



Sentencia T-411/19

Referencia: Expedientes T-7.246.061 y T-7.249.857 (AC)

Acciones de tutela interpuestas por JCAO contra Colfondos S.A. -Fondo de Pensiones y Cesantías-; y David Romero Castellar contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, y Protección Pensiones y Cesantías S.A.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos:

- (i) el 30 de noviembre de 2018 por el Juzgado 17 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, en única instancia, dentro del trámite de acción de tutela promovido por JCAO contra Colfondos Pensiones y Cesantías (en adelante, Colfondos S.A.); y
- (ii) el 21 de noviembre de 2018 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de

Bogotá y el 22 de enero de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en primera y segunda instancia respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por David Romero Castellar contra la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante, Colpensiones) y Protección Pensiones y Cesantías (en adelante, Protección S.A.)

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional seleccionó y acumuló para efectos de su revisión los expedientes de la referencia, los cuales correspondieron por reparto a este despacho¹.

I. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T-7.246.061

Aclaración preliminar

En vista de que en este expediente el actor manifiesta que padece VIH/SIDA, la Sala considera pertinente suprimir su verdadero nombre para así proteger su derecho a la intimidad y a la confidencialidad. Por tanto, en esta providencia y en actuaciones sucesivas sustituirá su nombre real por las letras *JCAO*².

1.1. Solicitud

El 19 de noviembre de 2018, el señor **JCAO** solicitó al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, entre otros, presuntamente vulnerados por Colfondos S.A., por negarle el “*reconocimiento y pago de la devolución de aportes por invalidez*”. En consecuencia, pidió que se ordenara a la entidad demandada la devolución de los aportes por él realizados.

1.2. Hechos

¹ La Sala de Selección No. Tres de 2019, integrada por las Magistradas Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado, decidió acumular los expedientes T-7.249.857 y T-7.246.061 por presentar unidad de materia, los cuales fueron repartidos a la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger para que fueran fallados en una misma sentencia.

² Medidas como esta han sido adoptadas por la Corte Constitucional con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad de los accionantes, ya sea por petición expresa de ellos, o porque esta Corporación advirtió la necesidad de resguardar sus derechos. Por ejemplo, cuando se trata de personas enfermas de VIH SIDA, con orientación sexual diversa o menores de edad, entre otros, la Corte consideró oportuno proteger dichos derechos a través de la limitación de la publicación de toda información de dominio y que permitiera identificarlos. Al respecto pueden verse las Sentencias SU-256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; S.V. Jorge Arango Mejía; A.V. Hernando Herrera Vergara), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-810 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-618 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-220 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-143 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-349 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Jaime Córdoba Triviño), T-628 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-295 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

El accionante fundó su petición en los siguientes hechos:

1.2.1. Afirma que tiene 43 años y que padece de *“trastorno 2VIH SIDA C3 (...)TEP segmentario con infartos pulmonares 4, Neuralgia posherpética asociada, celulitis auricular, otitis, perdida de pesos (sic)”*, entre otras enfermedades.

1.2.2. Sostiene que el 21 de mayo de 2017, debido a su estado de salud, Colfondos S.A. lo calificó por invalidez con el siguiente resultado: 60.10% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 30 de diciembre de 2013.

1.2.3. Indica que impugnó la calificación al no estar de acuerdo con la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, pero la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia no accedió a modificarla.

1.2.4. Relata que el 2 de marzo de 2018 solicitó a Colfondos S.A. la devolución de aportes y, en respuesta, le informaron lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, se identifica que para la fecha de estructuración de invalidez, es decir, para el 30 de Diciembre de 2013, usted no se encontraba afiliado con COLFONDOS S.A. si no (sic) en COLPENSIONES.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo ya señalado de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., RECHAZA su solicitud de pensión de invalidez, y debe solicitar su trámite de pensión ante COLPENSIONES”.

1.2.5. Narra que el 3 de julio de 2018 Colfondos S.A. le informó que había enviado un oficio a Colpensiones con el fin de adelantar el trámite de traslado de aportes.

1.2.6. Aduce que el 18 de julio de 2018 presentó nueva petición de devolución de aportes a Colfondos S.A. y esta le respondió el 10 de agosto del mismo año, así:

“Esta administradora para poder iniciar el estudio de pérdida de capacidad laboral debe solicitar a los afiliados la documentación para poder definir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen de la enfermedad y la fecha de estructuración de la invalidez, dado que sin dicha documentación, no se puede definir su pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los aportes a Colpensiones le indicamos que a la fecha estamos realizando todos los tramites (sic)

operativos con el fin de dar solución a su petición, no obstante, le indicamos que este proceso es demorado”.

1.2.7. Refiere que el 21 de agosto de 2018 solicitó a Colpensiones información sobre si ya se había hecho el traslado de aportes desde Colfondos S.A. Como respuesta le indicaron:

“Así las cosas, se sugiere se contacte con su Administradora de Pensiones Privada-AFP a la cual se encuentra afiliado(a), si lo considera pertinente, para que le informe sobre el trámite (sic) de traslado o devolución de aportes, o cualquier otra gestión que se encuentre adelantando”.

1.2.8. El accionante menciona que el 5 de septiembre de 2018 solicitó a Colfondos S.A., una vez más, que procediera a la devolución de aportes. Afirma que la respuesta fue igualmente negativa.

1.2.9. Considera que las respuestas de Colfondos S.A. no tienen fundamento, al no existir en la legislación sobre la materia disposición alguna que indique que las prestaciones por invalidez deban ser reconocidas por el fondo en el cual se encontraba afiliado el usuario al momento de estructurarse la pérdida de capacidad laboral. En tal sentido, concluye que Colfondos S.A. es la entidad llamada a hacer la devolución de aportes.

1.3. Traslado y contestación de la acción de tutela

El Juzgado 17 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, mediante auto del 20 de noviembre de 2018, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a Colfondos S.A. para que ejerciera su derecho a la defensa.

Posteriormente, en auto del 26 de noviembre del mismo año, el referido juzgado ordenó la vinculación de Colpensiones al trámite de tutela, por considerar que podía resultar afectado con la decisión. Sin embargo, esta entidad no se pronunció.

1.3.1. Contestación de Colfondos S.A.

La apoderada de Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones de la acción de tutela. Solicitó declarar su improcedencia al considerar que la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante. Aseveró que el conflicto planteado es de origen legal, mas no constitucional, razón por la cual el juez de tutela no es el llamado a resolverlo.

En relación con el caso concreto, sostuvo que la estructuración de la invalidez en una fecha diferente a la de la vinculación con Colfondos S.A., permite concluir que *“el accionante NO SE ENCUENTRA CUBIERTO por la póliza provisional con la ASEGURADORA MAPFRE que en mandato de la Ley 100 de 1993 realiza el pago de la suma adicional que financia una prestación de*

invalidez en el régimen de ahorro individual”, conforme el artículo 70 de mencionada ley.

Indicó que, mediante comunicación del 2 de marzo de 2018, puso en conocimiento del accionante la falta de competencia de Colfondos S.A. para resolver la solicitud pensional.

Finalmente, propuso la vinculación de la aseguradora Bolívar como litisconsorte necesario.

1.4. Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia única de instancia

En sentencia del 30 de noviembre de 2018, el Juzgado 17 Civil Municipal de Oralidad de Medellín declaró improcedente el amparo solicitado, por considerar que el accionante cuenta con un mecanismo ordinario, ágil y efectivo ante la jurisdicción laboral.

A esta conclusión llegó luego de identificar los requisitos de procedencia de la acción de tutela, con especial énfasis en el de subsidiariedad. Expresó que aunque la Corte Constitucional ha reiterado que la tutela es procedente para ordenar el reconocimiento de la pretensión del actor, esto solo es viable cuando está acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable. Al no encontrar que este fuera el caso, consideró que el juez constitucional no era el llamado a sustituir al juez laboral en el procedimiento ordinario, el cual cuenta con etapas que permiten garantizar el debido proceso y resolver de manera definitiva la solicitud del actor.

