).

vinculación al Sisbén desde el 9 de octubre de 2014⁶²; (vi) la actual condición de salud del señor Zea López es precaria debido a sus limitaciones físicas (tiene una pérdida de capacidad laboral del 52%), que le ha impedido conseguir trabajo, pues en el año 2003 le practicaron una cirugía de columna cervical, “*microdiscectomía por vía anterior C5-C6 con fijación con placa y artrodesis intercorporal con injerto óseo*” para atender un diagnóstico de “*hernia de núcleo pulposo C5-C6 derecha*”⁶³, además de una cirugía de rodilla izquierda⁶⁴.

6.3.6. A través de la comunicación del 28 de febrero de 2019, la Secretaría de la Corporación informó al despacho que el oficio OPT-A-360/2019 del 15 de febrero de 2019, librado a Savia Salud EPSS en virtud del auto del 13 de febrero del mismo año, fue devuelto por la Oficina de Correo 472 con la anotación de “Rehusado”⁶⁵.

6.4. Dada la importancia de informar a Savia Salud EPSS acerca del proceso de revisión adelantado, y con la finalidad de que presentara una eventual intervención que le permitiera ejercer su derecho de defensa y contradicción en relación con los hechos discutidos, mediante auto del 6 de marzo de 2019⁶⁶, la Sala Quinta de Revisión ordenó una nueva comunicación a la entidad. Adicionalmente, suspendió los términos del proceso, de conformidad con el inciso segundo del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 “*Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*”.

6.5. El 13 de marzo de 2019, el apoderado judicial de la Alianza Medellín - Antioquia EPS SAS informó que “[r]especto a la competencia y la responsabilidad de la calificación de pérdida de capacidad laboral, Savia Salud EPS es competente en realizar dicho trámite para brindar la atención

⁶² A folio 371 aparece certificado del Sisbén del señor David Eutiquio Zea López con un puntaje de 46,72 del municipio de Remedios, con fecha de corte de enero de 2019. Se indica como fechas de ingreso, el 9 de octubre de 2014, y de la última actualización, el 22 de abril de 2015, y estado validado. A folio 385 obra certificación de Coomeva EPS en el que consta la afiliación del accionante al régimen contributivo de salud entre el 1 de junio de 2002 y el 20 de septiembre de 2010, en calidad de cotizante cabeza de familia. Aparecen como beneficiarios su cónyuge Nori Rosalba Lenis Chaverra y sus cuatro hijos, Jhon Fredy, Juan Pablo, Jerson David y Johan Camilo Zea Lenis.

⁶³ A folios 372 al 383 del cuaderno de revisión obra fotocopia de la historia clínica en donde se describe el diagnóstico, los exámenes clínicos y los procedimientos adelantados en el año de 2003. La cirugía fue practicada el 3 de febrero de 2003 (folio 374 *ibíd.*). A folio 384 se observa fotocopia de la comunicación del doctor Ignacio Correa Arango, ortopedista de columna de la Clínica Somer de Medellín, fechada el 4 de marzo de 2004, en donde se lee: “Ref: Sr. DAVID EUTIQUIO ZEA LOPEZ. || Paciente quien tiene la historia No. Z-306 de éste consultorio, tiene el antecedente de cirugía de la columna cervical por hernia a la cual se le efectuó: microdiscectomía, artrodesis ósea, fijación con material de osteosíntesis. La recuperación ha sido adecuada, pues los miembros superiores funcionan con algún dolor pero sin limitaciones físicas para hacer actividades que [no] demanden grandes esfuerzos. || Presenta además lumbalgia baja la cual ha sido estudiada con Resonancia Nuclear Magnética efectuada en enero de 2004 y en resumen, se demuestra enfermedad discal multinivel que explica la sintomatología dolorosa lumbar y también la irradiación a miembros inferiores. || Conclusión: paciente francamente limitado para efectuar actividades físicas y laborales que le demanden grandes esfuerzos; por esta razón, en forma indefinida debe ser ubicado laboralmente con restricciones”.

⁶⁴ A folio 366 del cuaderno de revisión obra carta manuscrita del señor Zea López en la que ratifica sus actuales condiciones familiares, económicas y de salud.

⁶⁵ Ver folios 349 y 356 del cuaderno de revisión. Se verificó que el oficio OPT-A-360/2019 del 15 de febrero de 2019 fue enviado a la Calle 44 A No. 55-44 Edificio Business Plaza, piso 13, de Medellín, Antioquia. Sin embargo, en la página institucional de Savia Salud EPSS se indica una dirección de correo electrónico para efectos de notificaciones de tutelas: notificacionestutelas@saviasaludeps.com.

⁶⁶ Folios 403 al 404 del cuaderno de revisión.

*solicitada del demandante*⁶⁷. Agregó que el señor Zea López pertenece al régimen subsidiario de salud desde el 8 de abril de 2015 y que no se evidencian aportes al régimen contributivo, ni periodos compensados al régimen contributivo, de acuerdo a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). En consecuencia, señaló que Savia Salud EPSS “*está presta a garantizar la prestación del servicio para que se logre realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral*”⁶⁸ del afiliado, indicando que para ello le fue autorizada una consulta con medicina laboral bajo el No. Único 2034727706, que será llevada a cabo en abril de 2019, previa comunicación telefónica con el usuario⁶⁹. En nueva comunicación enviada el 22 de marzo de 2019 se anunció que la anterior consulta médica fue programada para el 27 de marzo de 2019, a las 5:30 p.m., en la IPS Previlabor⁷⁰.

6.6. Conocida la anterior respuesta de Savia Salud EPSS, el 26 de abril de 2019 se contactó telefónicamente al apoderado judicial del señor David Eutiquio Zea López para requerirle información al respecto. A través de un correo electrónico de la misma fecha, el abogado Iván Darío Vélez Velásquez informó que se había comunicado con su poderdante y que este le indicó que “*la eps SAVIA SALUD en ningún momento y de ninguna forma se ha comunicado con él, y que tampoco le ha llegado ninguna citación o comunicación requiriéndolo presentarse para dictaminarle su pérdida de capacidad laboral y ocupacional*” (mayúsculas originales)⁷¹.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Examen de procedencia de la acción de tutela

Antes de la formulación del problema jurídico relacionado con la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor Zea López, la Sala debe analizar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Para ello, estudiará si en el presente asunto se demuestran los presupuestos de: (i) legitimación en la causa, por activa y por pasiva; (ii)

⁶⁷ Folio 409 del cuaderno de revisión.

⁶⁸ Folio 409 del cuaderno de revisión.

⁶⁹ La respuesta y sus anexos obran a folios 409 al 4019. A folio 411 aparece la autorización de servicios de salud referida, con fecha del 13 de marzo de 2019, en donde se autoriza el servicio de “consulta de control o de seguimiento por especialista en medicina del trabajo (POS)”; y en las observaciones se lee: “Se autoriza desde el área jurídica por cumplimiento a la tutela solicitud hecha por la Corte Constitucional”.

⁷⁰ Folio 432 del cuaderno de revisión.

⁷¹ Folio 444 del cuaderno de revisión.

subsidiariedad; y (iii) inmediatez. Una vez se verifique su observancia, si es del caso, se procederá a formular el respectivo problema jurídico que permita dar solución al caso concreto.

2.1. Legitimación en la causa

2.1.1. *Legitimación en la causa por activa.* El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Además, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁷² establece que “*podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos*”.

En esta oportunidad, el señor David Eutiquio Zea López, de 55 años, actuando por conducto de apoderado judicial⁷³, presentó acción de tutela en contra de Colpensiones, alegando la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social, en razón de la negativa de la entidad a autorizar la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Dados los hechos, el accionante se encuentra legitimado en la causa para actuar en el presente trámite.