1.5. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- 1.5.1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor JCAO (folio 5, cuaderno principal).
- 1.5.2. Copia del informe de epicrisis del señor JCAO, emitida por el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, fechado el 8 de marzo de 2018 (folios 6 a 8, cuaderno principal).
- 1.5.3. Copia del informe de notas y órdenes médicas del señor JCAO, expedidas por el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, con fecha 3 de abril de 2018 (folio 9, cuaderno principal).
- 1.5.4. Copia del reporte de semanas cotizadas por el señor JCAO ante Colfondos S.A., con fecha 21 de julio de 2017 (folio 10, cuaderno principal).
- 1.5.5. Copia de la certificación de afiliación del señor JCAO a Colfondos S.A., con fecha 16 de noviembre de 2018 (folio 12, cuaderno principal).

1.5.6. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado al señor JCAO, expedido por Colfondos S.A. el 21 de mayo de 2017 (folios 13 a 15, cuaderno principal).

1.5.7. Copia de las peticiones presentadas por el accionante a Colfondos S.A. (la última con fecha 11 de octubre de 2018), y las respectivas respuestas recibidas.

2. EXPEDIENTE T-7.249.857

2.1. Solicitud

El 30 de octubre de 2018, el ciudadano **David Romero Castellar** presentó acción de tutela contra Colpensiones y Protección S.A., por considerar que estas entidades vulneraron sus derechos fundamentales de petición, a la vida digna y al mínimo vital, luego de no obtener por parte de estas una respuesta de fondo acerca de cuál es la que debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama.

En consecuencia, solicitó al juez de tutela que ordenara a Colpensiones dar respuesta a las peticiones por él presentadas. Asimismo, que Protección S.A. iniciara el trámite correspondiente para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho.

2.2. Hechos

El accionante sustentó la solicitud de amparo en los siguientes hechos:

2.2.1. Sostiene que el 15 de diciembre de 2013 fue diagnosticado con insuficiencia renal. También, que padece otras enfermedades como diabetes mellitus, desorden del tracto urinario y enfermedad cardiovascular hipertensiva. Situaciones que, aduce, han desmejorado su calidad de vida.

2.2.2. Refiere que el 30 de mayo de 2017, la EPS Salud Total emitió concepto de rehabilitación desfavorable en su caso.

2.2.3. Informa que el 30 de junio de 2017 la Administradora Colombiana de Pensiones calificó su pérdida de capacidad laboral en 73,45%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 15 de diciembre de 2013. De acuerdo con la narración del tutelante, esta decisión le fue notificada el 4 de diciembre de 2017.

2.2.4. Indica que el 4 de diciembre de 2017 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. La entidad respondió negativamente el 22 de diciembre de 2017, afirmando no ser la competente para otorgar dicha prestación, toda vez que, para la fecha en que había sido fijada la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, el peticionario se encontraba

afiliado a Protección S.A. Por ello, le indicó que es a esta entidad a la que debía dirigir el reclamo.

2.2.5. Sostiene que el 2 de mayo de 2018 radicó petición ante Protección S.A. con el fin de conocer el estado de su afiliación, su historial de aportes y cotizaciones. Además, que le informaran si era la competente para resolver la solicitud de pensión de invalidez y, de ser así, cuál era el trámite que debía seguir.

2.2.6. Cuenta que el 7 de junio de 2018 Protección S.A. respondió a la anterior petición en los siguientes términos: (i) indicó que no había adelantado trámite de pensión de invalidez por cuanto el actor se encontraba afiliado a Colpensiones; (ii) sostuvo que reconocería la pensión por invalidez, siempre y cuando, a la fecha de estructuración de la misma el accionante estuviera afiliado con ellos y que, además, Colpensiones debía notificarles el acto administrativo de calificación de pérdida de la capacidad laboral. Finalmente, (iii) informó que una vez fueran notificados del mencionado dictamen, iniciarían las gestiones pertinentes para activar la cuenta del accionante y dar inicio al trámite.

2.2.7. Narra que el 5 de julio de 2018, radicó otra petición ante Protección S.A., en la cual solicitó continuar con el trámite de pensión de invalidez por considerar que: (i) en la solicitud del 2 de mayo de 2018 ya había allegado copia del dictamen de pérdida de la capacidad laboral y (ii) para la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, 15 de diciembre de 2013, se encontraba afiliado a ese fondo.

2.2.8. Menciona que, en respuesta a la anterior solicitud, el 13 de julio de 2018 Protección S.A. le informó que actualmente no estaba vinculado allí, por lo que no podían iniciar ningún trámite al respecto. Además, que estaban a la espera de que Colpensiones les notificara el dictamen de pérdida de capacidad laboral correspondiente a efectos de iniciar los trámites de rigor, únicamente bajo el entendido de que el riesgo es común y que este hubiera ocurrido durante la vigencia de la afiliación.

2.2.9. Consecuencia de la anterior respuesta, el actor indica que el 30 de julio de 2018 presentó solicitud ante Colpensiones para que enviara a Protección S.A. la notificación formal del dictamen de pérdida de capacidad laboral; así también, la remisión formal de su caso para que esta analizara el reconocimiento de la pensión de invalidez.

2.2.10. Informa que el 31 de julio de 2018 presentó adición a la petición del 5 de julio de ese mismo año elevada a Protección S.A. En este nuevo escrito, manifestó que no existía ningún sustento legal o jurisprudencial para exigir que Colpensiones debía notificarles el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Razón por la cual solicitó adelantar el proceso de reconocimiento pensional por invalidez, teniendo en cuenta que él ya había allegado el mencionado documento de calificación.

2.2.11. Relata que el 24 de agosto de 2018, Protección S.A. respondió a la solicitud del 31 de julio y le indicó que era preciso que Colpensiones les notificara directamente la calificación.

2.2.12. El actor manifestó que, al momento de presentar la acción de tutela, Colpensiones no había dado respuesta a la petición radicada el 30 de julio de 2018.

2.2.13. Finalmente, sobre su situación personal actual, el señor David Romero Castellar sostiene en su escrito de tutela lo siguiente: “...no desarrollo ninguna actividad laboral, resido con mi esposa que deriva sus ingresos del arrendamiento de un inmueble, y con mis hijos. No cuento con las condiciones de salud para obtener ingresos adicionales a mis incapacidades...”. En tal sentido, considera urgente tener una respuesta de fondo frente al trámite de su pensión de invalidez, para así poder garantizar las condiciones mínimas de subsistencia.

2.3. Traslado y contestación de la acción de tutela

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 7 de noviembre de 2018, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a Protección S.A. y a Colpensiones para que ejercieran su derecho a la defensa. Asimismo, dispuso la vinculación de Salud Total EPS y de Asalud Ltda.

2.3.1. Contestación de Protección S.A.

2.3.1.1. Protección S.A. aclaró que el accionante estuvo afiliado allí desde el 23 de septiembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2015, fecha a partir de la cual fue aprobada su solicitud de traslado con destino al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

Conforme la anterior información, sostuvo que actualmente no cuenta con aportes ni dinero para pagar la pensión de invalidez solicitada por el accionante e, incluso, que ni siquiera existe seguro previsional que subsidie dicha contraprestación, según el Decreto 019 de 2012.

2.3.1.2. Además, consideró inválido el argumento expuesto por Colpensiones al sostener que no es la competente para reconocer la pensión de invalidez, por cuanto la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se había fijado para cuando el accionante estaba afiliado a otro fondo. Al respecto, Protección S.A. indicó que la jurisprudencia constitucional³ ha sido clara en varias oportunidades al sostener que el último fondo de pensiones es el que tiene los recursos derivados de los aportes del usuario y, por tanto, no debe someterlo a trámites administrativos adicionales para resolver la solicitud pensional.

³ Al respecto, cita las sentencias T-801 de 2011, T-699A de 2007, T-710 de 2009, T-886 de 2013 y T-522 de 2017.

2.3.1.3. Asimismo, adujo que le fue vulnerado el derecho de defensa, toda vez que Colpensiones emitió un dictamen de pérdida de la capacidad laboral sin habersele notificado la decisión, lo cual era necesario por el hecho de que allí se señala que la estructuración de la misma se dio cuando el accionante estaba afiliado a Protección S.A.

2.3.1.4. En relación con la procedencia de la acción de tutela señaló que, en razón a su carácter subsidiario, el accionante debe acudir a la justicia ordinaria laboral.

2.3.1.5. Por lo expuesto, concluyó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor y que, en el caso concreto, debía condenarse a Colpensiones porque era donde actualmente el accionante se encontraba afiliado, era allí donde tenía los aportes, y el hecho de que la pérdida de capacidad laboral se hubiera estructurado en vigencia de la afiliación a Protección S.A., no conllevaba que esta debiera reconocer la pensión de invalidez. Finalmente, solicitó que, en el evento de prosperar alguna pretensión en contra de ese fondo, el amparo se concediera de manera transitoria.

2.3.2. Contestación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-

Colpensiones señaló que el 14 de noviembre de 2018 envió a Protección S.A. el dictamen de pérdida de capacidad laboral del accionante, a efectos de que se realizara el trámite de pensión de invalidez. Por tanto, consideró que se configuraba la carencia actual de objeto por hecho superado y que la acción de tutela debía declararse improcedente.

2.3.3. Contestación de Salud Total EPS

Esta EPS indicó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante, por lo tanto, carecía de legitimación en la causa por pasiva y solicitó ser desvinculada del trámite procesal.

2.3.4. Contestación de Asalud Ltda.

Asalud Ltda informó que, en calidad de proveedor de salud de Colpensiones, calificó la pérdida de capacidad laboral del señor David Romero Castellar el 30 de junio de 2017, mediante dictamen No. 2017222992EE en el que definió que su invalidez era del 73,45%, de origen común, con fecha de estructuración 15 de diciembre de 2013.

Sin más consideraciones, solicitó ser desvinculada del trámite de tutela.

2.4. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

En sentencia del 21 de noviembre de 2018, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del accionante. En consecuencia, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- que en un término de quince (15) días hábiles posteriores a la notificación de la decisión, de manera transitoria, reconociera y pagara la pensión de invalidez al señor David Romero Castellar, para lo cual debía emitir la resolución correspondiente, efectiva a partir de la fecha del fallo.

Así mismo, exhortó al peticionario a presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción ordinaria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la decisión, para que sea esta la encargada de definir la fecha de reconocimiento de la pensión y la administradora obligada a ello.

En tal sentido, reconoció expresamente la facultad que tiene Colpensiones de recuperar las sumas pagadas al accionante por concepto de pensión de invalidez, en caso de no ser la llamada al pago de dicha prestación.

El juzgado impartió las anteriores órdenes tras considerar que la acción de tutela era procedente en razón a que el actor es un sujeto de especial protección constitucional debido a su actual estado de salud y, por tanto, otros mecanismos de defensa judicial no resultaban eficaces. De igual modo, basado en el material probatorio, determinó que era Colpensiones quien debía reconocer la pensión de invalidez, para lo cual tenía que contabilizar las semanas cotizadas por el actor con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Impugnación

Colpensiones impugnó la anterior decisión con fundamento en que la acción de tutela no era el mecanismo procedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pues de ser así se desconocería su carácter subsidiario. También adujo que el juez de tutela desconoció su obligación de defender el patrimonio público.

Segunda instancia

En providencia del 22 de enero de 2019, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, revocó la decisión del *a quo* por considerar que el juez de tutela no podía entrar a definir de fondo el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pretensión que debe ser tramitada ante el juez competente.

2.5. Pruebas relevantes que obran en el expediente

2.5.1. Copia de certificación de afiliación del señor David Romero Castellar a Colpensiones, fechada el 14 de junio de 2018 (folio 9, cuaderno de primera instancia).

- 2.5.2. Copia de la historia clínica del señor David Romero Castellar, emitida por la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José, con fecha de expedición del 2 de mayo de 2018 (folios 11 a 22, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.3. Copia del concepto de rehabilitación desfavorable, emitido por Salud Total EPS, con fecha de 30 de mayo de 2017 (folio 39, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.4. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado al señor David Romero Castellar, expedido por Colpensiones el 30 de junio de 2017 (folios 41 a 44, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.5. Copia de la Resolución No. 2017_12841182 del 22 de diciembre de 2017, expedida por Colpensiones, por medio de la cual declara no tener competencia para resolver la solicitud de pensión de invalidez elevada por el señor David Romero Castellar (folios 47 a 49, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.6. Copia de la petición presentada por el señor David Romero Castellar a Protección S.A., fechada el 2 de mayo de 2018 (folios 50 a 53, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.7. Copia del oficio No. CAS-2585585-L5C7T9, fechado el 7 de junio de 2018, por el cual Protección S.A. responde a la solicitud del señor David Romero Castellar descrita en el numeral anterior (folios 64 y 65, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.8. Copia de la petición elevada por el señor David Romero Castellar a Protección S.A., fechada el 5 de julio de 2018 (folios 66 a 68, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.9. Copia del oficio No. 79326372 INV, fechado el 13 de julio de 2018, por el cual Protección S.A. responde a la solicitud elevada por el señor David Romero Castellar señalada en el numeral anterior (folio 69, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.10. Copia de la petición elevada por el señor David Romero Castellar a Colpensiones, fechada el 30 de julio de 2018 (folios 70 a 72, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.11. Copia de la petición elevada por señor David Romero Castellar a Protección S.A. el 31 de julio de 2018, en adición a la descrita en el numeral anterior (folios 73 y 74, cuaderno de primera instancia).
- 2.5.12. Copia del oficio No. CAS-3024186-M7S3V3, con fecha 24 de agosto de 2018, por el cual Protección responder a la petición del señor David Romero Castellar (folio 75, cuaderno de primera instancia).

3. Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional en el trámite de revisión

3.1. Colpensiones

En escrito recibido el 23 de mayo de 2019 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Gerente Asignado de Defensa Judicial de Colpensiones allegó intervención para exponer la defensa jurídica de la entidad frente a los dos expedientes bajo revisión.

3.1.1. En relación con el expediente **T-7.246.061**, donde el actor es el señor JCAO, señala que la acción de tutela es improcedente por cuanto el accionante tiene al alcance otros medios de defensa judicial.

3.1.2. Frente al fondo del asunto, esto es, de la competencia para el reconocimiento de la prestación reclamada por el actor, indica que el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 determina que el traslado produce efectos únicamente a partir del día siguiente, del segundo mes, de la fecha de solicitud del traslado efectuada por el afiliado.

Para el caso concreto, afirma que consultó el número de identificación del accionante en la página web de Colfondos S.A., y el resultado fue *“la persona identificada con cédula número (...) no se encuentra afiliada”*. Asimismo, que realizó este ejercicio de verificación en el Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensiones –SIAFP- y evidenció *“que el traslado de aportes COLPENSIONES por el proceso de no vinculados el 2018/11/28 reportando los ciclos 2015/05 a 2015/11, información que se encuentra acreditada en la historia laboral del ciudadano conforme a lo reportado por la AFP COLFONDOS”*.

Conforme lo anterior, sostuvo que el accionante se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1 de marzo de 1995 y solicitó el traslado a Colfondos S.A., pero este le fue anulado. Por tanto, actualmente *“cuenta con cotizaciones en Colpensiones, ya que fueron devueltas por el RAIS, lo cual hace que esta entidad sea competente para el estudio de cualquier solicitud de prestación pensional”*.

3.1.3. En relación con el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante, aporta una tabla con la información de las semanas cotizadas por él, la cual arroja un total de 77,14, en periodos intermitentes entre el 01 de febrero de 1995 y el 31 de diciembre de 1996; y un segundo periodo entre el 1 de mayo de 2015 y el 30 de noviembre del mismo mes y año. De lo cual destaca que el actor no cotizó entre el año 1996 y 2015.

A efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos, deduce que si la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fue fijada el 30 de diciembre de 2013, entonces el conteo de las cincuenta semanas en los últimos

tres años daría como límite en el pasado el 1 de enero de 2010. A partir de esto concluye que al no haber hecho aportes durante ese periodo, el actor no cumpliría el requisito de aportes mínimos.

En aplicación el principio de la condición más beneficiosa, conforme la SU 446 de 2016, la entidad afirma que el actor tampoco reúne los requisitos para acceder a la pensión de invalidez previstos en el Decreto 758 de 1990, el art. 39 de la Ley 100 de 1994 y la Ley 860 de 2003. No obstante, informa que sí puede acceder a la indemnización sustitutiva de pensión de invalidez, para lo cual debe radicar solicitud en este sentido. Finalmente, considera importante hacer saber que los aportes del actor se encuentran en Colpensiones y podrá realizar el trámite para obtener la mencionada indemnización una vez allegue la documentación necesaria.

3.1.4. En relación con el expediente **T-7.249.857**, donde el tutelante es David Romero Castellar, reitera el argumento de improcedencia de la acción de tutela alegado ante los jueces de instancia, por no reunirse el requisito de subsidiariedad.

Sostiene que cuando fue notificada de la decisión de primera instancia procedió a proferir la Resolución No. SUB325303 del 17 de diciembre de 2018, por la cual otorgó al señor David Romero Castellar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, dejó sin efectos este acto administrativo tras conocer la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que revocó el fallo del *a quo*.

3.1.5. Frente al caso concreto, indica que el accionante se trasladó de Protección S.A. a Colpensiones el 17 de diciembre de 2014, con efectividad a partir del 1 de febrero de 2015. No obstante, resalta que esta afiliación fue anulada al día siguiente y, por tanto, afirma que el actor se encuentra actualmente vinculado a Protección S.A.

3.1.7. En otras consideraciones, expone los criterios y porcentajes en los que se divide la pensión de invalidez y a quién corresponde pagarlos. Sobre esto, aduce que *“se paga con los recursos de todos los afiliados de Colpensiones aportan al fondo de invalidez, es decir al 0.80% del aporte”*.

Así mismo, recuerda que, de manera reciente (T-131 de 2019), la Corte Constitucional *“estableció que en materia de competencia de reconocimiento de pensión de invalidez, cuando un afiliado se haya trasladado del RAIS al RPM, y la estructuración de invalidez de haya estructurado en la administración anterior, en este caso en el fondo privado corresponde; ‘la nueva administradora que está llamada a cubrir el siniestro que genere la invalidez del afiliado, sin que sea importante la fecha de estructuración’*”.

Indica que la Corte tomó la anterior decisión con base en que el fondo privado no tendría dinero para financiar la pensión de invalidez. No obstante, a su juicio, este sí tiene los recursos para el pago de la prestación aludida, *“ya que al*

momento de trasladarse los recursos del RPM hacia el RAIS, se efectúa con la rentabilidad acumulada durante el respectivo periodo, sin perjuicio del bono de los tiempos anteriores a la fecha de traslado”. Para reforzar lo dicho, cita extractos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008⁴.

Resalta que los fondos privados contratan con una aseguradora el cubrimiento de los riesgos de invalidez, mecanismo que no es usado en el Régimen de Prima Media, donde las administradoras pueden contratar los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente.

3.1.8 Finalmente, en relación con las pretensiones del accionante, afirma que no existe ninguna controversia entre las administradoras, toda vez que Protección S.A. no ha desconocido que tiene competencia cuando comunicó al accionante mediante radicado CAS-3024186-M7S3V3 del 24 de agosto de 2018, que una vez recibiera el dictamen de invalidez activaría la cuenta y procedería a dar inicio al trámite pensional.

Sobre el referido envío de la calificación de invalidez a Protección S.A., el representante de Colpensiones asegura que, mediante comunicación del 14 de noviembre de 2018, remitió a ese fondo el referido documento.

En cuanto al derecho de petición, indica que si con la acción de tutela el accionante buscaba que obtener respuesta a la solicitud del 30 de julio de 2018, esto está solucionado pues la correspondiente comunicación fue enviada a Protección S.A.

Igualmente, considera que al ser Protección S.A. la que debe estudiar de fondo la solicitud de pensión de invalidez, Colpensiones no tendría legitimidad en la causa por pasiva.

Finalmente, al escrito de intervención, Colpensiones anexa la (i) historia laboral del accionante, (ii) un certificado en el cual hace constar su traslado al Régimen de Ahorro Individual y la (iii) comunicación No. CAS-3024186-M7S3V3 del 24 de agosto de 2008, suscrito por Protección S.A.

3.2. Traslado a las partes

3.2.1. Por auto del 29 de mayo de 2019, la suscrita magistrada sustanciadora ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional poner a disposición de las partes involucradas en los dos expedientes bajo revisión, los escritos presentados por Colpensiones, para que en un término de tres (3) días a partir

⁴ El apartado que cita es el siguiente: “Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente: (...) // Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiera la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos”.

de la comunicación de la providencia pudieran conocerlos y pronunciarse al respecto.

Vencido el anterior término, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al despacho de la suscrita magistrada sustanciadora que no recibió escrito alguno proveniente de las partes en cada uno de los expedientes acumulados.

3.3. Auto de pruebas del 6 de junio de 2019

3.3.1. El hecho de que Colpensiones informara a esta Sala que el señor David Romero Castellar actualmente ya no está afiliado allí sino a Protección S.A., debido a que el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media había sido anulado, resulta relevante para la solución del caso concreto.

3.3.2. Por tanto, mediante auto del 6 de junio de 2019, la magistrada sustanciadora decretó pruebas en el expediente T-7.249.857 y otorgó un plazo de tres días para que Protección S.A. certificara si el accionante se encontraba afiliado a ese fondo e informara si le había reconocido pensión de invalidez. También, para que en el mismo término Colpensiones indicara bajo qué fundamentos el tutelante había realizado aportes durante los años 2018 y 2019, según la historia laboral allegada en el trámite de revisión, si de acuerdo con lo informado por la entidad su estado actual es “trasladado”. Finalmente, ordenó comunicar la providencia al señor David Romero Castellar.

3.3.1. Respuesta de Colpensiones

En escrito recibido el 21 de junio de 2019 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, Colpensiones informa que el señor David Romero Castellar realizó aportes durante el año 2018 y parte del 2019 en virtud del traslado que hubo de Protección S.A. a Colpensiones. Sin embargo, como la fecha de estructuración de la invalidez (15 de diciembre de 2013) se produjo cuando se encontraba afiliado a Protección S.A., *“dicho traslado fue anulado teniendo en cuenta que una vez un trabajador perteneciente al régimen de prima media, decide trasladarse al régimen de ahorro individual, las contingencias que ocurran durante el tiempo necesario para formalizar la nueva afiliación, serán cubiertas por la antigua administradora”*.

De igual modo, responde a la pregunta que inicialmente iba dirigida a Protección S.A., y reitera que *“[e]l señor David Romero Castellar actualmente se encuentra trasladado a la AFP Protección S.A.”*. Al respecto, adjunta certificación de estado de afiliación, donde se lee lo siguiente:

*“LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES*

CERTIFICA QUE:

El Señor(a) DAVID ROMERO CASTELLAR identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 79326372 se encuentra afiliado(a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por COLPENSIONES desde el día 09/08/1984 y su estado es trasladado”

3.3.4. Auto de pruebas del 26 de junio de 2019 (Exp. T-7.249.857)

Tras advertir la falta de respuesta por parte de Protección S.A., mediante auto del 26 de junio de 2019 la suscrita magistrada sustanciadora requirió a esa entidad para que atendiera lo ordenado en el auto del 6 de junio del mismo año. Además, también consideró necesario indagar directamente al accionante (i) si había hecho aportes en seguridad social durante el año 2018 y parte del 2019 y a cuál fondo de pensiones; (ii) si actualmente estaba trabajando y, si era así, en qué actividad; y (iii) si continúa haciendo aportes a seguridad social en pensión. Finalmente, dejó a disposición de las partes las respuestas recibidas por un término de tres (3) días.