2.1.2. *Legitimación en la causa por pasiva.* El mismo artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares⁷⁴. Así, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental, cuando alguna resulte demostrada.

En el caso objeto de análisis, se advierte que Colpensiones, que es la entidad a la que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales del señor Zea López, es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por lo tanto, es una autoridad pública y está legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

2.2. Subsidiariedad

⁷² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

⁷³ El poder otorgado al doctor Iván Darío Vélez Velásquez, obra a folio 6 del cuaderno principal.

⁷⁴ Frente a este segundo grupo, el inciso quinto del artículo 86 de la Constitución precisa que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad determina que dicho mecanismo de protección es procedente siempre que (i) no exista un medio alternativo de defensa judicial; o (ii) aunque exista, este no sea idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o (iii) sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos constitucionales.

Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que pese a la existencia de otro medio de defensa judicial, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como sería el caso de personas que estén en condición de discapacidad, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo.

Ahora bien, frente a la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse amenazados o vulnerados por actos emitidos por la administración, la Corte considera que por regla general la acción de tutela no es el mecanismo pertinente sino que la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, de manera excepcional se ha estimado procedente la tutela para controvertir dichos actos *“cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos”*⁷⁵.

Sin embargo, debe insistirse en que el recurso judicial no solo debe verificarse, sino que debe mostrarse eficaz de cara a las condiciones específicas de cada asunto. En el presente caso, aunque podría argumentarse que el accionante bien pudo llevar el asunto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, este mecanismo no resulta eficaz ante la situación de vulnerabilidad del señor Zea López, pues se trata de una persona que, según fue declarado en la sentencia No. 020 del 27 de febrero de 2015, emitida por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín, padece una pérdida de capacidad laboral del 52,07%, catalogada como una enfermedad de origen común y estructurada a partir del 23 de enero de 2003⁷⁶. Lo anterior, dado que en el año 2003 le practicaron una cirugía de columna cervical, *“microdiscectomía por vía anterior C5-C6 con fijación con placa y artrodesis intercorporal con injerto*

⁷⁵ En este sentido ver la Sentencia SU-713 de 2006.

⁷⁶ A folios 48 al 52 obra fotocopia del dictamen de merma de capacidad laboral del señor David Eutiquio Zea López, realizado por el Laboratorio de Salud Pública de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, con fecha de evaluación del 10 de noviembre de 2014. En dicho documento se describe un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 52,07% (deficiencia 24,42%, discapacidad 6,9% y minusvalía 20,75%), estado invalidez, con fecha de estructuración de la lesión del 23 de enero de 2003, y calificada como una enfermedad de origen común. Dicho dictamen pericial fue incorporado como medio de prueba al proceso ordinario laboral radicado No. 05001310500620110089400.

óseo” para atender un diagnóstico de “*hernia de núcleo pulposo C5-C6 derecha*”⁷⁷.

En razón de lo anterior, y dado el paso del tiempo, la definición inmediata sobre el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del accionante se muestra como una medida urgente, puesto que de la misma depende la procedencia del estudio de una solicitud futura de pensión de invalidez. Esta circunstancia, sumada a las condiciones de salud del accionante, así como a su situación de discapacidad, exige un procedimiento judicial expedito para la protección de sus derechos fundamentales.

A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la tutela puede desplazar al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la incidencia del tiempo sobre los derechos fundamentales, pues mientras que el juez administrativo se pronuncia sobre la legalidad de los actos supuestamente transgresores de las garantías fundamentales del accionante, la falta de protección efectiva y oportuna sobre el ejercicio de los derechos podría conllevar su afectación⁷⁸.

Lo anterior ocurre por alguna de las siguientes circunstancias: (i) porque la prolongación del procedimiento contencioso administrativo afectaría desproporcionadamente el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o; (ii) porque para el momento en que el juez contencioso adopte una decisión, el ejercicio pleno del derecho fundamental vulnerado no puede restablecerse, y esta situación solo puede ser resarcida económicamente.

En relación con el segundo supuesto, la Corte ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal perjuicio se caracteriza: “(i) *por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de*

⁷⁷ A folios 372 al 383 del cuaderno de revisión obra fotocopia de la historia clínica en donde se describe el diagnóstico, los exámenes clínicos y los procedimientos adelantados en el año de 2003. La cirugía fue practicada el 3 de febrero de 2003 (folio 374 *ibíd.*). A folio 384 se observa fotocopia de la comunicación del doctor Ignacio Correa Arango, ortopedista de columna de la Clínica Somer de Medellín, fechada el 4 de marzo de 2004, en donde se lee: “Ref: Sr. DAVID EUTIQUIO ZEA LOPEZ. || Paciente quien tiene la historia No. Z-306 de éste consultorio, tiene el antecedente de cirugía de la columna cervical por hernia a la cual se le efectuó: microdiscectomía, artrodesis ósea, fijación con material de osteosíntesis. La recuperación ha sido adecuada, pues los miembros superiores funcionan con algún dolor pero sin limitaciones físicas para hacer actividades que [no] demanden grandes esfuerzos. || Presenta además lumbalgia baja la cual ha sido estudiada con Resonancia Nuclear Magnética efectuada en enero de 2004 y en resumen, se demuestra enfermedad discal multinivel que explica la sintomatología dolorosa lumbar y también la irradiación a miembros inferiores. || Conclusión: paciente francamente limitado para efectuar actividades físicas y laborales que le demanden grandes esfuerzos; por esta razón, en forma indefinida debe ser ubicado laboralmente con restricciones”.

⁷⁸ En este apartado se toman las reglas recopiladas por la Sala Quinta de Revisión en la Sentencia T-373 de 2015.

gran intensidad;(iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”⁷⁹ (negritas originales).

Asimismo, concurren precedentes que reconocen la procedencia de la acción de tutela en asuntos similares al presente. En tal sentido, la **Sentencia T-646 de 2013** revisó los fallos de tutela correspondientes al caso de una persona en situación de discapacidad, a quien una entidad promotora de salud se negaba a calificar su pérdida de capacidad laboral, por asuntos vinculados a la vigencia de la afiliación. En esa oportunidad se expresó, en relación con la procedencia de la acción de tutela, que:

“[...] dicho mecanismo [ordinario] de defensa judicial no resulta lo suficientemente eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable a los derechos fundamentales invocados, por cuanto se trata de una calificación que el accionante ha perseguido infructuosamente por más de 1 año y medio probablemente con el fin de obtener una pensión de invalidez, debiendo además, afrontar una situación de desempleo por su misma discapacidad que le impide desempeñarse laboralmente en condiciones normales, y paraliza cualquier ánimo contractual de los empleadores. Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado es idónea en orden a proteger los derechos alegados y puede asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que estos no son lo suficientemente expeditos frente a la situación particular del accionante, que sin contar con otros medios económicos y estando discapacitado, demanda una protección inmediata”.

El anterior precedente fue reiterado en la **Sentencia T-044 de 2018**, a través de la cual se revisaron los fallos de tutela correspondientes al caso de una persona en situación de discapacidad, a quien Colpensiones se negaba a considerar la valoración de la pérdida de capacidad laboral, al entender que los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación interpuestos contra el dictamen de calificación habían sido extemporáneos. En esa oportunidad se concluyó que la administradora de pensiones violó el derecho al debido proceso administrativo del accionante, al considerar que los recursos formulados por el accionante fueron presentados oportunamente.

Llevadas las consideraciones descritas al presente caso, se tiene que las condiciones de vulnerabilidad del señor Zea López, esto es, se trata de una

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-896 de 2007.

persona en situación de discapacidad que, precisamente por dicha situación, se encuentra desempleada y sin los medios económicos para atender sus necesidades básicas y los de su núcleo familiar⁸⁰ dignamente, hacen que el mecanismo de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa no resulte eficaz. Nótese que las condiciones de salud física del accionante hacen imprescindible una definición concreta y oportuna de su capacidad laboral, con miras a determinar, con grado de certeza, si puede o no ser beneficiario de la pensión de invalidez.

2.3. Inmediatez

La acción de tutela está instituida en la Constitución Política como un mecanismo expedito que busca garantizar la protección *inmediata* de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Así, uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. Lo anterior significa que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia⁸¹.

En el caso bajo estudio la Sala advierte el cumplimiento del requisito de inmediatez, dado que el señor David Eutiquio Zea López presentó la acción de tutela en el mes de junio de 2018⁸², luego de que el 25 de abril del mismo año Colpensiones le negara la calificación de la pérdida de capacidad laboral que solicitara⁸³.

3. Planteamiento del problema jurídico

Acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el asunto de la referencia, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulneró Colpensiones los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de David Eutiquio Zea López, quien presenta un diagnóstico de “*hernia de núcleo pulposo C5-C6 derecha*”, al negar la autorización para la calificación de su pérdida de capacidad laboral, desconociendo su condición de futuro pensionado de la entidad en virtud de la

⁸⁰ En la base de datos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), según consulta realizada el 28 de febrero de 2019, se indica que el señor Zea López se encuentra activo en Savia Salud EPS en el régimen subsidiado desde el 8 de abril de 2015, y que es padre de familia (folio 402 del cuaderno de revisión).

⁸¹ En ese sentido, puede consultarse Corte Constitucional, Sentencias T-526 de 2005, T-834 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-887 de 2009, T-328 de 2010, T-805 de 2012, entre muchas otras.

⁸² Folio 1.

⁸³ La solicitud se tramitó bajo el radicado No. 2018_4246009 del 16 de abril de 2018, y obra en el folio 90.

conmutación de las obligaciones pensionales que realizara la empresa Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, ya liquidada, al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), y, por ende, afectando la posibilidad del accionante de solicitar el reconocimiento de una pensión de invalidez?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala (i) recordará las reglas sobre el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, como requisito de acceso a la pensión de invalidez, y, (ii) resolverá el caso concreto.

4. Las reglas sobre el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, como requisito de acceso a la pensión de invalidez⁸⁴

4.1. En los términos de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, la pensión de invalidez es una prestación propia del sistema de seguridad social, de la cual son acreedores los cotizantes que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, (i) hayan perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) en principio, hayan cumplido con el requisito de densidad de cotización de que trata el artículo 39 citado, el cual fue modificado por la Ley 860 de 2003⁸⁵.

4.2. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la pensión de invalidez tiene una estrecha relación con el derecho al mínimo vital y, por lo mismo, adquiere especial relevancia constitucional. En efecto, se trata de una prestación dirigida a solventar las necesidades económicas de quien no está físicamente capacitado para laborar, así como de su núcleo familiar dependiente. Estas personas, precisamente en razón de su condición de salud, son sujetos de especial protección constitucional, lo que hace que el acceso a la prestación constituya el soporte material para la eficacia de sus derechos fundamentales.

La Corte en diversas decisiones ha precisado la fundamentación de la pensión de invalidez, tanto desde el punto de vista general de la seguridad social, como desde la perspectiva específica de las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, en las **Sentencias T-545 de 2017** y **T-044 de 2018** reiteró que el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución, busca garantizar la protección de cada sujeto frente a necesidades y contingencias, tales como las relacionadas con la pérdida de la capacidad laboral; de forma tal que la pensión de invalidez constituye una prestación con una alta significación jurídica para las personas que quedan físicamente

⁸⁴ En este acápite se sigue en parte la ruta trazada por la Sentencia T-044 de 2018, ya citada.

⁸⁵ Artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. “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: || 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. || 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. || Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. || Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

imposibilitadas para ejercer la actividad productiva de la cual derivaban su sustento económico.

Al respecto, sostuvo la Sala Quinta de Revisión en la **Sentencia T-509 de 2015** que la pensión de invalidez *“tiene como objeto brindar a los trabajadores una fuente de ingresos cuando han sufrido un accidente o enfermedad que afectan gravemente su capacidad laboral. Asimismo, este derecho es fundamental porque se trata de una medida de protección a las personas en situación de discapacidad, quienes tienen una alta pérdida de capacidad laboral y, por esta razón, se enfrentan a mayores dificultades para vincularse a un empleo y proveerse un sustento económico que les permita tener una vida digna”*.

Por lo anterior, ha sostenido este Tribunal que la pensión de invalidez es, en sí misma considerada, un derecho fundamental autónomo. La condición de fundamentalidad del derecho a la pensión de invalidez es reafirmada por la Corte cuando la prestación es predicable de personas que están en situación de vulnerabilidad, ya sea a raíz de la pérdida de capacidades psicofísicas o de la edad avanzada⁸⁶. En este sentido, la pensión de invalidez resulta ser una medida de justicia social, que refuerza los principios constitucionales orientados hacia la protección especial de las personas discapacitadas, que por situaciones involuntarias y trágicas *“requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2º y 3º del artículo 13 de la C.N.)”*⁸⁷.

4.3. Ahora bien, respecto al problema jurídico materia de esta decisión, interesa concentrarse en el procedimiento previsto para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Como se explicó anteriormente, una de las condiciones requeridas para acceder a esta prestación es la disminución de la capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, por ello es necesario la calificación de dicha pérdida. Dicho procedimiento, en los términos de los artículos 41 al 44 de la Ley 100 de 1993, responde a los siguientes parámetros generales:

(i) Las fuentes normativas para la calificación del estado de invalidez son tanto las previsiones legales antes anotadas, como el manual único para la calificación

⁸⁶ Esta regla fue planteada desde la jurisprudencia más temprana sobre la materia, tal y como se expresa en la Sentencia T-762 de 1998, a saber: “El carácter de fundamental se deriva de la conexidad directa que presentan las garantías prestacionales y de salud, con el mínimo vital de las personas discapacitadas [Sentencia T-055 de 1995], ya que una violación de tales derechos para este tipo de personas que no cuentan con ninguna fuente de ingresos, que no pueden trabajar y que físicamente se encuentran limitados para ejercer una vida normal, es contrario al principio constitucional que reconoce el valor de la dignidad humana, la cual resulta vulnerada “cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas” [Sentencias T-125 de 1994, T-323 de 1996 y T-378 de 1997]. Al respecto es importante recordar que “la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable (C.P. artículo 48)” [Sentencia Corte Constitucional T-124 de 1993], porque constituye el único medio de protección que puede obtener una persona que por circunstancias de irremediable adversidad, se encuentra sin ninguna opción en el orden laboral y en complejo estado físico para mantener un mínimo de existencia vital que le permita subsistir en condiciones dignas y justas. “El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud.” [Sentencia Corte Constitucional T- 144 de 1995]”.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 1995. Posición reiterada en la Sentencia T-762 de 1998.

de invalidez, que para el efecto expida el Gobierno Nacional y que se encuentre vigente a la fecha de la calificación⁸⁸. Dicho manual deberá definir los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por la pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL).

(ii) En una primera oportunidad, la calificación de la PCL corresponde a Colpensiones, a las administradoras de riesgos laborales y a las compañías de seguros que asuman los riesgos de invalidez y muerte, así como a las entidades promotoras de salud. De acuerdo con las normas citadas, “[e]n caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”⁸⁹.