3.3.3. Respuesta de Protección S.A.

Mediante oficio recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 26 de junio de 2019, Protección S.A. respondió a la solicitud de pruebas ordenada por la Sala en auto del 6 de junio de 2019.

Informa que el señor David Romero Castellar estuvo afiliado a Protección S.A. desde el 23 de septiembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2015, fecha en que se aprobó su solicitud de traslado con destino al régimen de primera media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

De acuerdo con lo anterior, en respuesta a lo preguntado por esta Sala, afirma que el accionante *“no se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A., **por el contrario, se encuentra válidamente afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, tal y como consta en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones –SIAFP.-**”* (negrillas originales).

Adicionalmente, precisa que mientras el señor David Romero Castellar estuvo afiliado a Protección S.A. cotizó un total de 21,42 semanas.

Finalmente, concluye el escrito manifestando que *“a la fecha el accionante: i) se encuentra activo en Colpensiones; ii) No remitieron los aportes; y iii) No han anulado la afiliación y ya no puede realizarse”*.

3.3.4. Escrito allegado por el señor David Romero Castellar

El 28 de junio de 2019, el señor David Romero Castellar radicó escrito en la Secretaría General de la Corte Constitucional para referirse al auto de pruebas del 6 de junio del mismo año y al informe allegado a esta Sala por Colpensiones el 23 de mayo de 2019.

Luego de hacer un recuento cronológico de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela, así como del momento en que solicitó el traslado desde Protección S.A. hacia Colpensiones, el accionante afirma lo siguiente:

“(…) cabe destacar la mala fe por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por cuanto en la información allegada se señala que mi afiliación fue anulada el dos (2) de febrero de dos mil quince (2015), pero en la certificación expedida el catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) no consta dicho hecho, sino que establece que es un afiliado activo, luego, resulta evidente que dicha situación fue añadida con posterioridad a la fecha en que la entidad indica que la afiliación fue anulada y, adicionalmente, si ese hubiera sido el caso, en ningún momento me fue notificada dicha circunstancia ni a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.”.

Conforme lo anterior, solicita a la Corte Constitucional desestimar la información allegada por Colpensiones, al observarse que la anulación del traslado no consta *“sino que fue agregada de manera reciente evidenciando así la mala fe por parte de dicha entidad”*.

3.3.5. Respuestas al auto del 26 de junio de 2019 (T-7.249.857)

El 12 de julio de 2019, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al despacho de la magistrada sustanciadora que, en el término otorgado a Protección S.A. y al señor David Romero Castellar para dar respuesta al auto de pruebas del 26 de junio del mismo año, únicamente recibió escrito de Protección S.A., el cual, según se observa, es idéntico al que esa entidad radicó el día en que fue proferido el referido auto.

Por considerar que el material probatorio reunido hasta este momento brindaba los elementos necesarios para decidir, el 12 de julio de 2019 la magistrada sustanciadora registró proyecto de sentencia para ser debatido por los demás integrantes de la Sala Séptima de Revisión.

Sin embargo, estando la ponencia en consideración de la Sala Séptima, la Secretaría General de la Corte Constitucional entregó al despacho de la suscrita magistrada sustanciadora la respuesta del señor David Romero Castellar al auto del 26 de junio de 2019, donde fue indagado sobre su situación económica y laboral. En este sentido, se recibió lo siguiente:

Preguntado: *“¿Usted realizó aportes a pensión durante el año 2018 y en el periodo comprendido entre enero y mayo de 2019?”*

Respuesta del señor David Romero Castellar:

“Sí, realicé aportes a pensión durante el periodo comprendido entre enero y diciembre de dos mil dieciocho (2018) de conformidad con el

informe histórico de PAGOSIMPLE que se aporta con el presente escrito (...)”.

Al respecto, relaciona dos tablas donde se observan los periodos cotizados de enero a diciembre de 2018 y de enero a julio de 2019.

Preguntado: “¿A cuál administradora de Fondos de Pensiones realizó los mencionados aportes?”

Respuesta del señor David Romero Castellar:

“Si bien el pago se hacía por el intermediario Colsubsidio, este iba dirigido a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES como puede verificarse en las planillas con fecha febrero de dos mil dieciocho (2018) y de enero de dos mil diecinueve (2019) que se aportan con el presente escrito y, adicionalmente, con los informes históricos resumidos de PAGOSIMPLE los cuales señalan que el código de AFP es el 25-14, el cual corresponde a la entidad accionada”.

Preguntado: “Indique si actualmente usted ejerce alguna actividad laboral como independiente o empleado. Si la respuesta es afirmativa ¿en qué consiste el trabajo que desempeña? Si es negativa ¿cuál es el origen de los recursos económicos que le permitieron realizar los aportes durante el año 2018 y parte de 2019?”.

Respuesta del señor David Romero Castellar:

“Actualmente no ejerzo alguna actividad laboral como independiente o empleado. El origen de los recursos que me permitieron llevar a cabo los aportes a pensión en los periodos señalados provienen del dinero que mi mamá me gira cada mes con el único propósito de que se realice dicho pago, situación que se encuentra acreditada por ella de acuerdo con la declaración juramentada que se aporta con el presente escrito.

Ahora bien, resulta inadmisibles que mi mamá tenga que ayudarme a realizar los aportes a seguridad social con dinero de la pensión de sobrevivientes que obtiene por mi papá, siendo yo una persona con edad avanzada, pues si no los hago, es posible que no me atiendan en caso de una emergencia médica y mi condición no me permite trabajar en la medida en que es una enfermedad que, con los días, empeora y por la cual tengo que hacer diálisis varias veces a la semana lo que me debilita cada vez más. Asimismo, ella me da dinero para cubrir mis necesidades básicas, pues las incapacidades que me han sido generadas por el CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA-CPO, superiores a los 540 días, tampoco me están siendo canceladas por SALUD TOTAL E.P.S., pues la entidad considera que debo iniciar el trámite para obtener mi pensión de

invalidez, pero como es de conocimiento de usted, señora Magistrada, esta es una situación que se está discutiendo en el presente caso”.

Preguntado: “¿Actualmente usted continúa realizando aportes a pensión?”

Respuesta del accionante:

“Sí, continuó realizando los aportes a pensión con el dinero que mi mamá me gira para dicho propósito”.

Para complementar esta última respuesta, realiza un recuento fáctico de su caso y solicita que su escrito se tenga como presentado en tiempo y se desestime la información manifestada por Colpensiones, en relación con la nulidad de su traslado entre regímenes.

Finalmente, el actor anexa varios documentos de los cuales se destacan los siguientes por ser relevantes:

- Copia del informe histórico resumido de pagos a seguridad social a través de “PAGOSIMPLE”, expedido el 12 de julio de 2019. Allí se observa que el actor realizó aportes para salud y pensión entre enero y diciembre de 2018.
- Copia del informe histórico resumido de pagos a seguridad social a través de “PAGOSIMPLE”, expedido el 12 de julio de 2019. Allí se observa que el actor realizó aportes para salud y pensión entre enero y julio de 2019.
- Declaración juramentada realizada por Rosa Amira Castellar de Romero, madre del accionante, ante la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá el 12 de julio de 2019, a través de la cual manifestó bajo juramento que *“le ayudo a mi hijo (...) para los gastos de alimentación por el valor de \$80.00 semanales, pensión y seguro social es de 272.200 mensuales con lo que obtengo de mi pensión, ya que el (sic) tiene una deficiencia RENAL TERMINAL por tal motivo no puede trabajar”.*

3.3.6. Auto de pruebas del 19 de julio de 2019

En virtud de lo anterior, la suscrita magistrada sustanciadora advirtió que la información suministrada por el señor David Romero Castellar (Exp. T-7.249.857) era coherente con lo indagado, pero generaba una serie de inquietudes adicionales que, forzosamente, debían ser aclaradas en aras de llegar al convencimiento probatorio suficiente que permitiera definir con certeza si existía o no vulneración de sus derechos fundamentales. Esto, aun cuando el proyecto de sentencia ya estuviera en consideración de los demás magistrados de la Sala Séptima de Revisión, labor que no se vería afectada toda vez que no se había llegado a una decisión definitiva al respecto.