(iii) El acto que declara la invalidez debe ser motivado, para lo cual contendrá expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, “así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esa calificación ante la Junta Nacional”⁹⁰.

(iv) En los casos en que la calificación de la PCL es inferior en no menos del 10% de los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por cuenta de la respectiva entidad.

(v) Corresponde a las empresas promotoras de salud determinar si existe concepto favorable de rehabilitación. En este caso, se postergará el trámite de calificación de la PCL, en los términos previstos en la regulación legal en comento.

(vi) Sin perjuicio de las funciones asignadas a las entidades descritas en el numeral dos, corresponde a la Junta Regional de Calificación de Invalidez calificar en primera instancia la PCL, el estado de invalidez y determinar su origen. La Junta Nacional tiene la competencia para resolver, en segunda instancia, las controversias relativas a las decisiones de las juntas regionales.

(vii) Las entidades de seguridad social y las juntas regionales y nacionales de calificación de invalidez, y los profesionales que califiquen, serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a

⁸⁸ Consultar al respecto el Decreto 1507 de 2014, “por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”.

⁸⁹ Ley 100 de 1993, artículo 41.

⁹⁰ *Ibidem*.

los administradores del sistema general de seguridad social, cuando este hecho esté plenamente probado.

(viii) El estado de invalidez y, por ende, la PCL, podrá revisarse en los siguientes eventos: (i) cada tres años y por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente, “*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 hubiere lugar*”⁹¹; (ii) por solicitud del pensionado por invalidez, en cualquier tiempo y a su costa; y (iii) conforme lo prevé el artículo 55 del Decreto 1352 de 2013⁹², tratándose del sistema general de riesgos laborales, “*la revisión de la pérdida de incapacidad permanente parcial por parte de las Juntas será procedente cuando el porcentaje sea inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral a solicitud de la Administradora de Riesgos Laborales, los trabajadores o personas interesadas, mínimo al año siguiente de la calificación y siguiendo los procedimientos y términos de tiempo establecidos en el presente decreto, la persona objeto de revisión o persona interesada podrá llegar directamente a la junta solo si pasados 30 días hábiles de la solicitud de revisión de la calificación en primera oportunidad esta no ha sido emitida*”.

Como se observa, tanto a partir de la regulación legal como reglamentaria del sistema general de seguridad social integral, la pensión de invalidez tiene un trámite detallado, que involucra la acción coordinada tanto del afiliado como de diferentes instituciones que integran el sistema. A su vez, ese procedimiento está basado en la identificación de las condiciones para el acceso a la prestación, siendo de central importancia la definición de la invalidez y de la PCL. Para ello, se establece un trámite que involucra dos instancias: la primera, conformada por las diferentes entidades administradoras y aseguradoras, al igual que la Junta Regional de Calificación de Invalidez. La segunda, a cargo de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

A juicio de la Corte, este diseño legal responde al doble propósito de otorgar eficacia al derecho al debido proceso administrativo de los usuarios y proteger los derechos constitucionales de quienes, al ver gravemente disminuida su capacidad laboral, quedan imposibilitados para prodigarse las condiciones económicas mínimas, propias y de su núcleo familiar dependiente.

Verificados los anteriores aspectos, pasa la Sala a resolver el problema jurídico objeto de esta decisión.

5. Análisis del caso concreto

⁹¹ Ley 100 de 1993, artículo 44.

⁹² “Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones”.

5.1. Como ya se indicó, el señor David Eutiquio Zea López (de 55 años⁹³), actuando por conducto de apoderado judicial, presentó acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones), con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social. Lo anterior, debido a la negativa de la entidad a autorizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante⁹⁴, desconociendo su condición de afiliado y futuro pensionado de Colpensiones, en virtud de la conmutación de las obligaciones pensionales que realizara la empresa Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, ya liquidada, al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), y, por ende, afectándole la posibilidad de solicitar el reconocimiento de una pensión de invalidez.

Colpensiones argumentó que no es competente para iniciar el proceso de clarificación de la pérdida de capacidad laboral, porque el señor Zea López no se encuentra afiliado al régimen de prima media administrado por la entidad.

5.2. *Conmutación pensional.* La ley previó la figura de la conmutación pensional como una garantía especial, con el claro propósito de que no se hiciera nugatorio el derecho adquirido de los pensionados o de quienes tienen una expectativa de alcanzar una pensión de vejez. Así, se acude a la conmutación pensional cuando una empresa o sociedad entra en proceso de cierre o liquidación, o en cualquier otra circunstancia en la que pueda resultar amenazado el derecho a la seguridad social de los trabajadores. La Corte Constitucional ha reiterado que en esos casos, no se está frente a una potestad, sino que es forzoso que se acuda a esta institución especial por parte de la empresa, así como de las entidades estatales encargadas de su vigilancia y control, ya que la omisión puede afectar los derechos de los pensionados o de quienes tienen una posibilidad futura de pensionarse por vejez⁹⁵.

Entonces, la regla indica que cuando la empresa o entidad empleadora entra en liquidación obligatoria, y entre sus trabajadores se encuentran personas que ya adquirieron el derecho a pensionarse a su cargo, o que están ante la expectativa de pensionarse porque, por ejemplo, cumplieron con el requisito de densidad de cotización establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado

⁹³ A folio 7 obra fotocopia de la cédula de ciudadanía en donde se indica que el señor Zea López nació el 13 de septiembre de 1963.

⁹⁴ Folio 90.

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-458 de 1997, T-658 de 1998, T-734 de 1998 y T-791 de 1998. En dichos fallos diferentes salas de revisión estudiaron casos en los que se había omitido el deber de realizar la conmutación pensional, en detrimento de los derechos de los pensionados. En la Sentencia T-458 de 1998, se dijo al respecto: “[...] Las normas legales que obligan a las empresas que han asumido directamente el pasivo pensional a constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas pensionales [...]; aquellas que establecen la figura de la conmutación pensional, aún a riesgo de que la empresa tenga que liquidarse o de que se dejen de pagar otros créditos [...]; las que adjudican a las autoridades públicas la tarea de vigilancia y control de las empresas que tienen acreencias pensionales [...]; entre otras, deben ser entendidas como el desarrollo manifiesto del deber de especial protección que la Carta impone a los poderes públicos respecto de las personas de la tercera edad”. Esta posición fue reiterada, además, en las Sentencias T-005 de 1999, T-075 de 1999, T-129 de 1999, T-147 de 1999 y T-425 de 1999.

por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es deber del liquidador efectuar una conmutación pensional⁹⁶.

Este Tribunal en la **Sentencia C-090 de 2011**⁹⁷, precisó que *“la conmutación del pasivo pensional es un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo. La conmutación puede ser total y definitiva cuando el empleador se libera integralmente de toda responsabilidad del pago de los pasivos pensionales, o parcial, cuando el empleador conserva responsabilidad por el pasivo transferido. La normalización es el género y la conmutación es la especie”*.

El marco legal que regula lo relacionado con la conmutación pensional, es el siguiente: Ley 550 de 1999⁹⁸, artículo 41; Ley 1116 de 2006⁹⁹, artículo 34; Decreto 1260 de 2000¹⁰⁰; Decreto 941 de 2002¹⁰¹; Decreto 4014 de 2006¹⁰²; Decreto 4936 de 2011¹⁰³; y Decreto 2727 de 2013¹⁰⁴. La anterior normativa viabiliza la subrogación de las obligaciones pensionales de la empresa o entidad empleadora que se encuentre en liquidación obligatoria, acuerdo de reestructuración, trámite concordatario, así como en cualquier otro evento de normalización de pasivos pensionales, como mecanismo legal con el que se pretende precaver que en razón de los eventos descritos se haga nugatorio el derecho pensional de los trabajadores, obligaciones estas que serían asumidas por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), las compañías aseguradoras, los fondos de pensiones y los patrimonios autónomos pensionales administrados por sociedades fiduciarias o administradoras de fondos de pensiones, según el caso.

La conmutación pensional también procede en los casos en los que a través de una sentencia judicial se condene al empleador al pago de la pensión sanción

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 2012. En esa oportunidad la Sala Primera de Revisión fijó la siguiente regla: “Cuando alguien adquiere el derecho a pensionarse con cargo a su empleador y este último entra en liquidación obligatoria, es deber del liquidador efectuar una conmutación pensional. Si no la efectúa, y a causa de ello el pensionado deja de recibir sus mesadas, le viola el derecho a la seguridad social y desconoce la prohibición de suspender de manera unilateral el pago de mesadas pensionales como manifestación del debido proceso administrativo en la dimensión de respeto por el acto propio”.

⁹⁷ A través de esa decisión la Corte declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 135 de la Ley 100 de 1993 (tratamiento tributario), por el cargo de omisión legislativa relativa.

⁹⁸ Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.

⁹⁹ Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

¹⁰⁰ Por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamenta parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, en cuanto se refiere a la conmutación total y a mecanismos de normalización pensional aplicables a las empresas en liquidación.

¹⁰¹ Por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamentan parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 283 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰² por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamenta parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999.

¹⁰³ Por el cual se aprueba la Estructura Interna de la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES.

¹⁰⁴ Por el cual se modifica la Estructura Interna de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

por omisión en la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, de conformidad con el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

5.3. Fue probado en el presente proceso que mediante la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, el Instituto de Seguros Sociales aceptó la conmutación de 397 obligaciones pensionales con la empresa Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, hoy liquidada (en adelante Frontino Gold). En dicha resolución, el señor Zea López fue incluido como futuro pensionado por vejez con cargo al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), y cuyo derecho se materializará el 13 de septiembre de 2023, es decir, cuando cumpla sus 60 años¹⁰⁵. En dicho acto administrativo se señalan los siguientes grupos de personas: jubilados plenos a cargo exclusivo del empleador (980 personas); sustituciones vitalicias a cargo exclusivo del empleador (356 personas); sustituciones vitalicias con varios beneficiarios a cargo exclusivo del empleador (69 personas); sustituciones temporales a cargo exclusivo del empleador (12 personas); y futuros pensionados a cargo exclusivo del empleador (397 personas). En este último grupo, en la línea 393, aparece el accionante David Eutiquio Zea López¹⁰⁶.

La conmutación pensional, en tanto constituye un mecanismo para garantizar el pago de la obligación pensional a cargo del empleador (Frontino Gold), implica una subrogación de las obligaciones pensionales con el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones). En efecto, si el objeto del sistema general de pensiones es “*garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones*”, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, y que la misma ley permite la convalidación de tiempos servidos con empleadores que por omisión no hubieren afiliado a los trabajadores al sistema, la que es procedente trasladando el valor del cálculo actuarial correspondiente a efecto del cómputo de semanas para el reconocimiento de una pensión, según lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, nada se opone para afirmar que en el presente caso se llevó a cabo una subrogación de las obligaciones pensionales que se encontraban a cargo de Frontino Gold, hoy liquidada, así como de los títulos pensionales de trabajadores activos y retirados que estaban a cargo de dicha empresa, tal como lo es el señor Zea López, correspondiente al cálculo actuarial en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Entonces, en el caso que se estudia existió el fenómeno jurídico de la subrogación de pasivos pensionales en virtud del perfeccionamiento de la conmutación pensional llevada a cabo entre la extinta Frontino Gold y el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), a través de la Resolución No. 0425 de 2011. Ello implica que la responsabilidad de la obligación pensional fue trasladada a Colpensiones.

¹⁰⁵ A folios 25 al 117 del cuaderno de revisión aparece fotocopia de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011 “Por la cual se acepta una conmutación pensional”, emanada del Instituto de Seguros Sociales.

¹⁰⁶ Folio 54 del cuaderno de revisión.

Ahora, debe entenderse que la afiliación del señor David Eutiquio Zea López al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones se dio una vez fue aceptada la conmutación pensional en la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, pues con ello el Instituto de Seguros Sociales recibió el dinero correspondiente al cálculo actuarial allí descrito¹⁰⁷, adquiriendo la obligación de reconocer la pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivencia, según las contingencias futuras del extrabajador de la extinta Frontino Gold. En este caso se trata de una afiliación atípica por ser de tipo contractual, por lo que constituye un actuar de mala fe recibir el dinero y luego sustraerse de las obligaciones derivadas de la conmutación pensional.

5.4. *Calificación de la pérdida de capacidad laboral.* La Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, en respuesta a la solicitud realizada por el señor Zea López relacionada con la autorización y orden de la calificación de pérdida de capacidad laboral, en su calidad de afiliado y futuro pensionado de la entidad, declaró su incompetencia para atender tal petición, según comunicación No. 2018_4246009 del 25 de abril de 2018, con el argumento de que el accionante no se encuentra afiliado al régimen de prima media por ella administrado¹⁰⁸.

No es de recibo la negativa de Colpensiones para hacer la valoración de la pérdida de capacidad laboral del accionante, porque, como se indicó en líneas anteriores, la conmutación pensional realizada por la extinta Frontino Gold al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), a través de la Resolución No. 0425 de 2011, constituye una afiliación de tipo contractual del señor Zea López al régimen de prima media. Ahora, dado que el accionante no ha realizado aportes al sistema general de pensiones, debió dársele el trato de un afiliado inactivo¹⁰⁹, ya que la afiliación a la seguridad social es una y permanente, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 692 de 1994¹¹⁰. En razón de ello, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, corresponde a dicha entidad determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de esas contingencias.

¹⁰⁷ En documento anexo a la resolución, y que hace referencia a las “Futuras pensiones a cargo de Frontino no afiliado”, se lee la siguiente descripción: Orden 398 / CC 71081266 / Nombre ZEA LÓPEZ DAVID EUTIQUIO / Reserva empresa (28-feb-11) 167.612.943 / Fechas de actualización (10-mar-11) 167.952.700 (11-mar-11) 167.986.714 / Reserva empresa (31-mar-11) 168.643.626. Ver folio 111 del Cuaderno de revisión.

¹⁰⁸ La respuesta obra a folio 90. En el documento se lee: “[...] esta entidad no es competente para iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral de su poderdante, ya que no está a cargo de nosotros dicha obligación, al no estar actualmente afiliado a nuestra entidad, igualmente advertimos que revisada la resolución aportada encontramos que la misma se encuentra incompleta”.

¹⁰⁹ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2002. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado la línea del afiliado inactivo, entre otras, en las siguientes decisiones: radicación No. 29887, Acta 96 del 22 de noviembre de 2007, M.P. Isaura Vargas Díaz; radicación No. 36234, Acta 13 del 27 de abril de 2010, M.P. Eduardo López Villegas; radicación No. 39772, Acta 36 del 5 de octubre de 2010, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; radicación No. 47095, Acta 17 del 16 de mayo de 2018, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno; y radicación No. 59338, Acta 13 del 16 de mayo de 2018, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero.

¹¹⁰ El artículo 13 del Decreto 692 de 1994 dispone: “Permanencia de la afiliación. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”.