Por lo anterior, mediante auto del 19 de julio de 2019, solicitó al señor David Romero Castellar responder, en un término de tres días contados a partir de la comunicación de la providencia, las siguientes preguntas:

“(…)

- a) *Indique las razones por las cuales dejó de cotizar al sistema de seguridad social entre diciembre de 2009 y diciembre de 2014.*
 - b) *Durante los años 2015, 2016 y 2017 ¿cuál fue, en qué consistió y hasta qué fecha desempeñó el último trabajo que le permitió aportar por cuenta propia al sistema de seguridad social?*
 - c) *De lo anterior, por favor remita a la Corte Constitucional los documentos pertinentes que prueben que usted realizó dicha labor*
- (iii) *En la respuesta al auto del 26 de junio de 2019, usted manifestó que debido a su condición de salud no puede trabajar y que los recientes aportes al sistema de seguridad social en salud fueron hechos a partir de la ayuda económica que su progenitora le brinda. De acuerdo con esto, indique ¿desde qué mes y año comenzó a realizar aportes a seguridad social con ayuda familiar?”.*

Igualmente, se ordenó comunicar el contenido del referido auto de pruebas a las partes involucradas en el expediente T-7.249.857, y poner a su disposición los escritos allegados en respuesta al mismo.

El 1 de agosto de 2019, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al despacho de la suscrita magistrada sustanciadora que durante el término para responder, otorgado en el auto de pruebas, se recibieron dos escritos. El primero, remitido por la Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones y, el segundo, presentado por el señor David Romero Castellar.

3.3.6.1. Escrito remitido por Colpensiones

Colpensiones allegó escrito en el término de traslado del citado auto, no para referirse a las preguntas formuladas por la Sala de Revisión al señor Romero Castellar, sino para cuestionar el informe presentado por Protección S.A. el 25 de junio de 2019, donde afirmó que el accionante no estaba afiliado a ese fondo privado.

Sobre el particular, Colpensiones asegura que Protección S.A. “omitió indicar que el traslado, se encuentra en trámite, y que no ha sido culminado como quiera que el fondo privado no ha resuelto la solicitud asignada en el aplicativo mantis. La anulación del traslado fue con ocasión a que el accionante estructuró la invalidez para cuando se encontraba afiliado y cotizando a pensión en Protección”.

3.3.6.2. Respuesta del señor David Romero Castellar

En escrito radicado en término en la Secretaría General de la Corte Constitucional, el señor David Romero Castellar respondió al cuestionario formulado por la suscrita magistrada, así:

Pregunta: “a) Indique las razones por las cuales dejó de cotizar al sistema de seguridad social entre diciembre de 2009 y diciembre de 2014”

Respuesta del accionante: “En el mes de diciembre del año dos mil nueve (2009), por motivos personales generados por problemas laborales me retiré de mi trabajo en la sociedad Aire Caribe S.A., cuya última cotización fue en diciembre de dicho año, como consta en el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES con fecha del ocho (8) de febrero de dos mil diecinueve (2019) que obra en el memorial radicado el día quince (15) de julio del presente año (2019) (sic). Por lo anterior, a partir de dicho momento quedé desempleado y por mi edad en dicha época: cuarenta y tres (43) años, no pude conseguir un nuevo empleo. En este momento, es mi esposa quien me afilia como beneficiario en el sistema de salud. (Subrayado original).

Ahora bien, en el año dos mil once (2011) fui diagnosticado de diabetes mellitus tipo 2, y entre mayo y diciembre del año dos mil trece (2013), la creatinina se me subió, mis riñones empezaron a fallar y tuve retención de líquidos lo que generó como consecuencia que, el trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013) me hospitalizaran en el Centro Policlínico El Olaya donde me hicieron mi primera hemodiálisis el quince (15) de diciembre de dos mil trece (2013), lo que implicó que mi salud se agravara y no pudiera continuar laborando”.

Pregunta: “b) Durante los años 2015, 2016 y 2017 ¿cuál fue, en qué consistió y hasta qué fecha desempeñó el último trabajo que le permitió aportar por su cuenta propia al sistema de seguridad social?”.

Respuesta del accionante: “En la medida en que la cuota moderadora de beneficiario que tuve que pagar con ocasión de mi desempleo era muy alta, opté por cambiar de beneficiario a cotizante y fue en ese momento que mi papá, viendo mi condición de salud en aquella época, me empezó a girar dinero para realizar las cotizaciones como independiente en salud y pensión.

Al fallecer mi padre, se encargó a mi mamá que me siguiera girando el dinero para poder continuar cotizando, situación que se ha mantenido hasta la actualidad. Y que ya se puso de presente el día quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019) ante ustedes con una declaración extra judicial en donde mi madre da fe de lo anterior” (Subrayado original).

Pregunta: “En la respuesta al auto del 26 de junio de 2019, usted manifestó que debido a su condición de salud no puede trabajar y que los recientes aportes al sistema de seguridad social en salud fueron hechos a partir de la ayuda económica que su progenitora le brinda. De acuerdo con esto, indique ¿desde

qué mes y año comenzó a realizar aportes a seguridad social con ayuda familiar?”.

Respuesta del accionante: *“Empecé a cotizar como independiente con la ayuda económica que me giraba mi padre desde el año dos mil catorce (2014) y la actualidad (sic) lo sigo haciendo con la misma cuota que gira mi madre, siempre con los fondos de la pensión de mi padre”.*

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia y procedencia de la acción de tutela

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

2.2. Análisis de procedencia de las acciones de tutela bajo revisión

Previo a definir el problema jurídico que deberá resolver la Sala, es necesario determinar si los casos bajo estudio reúnen los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

2.2.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece en su artículo 1º que toda persona puede acudir a este mecanismo para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, cuando advierta que estos están siendo amenazados o han sido vulnerados por una autoridad pública o, en ciertos casos, por particulares.

Por tanto, debe existir identidad entre la persona que sufrió la afectación de sus derechos fundamentales, y quien presenta la solicitud de amparo ante el juez de tutela. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda acudir a este mecanismo a través de un representante, o bajo la figura de la agencia oficiosa según las circunstancias de cada caso. A la luz de estos parámetros es que se configura la legitimación en la causa por activa, elementos que para la Corte Constitucional busca establecer *“un interés directo y particular en el proceso (...), el cual se deriva de que el funcionario judicial pueda concluir que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante”*⁵.

A partir del mismo artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 también se puede identificar la figura de la legitimación en la causa por pasiva, que requiere la individualización de la autoridad pública a la cual se le atribuye la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se solicita. Este es un aspecto esencial pues permite al juez de tutela conocer quién será el destinatario de sus órdenes en caso de establecer que se han vulnerado los

⁵ Sentencia T-511 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

derechos fundamentales de quien acude a la protección judicial vía tutela⁶.

En el expediente **T-7.246.061**, la Sala advierte que se configura la legitimación en la causa por activa, en tanto el accionante, señor JCAO, es quien ha dirigido varias solicitudes a Colfondos S.A., que identifica como la vulneradora de sus derechos fundamentales. Asimismo, la entidad accionada en este caso cuenta con legitimación en la causa por pasiva, si se tiene en cuenta que afirmó que el actor se encuentra afiliado a ese fondo y, por tanto, es quien tiene la potestad de dar una respuesta de fondo a la pretensión principal de la tutela, esto es, la devolución de aportes.