Adicionalmente, la razón principal por la que Colpensiones está obligada a calificar la invalidez se funda en la integralidad del sistema general de seguridad social, que fue instituido para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Así las cosas, no tiene ninguna justificación que la entidad le traslade al accionante, quien es sujeto de especial protección constitucional, la supuesta omisión administrativa en la que pudo haber incurrido el Instituto de Seguros Sociales al no prever en el cálculo actuarial el riesgo de invalidez y muerte. Con todo, es preciso aclarar que la prestación de invalidez opera en los eventos en los que el afiliado ve disminuida su capacidad laboral en el porcentaje determinado por la ley, como es el caso del señor Zea López, por lo que se modifica la condición para el pago de la pensión (cumplimiento de la edad) en razón de la situación de salud del afiliado.

En atención a lo anterior, la Sala le ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones– que realice los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que el señor David Eutiquio Zea López sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico-científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias.

Se precisa que si bien Savia Salud EPSS reconoció su competencia para hacer la calificación de la pérdida de capacidad laboral solicitada por el accionante, y para garantizar la prestación del servicio¹¹¹, según información suministrada por el apoderado judicial, la entidad no le comunicó al señor Zea López el inicio del procedimiento respectivo¹¹². Ello confirma que aún persiste la necesidad de obtener la valoración requerida, para, en un segundo momento, solicitar que se estudie el reconocimiento de la pensión de invalidez.

La Sala opta por dar la orden a Colpensiones para que realice los trámites pertinentes para la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Zea López, en razón de la competencia concurrente prevista en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, según la cual corresponde a la “*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, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias*”. Adicionalmente, porque (i) el trámite referido constituye un primer paso para una futura solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez; (ii) por razones de economía procesal, es preferible que sea la misma entidad competente para estudiar el reconocimiento de la pensión de invalidez la que proceda a hacer la calificación de dicha contingencia, pues con ello se garantiza la secuencia y celeridad en la decisión de las diversas solicitudes, sin que se sumen términos asociados al traslado de información de una entidad a otra; y (iii) las

¹¹¹ Folio 90.

¹¹² Folio 439 del cuaderno de revisión.

circunstancias del accionante como sujeto de especial protección constitucional, amerita que se adelante un trámite célere y sin dilaciones injustificadas.

5.5. *Estudio de la solicitud de la pensión de invalidez.* Colpensiones argumentó que no es competente para reconocer y pagar la pensión de invalidez del accionante, toda vez que dicho riesgo no fue conmutado, y que ello es responsabilidad de Frontino Gold, quien para atender las contingencias futuras constituyó un encargo fiduciario que sufragaría las obligaciones litigiosas de dicho empleador.

Es importante precisar que si bien la acción de tutela estaba dirigida a obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Zea López y no se incluyó una pretensión de reconocimiento de la pensión correspondiente, aun cuando sí fuera prevista por Colpensiones en sus diferentes escritos de defensa, la Corte Constitucional ha reiterado que el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra *petita* cuando de la situación fáctica descrita en la demanda pueda deducirse la vulneración de un derecho fundamental, aunque su protección no haya sido solicitada por el peticionario. Lo anterior, porque conforme a la condición *sui generis* de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte demandante, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales¹¹³.

Está probado que Frontino Gold no afilió al señor David Eutiquio Zea López a ningún fondo de pensiones mientras este laboraba para la empresa¹¹⁴, siendo su última contratación desde el 15 de septiembre de 1988 hasta el 19 de agosto de 2010. Pese a ello, realizó una conmutación pensional a través de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, que fue aceptada por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), incluyéndolo como futuro pensionado por vejez una vez se materialice su derecho, lo que se prevé ocurrirá el 13 de septiembre de 2023, es decir, cuando el afiliado cumpla 60 años.

Así las cosas, no se discute la obligación de Colpensiones de reconocer y pagar la pensión de vejez del señor Zea López, sino si la entidad está en el deber de asumir la contingencia derivada de la invalidez del afiliado, una vez esta sea debidamente calificada, teniendo en cuenta que lo que fue provisionado por

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencias T-310 de 1995, T-450 de 1998, T-886 de 2000, T-794 de 2002, SU-484 de 2008, T-553 de 2008, SU-195 de 2012, T-060 de 2016, T-455 de 2016, T-368 de 2017, T-634 de 2017, T-104 de 2018, T-283 de 2018, T-015 de 2019, entre otras.

¹¹⁴ Ello quedó claro en la sentencia No. 020 del 27 de febrero de 2015 proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín, en donde se indica que la empresa informó en el escrito de contestación que se encontraba exenta de la obligación de realizar aportes o cotizaciones a los fondos de pensiones, toda vez que “se encontraba en concordato preventivo, desde el 8 de noviembre de 1976, [...]”. En tal sentido, y de conformidad con el Art. 279 inciso 3 de la Ley 100 de 1993, la Entidad demandada se encontraba exceptuada del Sistema General de Seguridad Social [...]” (folio 71). Y en la sentencia No. 247 del 19 de octubre de 2017 emanada de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quedó planteado que la empresa, en su escrito de contestación, señaló que no obstante la no afiliación a un fondo de pensiones “se efectuó por medio de la Resolución 425 del 11 de marzo de 2011, un proceso de conmutación pensional con el ISS hoy Colpensiones, siendo beneficiario el demandante de la pensión sanción apenas cumpla la edad para el reconocimiento de la prestación” (folios 75, reverso, y 76).

Frontino Gold fue el dinero para el reconocimiento y pago de una futura pensión de vejez, una vez se cumpliera el requisito de la edad establecido en la Ley 100 de 1993 (60 años).

Antes de resolver el anterior cuestionamiento, es necesario precisar, primero, que tal como lo declaró la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la sentencia No. 247 del 19 de octubre de 2017, en el caso del señor David Eutiquio Zea López, entre Frontino Gold (hoy liquidada) y la empresa Zandor Capital S.A. Colombia no se presentó una sustitución patronal, como quiera que no hubo continuidad en la prestación del servicio por parte del accionante¹¹⁵.

Segundo, que con el mandato fiduciario constituido por Zandor Capital S.A. Colombia (hoy Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia), esta no adquirió la posición de empleador de los trabajadores o pensionados de la hoy extinta Frontino Gold. Y, en el caso del señor David Eutiquio Zea López, ni Gran Colombia Gold, ni el mandato fiduciario por ella constituido, tienen la obligación ni la vocación de remplazar a Frontino Gold (liquidada) en sus asuntos, pues la compañía Gran Colombia Gold Segovia no adquirió los pasivos o derechos litigiosos provenientes de Frontino Gold.

Tercero, que ni la Fiduciaria de Occidente S.A., en calidad de vocera y administradora del Encargo Fiduciario No. 3-1-2369 denominado Fiduoccidente - Zandor Capital, ni el fideicomiso, son los llamados a atender, en esta instancia, requerimientos propios del sistema general de pensiones en relación con el señor David Eutiquio Zea López, debido a que no tienen con él ningún vínculo jurídico; además, la obligación pensional que a futuro pueda ser reclamada, no se trata de una obligación litigiosa destinada a ser cubierta con los recursos objeto del fideicomiso referido en razón de su destinación específica.

En el presente proceso fue demostrado que el Encargo Fiduciario No. 3-1-2369 Fiduoccidente - Zandor Capital, administrado por Fiduoccidente S.A., ha cumplido con las obligaciones a su cargo respecto del señor Zea López, pues le canceló la condena impuesta en la sentencia No. 247 del 19 de octubre de 2017, proferida por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el marco del proceso laboral por él iniciado en contra de la extinta Frontino Gold (rad. 05001310500820110089401)¹¹⁶.