Igual sucede con Colpensiones, vinculada formalmente al proceso por el juez de instancia. Y a pesar de que no contestó la tutela, puede ser sujeto pasivo de órdenes judiciales en caso de que así lo disponga esta Sala, más cuando allegó escrito manifestando que es la entidad que actualmente tiene los aportes a pensión realizados por el actor.

Por otro lado, en el expediente **T-7.249.857**, acción de tutela presentada por el ciudadano David Romero Castellar, la Sala advierte que, en efecto, este cuenta con legitimación en la causa por activa, puesto que es la persona que ha promovido una actuación administrativa ante Colpensiones y Protección S.A. para reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Asimismo, en el citado expediente también se encuentra configurada la legitimación en la causa por pasiva en cabeza de Colpensiones y Protección S.A., en tanto ambas entidades son identificadas por el actor como las presuntas vulneradoras de sus derechos fundamentales, pues entre ellas ha surgido un debate acerca de cuál debe resolver de fondo la solicitud de pensión de invalidez realizada por el actor.

Esto último se evidencia de manera clara con el material probatorio que obra en el expediente, consistente en diversos escritos de petición suscritos por el señor Romero Castellar con constancia de radicación ante Colpensiones y Protección S.A.

2.2.2 Inmediatez

La inmediatez no es un requisito expresamente contemplado en el Decreto 2591 de 1991, pero su contenido se ha ido construyendo jurisprudencialmente a partir de la interpretación del artículo 1º ibídem, que establece que uno de los

⁶ Sentencia T-416 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández. “(...) la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”. Al respecto, también ver sentencias T-1015/06. MP. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

objetivos de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y para ello esta debe presentarse en un término razonable respecto del acto presuntamente vulnerador. Por tanto, al no contar con un término de caducidad definido, el juez no puede rechazarla por razones relacionadas con el paso del tiempo, lo cual no significa que pueda interponerse en cualquier momento⁷.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado que el principio de inmediatez (i) busca proteger la seguridad jurídica y los derechos de terceros que puedan verse afectados por una acción judicial presentada en un tiempo no razonable; (ii) debe partir de un concepto de razonabilidad de acuerdo con cada caso concreto; y (iii) el concepto de plazo razonable es intrínseco a la naturaleza de la acción de tutela, por ser una respuesta urgente e inmediata ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales⁸.

En el caso del expediente **T-7.246.061**, aunque no lo menciona en los hechos, pero sí lo allega con el escrito de tutela (folio 29), el accionante elevó la última petición a Colfondos S.A. el 11 de octubre de 2018 y presentó la tutela contra esta entidad el 19 de noviembre del mismo año. Entre las dos fechas transcurrió algo más de un mes, término que la Sala considera prudente y razonable para solicitar la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados. Así las cosas, en el presente caso la Sala estima cumplido el requisito de inmediatez.

En el expediente **T-7.249.857**, el accionante presentó las últimas peticiones escritas a Colpensiones y Protección S.A., entre julio y agosto de 2018 y, conforme consta en el expediente (fl. 76, primera instancia), la acción de tutela contra estas dos entidades la radicó el 30 de octubre de ese mismo año. Por tanto, pasaron no más de tres meses entre el presunto hecho vulnerador de derechos fundamentales y la presentación de la tutela, término más que razonable para solicitar ante el juez de tutela el amparo de los derechos fundamentales. Así, para esta Sala de Revisión, en el mencionado expediente también se cumple el requisito de inmediatez.

2.2.3. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela podrá usarse siempre y cuando el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial, salvo la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la protección será transitoria.

En concordancia con la norma constitucional, el Decreto 2591 de 1991, art. 6°, contempla como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otro medios de defensa, con la excepción, ya indicada, de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo que la evaluación de esta circunstancia debe ser apreciada en el caso concreto, según las condiciones particulares del solicitante.

⁷ Sentencia de Unificación 961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Sentencia de Unificación 108 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sobre esta causal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que la finalidad de la acción de tutela *“no es ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otros sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias”*⁹.

Ahora bien, cuando la acción de tutela tiene como finalidad el reconocimiento de una prestación social como la devolución de aportes o la pensión de invalidez, la Corte Constitucional ha concluido que no basta con que el mecanismo de defensa judicial preferente sea idóneo y eficaz, sino que debe también ser expedito para brindar una protección inmediata de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados por parte de la autoridad demandada, circunstancia que deberá ser apreciada en concreto por el juez constitucional¹⁰.

En los expedientes **T-7.246.061** y **T-7.249.857**, las entidades accionadas sostuvieron, respectivamente, que la acción de tutela no era el medio idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales que el actor considera vulnerados, por cuanto existe otro mecanismo de defensa judicial que puede ejercerse ante la justicia ordinaria.

En relación con la existencia de otro mecanismo judicial, la Sala considera que, en principio, el argumento propuesto por las entidades accionadas es válido. Efectivamente, en el marco de la justicia ordinaria los accionantes pueden formular demandas cuya pretensión sea el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez o la devolución de los aportes, según sea el caso, lo cual haría improcedente la acción de tutela en tanto existe otro mecanismo de defensa.

No obstante, la Sala debe señalar desde ya que tal mecanismo, si bien es idóneo, no resultaría eficaz y eficiente para la garantía de los derechos fundamentales de los tutelantes en tanto sería una carga desproporcional someterlos a la espera del resultado de un proceso ordinario, si se tiene en cuenta que sus condiciones personales y de salud requieren de una solución jurídica inmediata¹¹. Resulta oportuno recordar que ambos fueron calificados con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y padecen enfermedades ruinosas¹².

⁹ Sentencia SU-695 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Sentencia T-546 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Sentencia T-013 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹² En el expediente T-7.246.061, el señor JCAO adjuntó al escrito de tutela el informe de epicrisis (folios 6 al 8, cuaderno principal) y las notas médicas (folio 9), ambas expedidas por el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín, el 8 de marzo de 2018. En el informe de epicrisis se lee en la descripción lo siguiente: “VIH(1998) TEP EN SEPT/06 HERPES ZOSTER FACIAL MAS NEURALGIA POSTHERPETIVA SIFILIS LATENTE TARDIA (SEPT/06) CANDIDIASIS OROFARINGEA”. Asimismo, el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia también reitera la información contenida en el informe de epicrisis. Por su lado, en el expediente T-7.249.857, señor David Romero Castellar padece diabetes mellitus e insuficiencia renal terminal, según se desprende del dictamen emitido por Colpensiones que lo calificó con un 73.45% de pérdida de capacidad laboral (folio 42).

Así entonces, en los casos concretos, la acción de tutela se constituye como el mecanismo idóneo, eficaz y expedito porque proporciona una respuesta oportuna en relación con la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

2.3. Problema jurídico

Para comenzar, la Sala hace notar que los expedientes bajo revisión cuentan con una leve diferencia en sus pretensiones. Mientras que en el expediente T-7.246.061 el accionante busca la devolución de los aportes realizados al correspondiente fondo de pensión, en el T-7.149.857 el actor pretende el reconocimiento y pago de la pensión invalidez.

Aunque la anterior divergencia pudiera alentar a pensar que no hay unidad de materia para que los expedientes sean fallados en una misma sentencia, lo cierto es que la Sala encuentra que existe una clara identidad frente a un tema sustancial: en ambos casos los accionantes no han podido acceder a lo pretendido ante la negativa de las entidades fundada en que no son las llamadas a resolver de fondo lo reclamado, por un problema relacionado con la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

Así, el motivo que llevó a los accionantes a interponer las acciones de tutela bajo revisión fue que las entidades accionadas se negaron a reconocer sus pretensiones de devolución de aportes y de pensión de invalidez, basadas en que no son competentes para hacerlo; este último es el elemento común. Entonces, la respuesta sustancial a sus solicitudes depende de que se defina, en primer lugar, quién debe resolver de fondo lo pretendido.