¹¹⁵ El fallo obra a folios 74 al 83. En el folio 80 se lee: “[...] es de indicar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral es del criterio, que para que se produzca el fenómeno jurídico de la sustitución de empleadores, además del cambio de un patrono por otro y la continuidad de la empresa, se requiere que haya continuidad en la prestación del servicio del servicio por parte del trabajador, lo cual como quedó visto, en esta oportunidad no se acreditó, en la medida que no hay evidencia probatoria que el contrato de trabajo del accionante se hubiera extendido más allá del 19 de agosto de 2010, fecha del despido como consecuencia de la venta de activos de Frontino Gold Mines a Zandor Capital S.A., sin que prestara los servicios a favor de esta última, tal y como el mismo lo confiesa en el interrogatorio de parte rendido el 19 de septiembre de 2014, donde a la pregunta “*manifieste si luego del día 18/08/2010 usted desempeñó funciones para la compañía ZANDOR CAPITAL S.A. COLOMBIA?*” Indicó “no” [...]” (cursivas y mayúsculas originales).

¹¹⁶ Al respecto, el representante legal para asuntos prejudiciales y judiciales de Fiduoccidente S.A. precisó: “En fecha 13 de marzo de 2018, el señor Zea radicó ante la compañía Fiduciaria de Occidente S.A., [...] cuenta de

Colpensiones argumentó que con fundamento en el artículo sexto de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011¹¹⁷, la entidad estaría exceptuada de asumir una contingencia como lo es la pensión de invalidez, bajo el entendimiento de que se trata de una obligación litigiosa que no fue conmutada por la empresa Frontino Gold. Con todo, en el caso que estudia la Sala no se evidencia que se trate de una obligación litigiosa sino que se está ante una prestación que tiene fundamento en el sistema general de pensiones regulado en la Ley 100 de 1993, cuya finalidad es “[...] *proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales*”¹¹⁸.

Así las cosas, la sala reitera que la razón principal por la que Colpensiones está obligada a adelantar el estudio para el reconocimiento de la pensión de invalidez se funda en la integralidad del sistema general de seguridad social, que fue instituido para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Por ello, no es justificable que la entidad le traslade al señor Zea López, quien es sujeto de especial protección constitucional, la supuesta omisión administrativa en la que pudo haber incurrido el Instituto de Seguros Sociales al no prever en el cálculo actuarial el riesgo de invalidez y muerte. Sin embargo, es preciso aclarar que la prestación de invalidez tiene lugar en los eventos en los que el afiliado ve disminuida su capacidad laboral en el porcentaje determinado por la ley, como es el caso del accionante, por lo que se modifica la condición para el pago de la pensión (cumplimiento de la edad) en razón de la situación de salud del afiliado.

5.6. *La pensión de invalidez.* Dicha prestación, al ser manifestación del derecho a la seguridad social, pretende la realización del principio de la dignidad humana en su dimensión material y, por tanto, del derecho al mínimo vital de las personas procurando la satisfacción de sus necesidades mínimas, entre las

cobro, acompañada de copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia, así como copia de su documento de identidad, solicitando la cancelación de la condena impuesta a la hoy extinta Frontino Gold Mines. [...] || El monto de dicha condena le fue efectivamente cancelada (sic) al actor por parte del Fideicomiso Zandor Capital en el mes de abril de 2018, conforme al clausulado contractual del mandato fiduciario No. 3-1-2369 [...], hecho del cual dejó constancia expresa por parte del hoy accionante, al suscribir y autenticar ante el Notario Segundo del Círculo de Bello Antioquia, los documentos denominados “ACTA DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LITIGIOSAS DE FRONTINO GOLD MINES LTD. ELO A CARGO DEL FONDO SOCIAL DEL FIDEICOMISO 3-1-2369 ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A.”, así como, la solicitud de terminación y archivo del proceso laboral ordinario por extinción de la obligación de pago” (mayúsculas originales). Folio 198 del cuaderno de revisión.

¹¹⁷ El artículo sexto de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011 señala: “El pago de las obligaciones litigiosas contra el Instituto de Seguros Sociales, derivadas de las obligaciones pensionales de FRONTINO, no conmutadas o conmutadas por un valor inferior, al que sea reconocido judicialmente por motivos diferentes al riesgo de cambio normativo o jurisprudencial, será asumido por la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A a través del patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO FIDUOCCIDENTE-ZANDOR CAPITAL COLOMBIA”, teniendo en cuenta que la conmutación pensional se llevó a cabo por las personas relacionadas en la Resolución o sus sustitutos y por los montos discriminados en el cálculo actuarial, sin incluir los riesgos derivados de las liquidaciones erróneas de las obligaciones pensionales efectuadas por la entidad FRONTINO GOLD MINES LIMITED EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, de conformidad con lo señalado en los considerados del presente acto administrativo” (folio 60 *ibíd.*).

¹¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-516 de 2013.

que se encuentran la alimentación, el vestido y la salud. Con ello logra evitarse “[...] que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna”¹¹⁹.

En ese sentido, esta Corporación ha asociado la pensión de invalidez a la materialización del derecho al mínimo vital. En la **Sentencia T-043 de 2007**, por ejemplo, la Sala Tercera de Revisión afirmó que “[...] para el caso de pensión de invalidez, en donde la persona ha sido incapacitada para laborar y además no cuenta con bienes de fortuna o con otro ingreso, la falta de pago de la pensión compromete de manera cierta su derecho al mínimo vital”.

Postura que se reprodujo en la **Sentencia T-657 de 2011**, en la que se argumentó que la falta de respuesta de las entidades encargadas del reconocimiento de la pensión de invalidez, y, en consecuencia, el retardo injustificado en el pago de las mesadas pensionales, afectaba el mínimo vital de los peticionarios que pudiesen tener derecho a ella, quienes, en su mayoría, eran sujetos que por sus particulares condiciones no tenían la posibilidad de acceder a un trabajo y por lo mismo no contaban con los ingresos mínimos necesarios para su sostenimiento.

La pensión de invalidez, entonces, es una garantía que desarrolla los fines del derecho fundamental a la seguridad social. Con esta se pretende que quienes han perdido su capacidad laboral con ocasión de la ocurrencia de una enfermedad o accidente relacionado con actividades de trabajo, sean amparados –siempre que se cumplan los requisitos fijados en la ley– con el reconocimiento y pago de una prestación periódica que les permita asegurar su mínimo vital.

La pensión de invalidez se consagró como una prestación para aquellas personas que contaran (i) con una pérdida de capacidad laboral *permanente y definitiva* superior al 50%¹²⁰, la cual puede ser producto de una enfermedad o un accidente de origen común, que afecte su capacidad productiva y, además, (ii) con un cierto número de semanas de cotización. Para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubieren alcanzado los requisitos para

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2003.

¹²⁰ El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 dispone: “Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. El artículo 2 del Decreto 917 de 1999 señala: “Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptense las siguientes definiciones: a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral. b) Incapacidad permanente parcial: Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%. c) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual. d) Trabajo Habitual: Se entiende como trabajo habitual aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social”.

adquirir dicha prestación, se estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva¹²¹.

Ahora bien, dependiendo de la fecha de estructuración de la invalidez se deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 6 del Decreto 758 de 1990¹²²; o en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993¹²³; o en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, modificadorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993¹²⁴.

De tal manera que, dependiendo del momento en que se estructure la invalidez, se deberá cumplir con alguna de las anteriores disposiciones para acceder a una pensión que cubra la situación de discapacidad. Lo anterior, sin perjuicio de que el trabajador sea beneficiario del régimen de transición, caso en el cual se aplicará la normativa vigente al momento en que se hizo el aporte y que generó en el afiliado una expectativa legítima. Así, la Corte Constitucional ha respaldado la teoría de la condición más beneficiosa que permite, en ciertos casos, aplicar los requisitos consagrados en una ley anterior en procura de proteger la expectativa legítima de los cotizantes al sistema general de pensiones que se encuentren en estado de invalidez. Dicho principio está contemplado en el artículo 53 de la Carta Política y establece que los requerimientos de los trabajadores deben ser resueltos con la situación más favorable cuando exista “*duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho*”¹²⁵.

Adicionalmente, este tribunal ha explicado que debe ponderarse el momento en que se estructura la invalidez con el retiro material y efectivo del mercado laboral. Generalmente la fecha de estructuración coincide con la incapacidad laboral del trabajador; sin embargo, en ocasiones la pérdida de capacidad es progresiva en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, existe una diferencia temporal entre la total incapacidad para

¹²¹ El artículo 45 de la Ley 100 de 1993 regula la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

¹²² Decreto 758 de 1990. “ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. 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”.

¹²³ Ley 100 de 1993. El artículo 39 original de la Ley 100 de 1993 establecía: “ARTICULO 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

¹²⁴ Ley 860 de 2003. Esta ley modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta lo establecido en la Sentencia C-428 de 2009, indica: “ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. 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: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

¹²⁵ Al respecto puede verse la Sentencia C-168 de 1995.

continuar laborando y el momento en que inició la enfermedad, presentó su primer síntoma u ocurrió el accidente, según sea el caso¹²⁶.

La falta de concordancia entre la fecha de estructuración y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral, puede explicarse por la presencia de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas o padecimientos de larga duración. Lo anterior implica que una pérdida de capacidad laboral generada de manera progresiva en el tiempo¹²⁷ en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuración dictaminada, pues en los mencionados eventos, aquella se limita a informar el momento en que acaeció la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.

En esos casos, se repite, cuando las personas a pesar de tener una invalidez que se agrava de manera progresiva, conservan sus capacidades funcionales, continúan con su trabajo y realizan aportes al sistema general de pensiones por un periodo de tiempo posterior a la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, las administradoras de pensiones, al momento en que se solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, deben tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, so pena de la violación del derecho a la seguridad social, entre otros¹²⁸.

En conclusión, las administradoras de pensiones no pueden desconocer la capacidad laboral residual que conservó una persona afectada por una enfermedad crónica, congénita o degenerativa o por un padecimiento de larga duración, durante el tiempo posterior a la fecha de estructuración de la invalidez, por virtud de la cual continuó laborando y realizó las cotizaciones al sistema general de pensiones hasta el momento en el que de forma definitiva le fue imposible continuar en el mercado laboral. Por consiguiente, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración deben ser tenidas en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala le ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones– que una vez realizada la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor David Eutiquio Zea López, oficiosamente, adelante el estudio necesario para el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo las siguientes pautas: (i) que pese a que Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, hoy liquidada, no afilió al trabajador a ningún fondo de pensiones mientras este laboraba a su servicio, la empresa normalizó su pasivo pensional por medio de la conmutación pensional aceptada por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), según la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011; (ii) que debe darse aplicación al principio de la condición más beneficiosa como criterio

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2014.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ El tema ha sido desarrollado, entre otras, en las Sentencias T-699A de 2007, T-710 de 2009, T-163 de 2011, T-420 de 2011, T-158 de 2014, T-486 de 2015, T-111 de 2016 y T-350 de 2018.

de interpretación fijado por esta Corporación; y (iii) que debe tenerse en cuenta, en caso de ser pertinente, la capacidad laboral residual que pudo conservar el trabajador durante el tiempo posterior a la fecha en que sea estructurada la invalidez.

Adicionalmente, se ordenará a Colpensiones que informe al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el resultado final de la valoración de la pérdida de capacidad laboral del señor Zea López y del estudio del reconocimiento de la pensión de invalidez, una vez los respectivos actos administrativos adquieran firmeza.

Finalmente, la Sala precisa que la decisión de ordenar la calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante y el estudio para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez no comporta una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que Colpensiones (antes el Instituto de Seguros Sociales) desde del 11 de marzo de 2011 recibió el pago de la contingencia general del riesgo de vejez, y puede adelantar, si lo considera pertinente, actuaciones dirigidas a cobrar las sumas que corresponden al cubrimiento del riesgo de invalidez.

6. Conclusión

Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de David Eutiquio Zea López, quien presenta un diagnóstico de *“hernia de núcleo pulposo C5-C6 derecha”*, al negar la autorización para la calificación de su pérdida de capacidad laboral, desconociendo su condición de afiliado inactivo y futuro pensionado de la entidad, en virtud de la conmutación de las obligaciones pensionales que realizara la empresa Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, liquidada, al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) a través de la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, y, por ende, afectando la posibilidad del accionante de solicitar el reconocimiento de una pensión de invalidez.

La conmutación pensional, en tanto constituye un mecanismo para garantizar el pago de la obligación pensional a cargo del empleador (Frontino Gold), implica una subrogación de las obligaciones pensionales con el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), entendiéndose que el objeto del sistema general de pensiones es *“garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones”*, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

La afiliación del señor David Eutiquio Zea López al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones se dio una vez fue aceptada la conmutación pensional en la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011, pues con ello el Instituto de Seguros Sociales recibió el dinero correspondiente al cálculo

actuarial fijado, adquiriendo la obligación de reconocer la pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivencia, atendiendo a la integralidad del sistema general de seguridad social, según las contingencias futuras del extrabajador de la extinta Frontino Gold. Se trata, pues, de una afiliación atípica por ser de tipo contractual, por lo que la administradora de pensiones actuaría de mala fe si recibe el dinero y luego se sustrae de las obligaciones derivadas de la conmutación pensional.

Así las cosas, Colpensiones está en la obligación, primero, de adelantar los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que el señor David Eutiquio Zea López sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico-científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias. Y, segundo, y dependiendo de la anterior valoración, de adelantar el estudio necesario para el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo las siguientes pautas: (i) que pese a que Frontino Gold Mines Limited sucursal Colombia, hoy liquidada, no afilió al trabajador a ningún fondo de pensiones mientras este laboraba a su servicio, la empresa normalizó su pasivo pensional por medio de la conmutación pensional aceptada por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), según la Resolución No. 0425 del 11 de marzo de 2011; (ii) que debe darse aplicación al principio de la condición más beneficiosa como criterio de interpretación fijado por esta Corporación; y (iii) que debe tenerse en cuenta, en caso de ser pertinente, la capacidad laboral residual que pudo conservar el trabajador durante el tiempo posterior a la fecha en que sea estructurada la invalidez.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada dentro del trámite de revisión mediante Auto del 6 de marzo de 2019.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín el 16 de agosto de 2018, y **CONFIRMAR** la sentencia proferida, en primera instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 5 de julio de 2018, a través de la cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor David Eutiquio Zea López y se le ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones– que procediera a realizar la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para

que el señor David Eutiquio Zea López sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico-científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias, deben ser realizados dentro del término máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones– que una vez realizada la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor David Eutiquio Zea López, oficiosamente, adelante el estudio necesario para el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo las pautas arriba descritas. El anterior trámite debe ser realizado dentro del término máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la firmeza del acto administrativo de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

CUARTO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones– que informe al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el resultado final de la valoración de la pérdida de capacidad laboral del señor Zea López y del estudio del reconocimiento de la pensión de invalidez, una vez los respectivos actos administrativos adquieran firmeza.

QUINTO. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