Por tal razón, la Sala encuentra que, frente a los casos concretos, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si, alegando no ser competentes por haber operado un traslado de régimen, las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de los accionantes, al negarles las solicitudes de devolución de aportes (Exp. T-7246061) y de reconocimiento de la pensión de invalidez (Exp. T-7249857), respectivamente.

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala reiterará la jurisprudencia concerniente a los siguientes temas: (i) los fundamentos constitucionales y legales de la pensión de invalidez de origen común como garantía del derecho a la seguridad social, (ii) el concepto de capacidad laboral residual en la jurisprudencia constitucional y la (iii) competencia para otorgar esta prestación económica según el régimen de afiliación; finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

2.3.1. Fundamentos constitucionales y normativos de la pensión de invalidez de origen común como manifestación de la garantía del derecho a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

La garantía del derecho a la seguridad social está consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política, según el cual *“se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*. Derecho que también está caracterizado por ser un servicio público en donde particulares, bajo la coordinación, dirección y participación del Estado, actúan regidos por principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad¹³.

En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 en donde diseñó un sistema de seguridad social en pensiones para brindar protección a los ciudadanos y sus grupos familiares ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte; eventualidades que, en caso de ocurrir, dan lugar a pensiones de invalidez, jubilación y sobrevivientes, respectivamente.

Para asegurar su finalidad, la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes excluyentes regidos por el principio de solidaridad. Por un lado, está el régimen de prima media con prestación definida, mediante el cual *“los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*¹⁴. Y, por el otro, el régimen de ahorro individual con solidaridad, que es *“el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*¹⁵. Para la Corte Constitucional, aunque se trata de regímenes distintos y con características propias, existe un elemento común entre ellos en virtud del artículo 48 superior, pues su razón de ser es *“garantizar el mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad (...)”*¹⁶.

De acuerdo con la mencionada ley, cada trabajador es libre de elegir a cuál de los regímenes afiliarse. Sin embargo, si con posterioridad a la primera afiliación surge el deseo de trasladarse al otro régimen, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) es permitido el traslado por una sola vez cada cinco (5) años, a partir de la selección inicial¹⁷, y (ii) no podrá haber traslado alguno cuando falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez¹⁸.

Ahora bien, trazados los aspectos generales sobre los regímenes a través de los cuales pueden asegurarse diferentes prestaciones sociales, la Sala profundizará lo relacionado con el acceso a la pensión de invalidez, por ser pertinente para los casos concretos.

¹³ Constitución Política de Colombia, artículo 48.

¹⁴ Ley 100 de 1993, artículo 31.

¹⁵ Ídem, artículo 59.

¹⁶ Sentencia C-401 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ Ídem, artículo 13, literal e), modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003.

¹⁸ Ídem.

Según la Ley 100 de 1993, una persona se considera en “*estado de invalidez*”¹⁹ cuando por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral²⁰.

De igual modo, comprobado el estado de invalidez, la ley contempla que en materia de aportes al sistema general de seguridad social, debe reunirse el siguiente requisito para acceder a la mencionada pensión: haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración²¹.

Los requisitos descritos aplican para los dos regímenes. Pero si el afiliado se encuentra en estado de invalidez y no ha cotizado el suficiente número de semanas para acceder a la pensión, puede optar por el retorno de los aportes a través de dos figuras: (i) la “*indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez*”²², en el régimen de prima media y (ii) la “*devolución de saldos por invalidez*”²³, en el régimen de ahorro individual.

En concordancia con las normas referidas, la jurisprudencia constitucional ha entendido el estado de invalidez como aquella “*situación física o mental que afecta a la persona a tal punto que no puede valerse por sí sola para subsistir y vivir dignamente y le impide desarrollar una actividad laboral remunerada*”²⁴. Asimismo, que la pensión de invalidez constituye una garantía para los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y salud, pues ante las condiciones físicas que impiden laborar, este ingreso mensual permite solventar los gastos y necesidades básicas del ciudadano beneficiado. Por tanto, es una manifestación del derecho a la seguridad social.²⁵

2.3.2. El concepto de capacidad laboral residual según la jurisprudencia constitucional

En relación con la pérdida de capacidad laboral, su origen y fecha de estructuración, inicialmente el decreto 917 de 1999 definía el contenido de estos términos; no obstante, fue derogado para dar paso al decreto 1507 de 2014²⁶, que en su artículo 3º establece lo siguiente:

¹⁹ Artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Artículo 39 *ibídem*.

²² Artículo 45 *ibídem*.

²³ Artículo 72 *ibídem*.

²⁴ Sentencia T-262 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Esta providencia, a su vez, acogió el precedente establecido en la T-561 de 2010, que definió el estado de invalidez como aquél cuando una persona “*no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada*”.

²⁵ Sentencia T-672 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁶ “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”.

“Fecha de declaratoria de la pérdida de capacidad laboral: Fecha en la cual se emite una calificación sobre el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral u ocupacional.

***Fecha de estructuración:** Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de un enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos. Para el estado de invalidez, esta fecha deber ser determinada en el momento en que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.*

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se deber apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”. (subrayas fuera del texto).

A partir de la norma transcrita la Corte Constitucional ha advertido que bajo ciertas condiciones médicas producto de enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, quienes padecen este tipo de afectaciones en su salud veían cómo en el dictamen de pérdida de capacidad laboral la fecha de estructuración de invalidez coincidía con momentos de su vida como el nacimiento, con en etapas de nula productividad laboral como la infancia y/o adolescencia o con la época en que fue diagnosticada la enfermedad. Lo anterior traía como consecuencia automática la imposibilidad de cumplir con el requisito de haber cotizado cincuenta semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración.

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha revisado acciones de tutela interpuestas por personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, a quienes se les negó la pensión de invalidez con fundamento en que no cumplían el requisito contenido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la fecha de estructuración había sido fijada el día de nacimiento del peticionario, o en un día cercano a esta fecha o cuando la enfermedad fue diagnosticada. Y consecuencia de esto, no eran contabilizadas las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración.

En tales eventos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, bajo el entendido de que estos aportes han sido realizados producto de una *capacidad*

laboral residual. Al respecto, en sentencia **T-045 de 2015**²⁷, esta Corporación sostuvo que:

“(...) cuando la invalidez proviene de un accidente o de una situación de salud que generó la pérdida de capacidad laboral de manera inmediata, la fecha de estructuración fijada en el dictamen médico legal coincide con la fecha de ocurrencia del hecho. Sin embargo, cuando la persona inválida padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la pérdida de la capacidad laboral se presenta de manera paulatina, existe la posibilidad de que si tal circunstancia no es tenida en cuenta por las autoridades competentes, la fecha consignada en el dictamen sea diferente a aquella en que efectivamente perdió su capacidad para trabajar de manera permanente y definitiva.

En relación con estas situaciones excepcionales, la Corte ha señalado, reiteradamente, que las personas que padezcan de una de estas enfermedades, que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdieron su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva”.

También resulta representativa la sentencia **SU-588 de 2016**²⁸, ocasión en la cual la Corte Constitucional reiteró y unificó la jurisprudencia en torno a dichos casos. En primer lugar, recordó la regla principal que deben tener en cuenta tanto las administradoras de fondos de pensiones como los jueces de tutela que resuelven solicitudes de amparo enmarcadas en supuestos de hecho de este tipo. Dispuso que deben contabilizar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, pues de lo contrario resultaría imposible, por ejemplo, que una persona pudiera cumplir con dicho requisito si la fecha coincide con el día de nacimiento. Lo anterior, en atención al concepto de *capacidad laboral residual*²⁹.

Sin embargo, la presencia de una capacidad laboral residual no significa que las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral puedan ser contabilizadas sin ningún criterio. En la citada sentencia de unificación, esta Corporación consideró que para evitar el fraude al sistema general de pensiones y garantizar su sostenibilidad, a la Administradora de Fondo de Pensiones le corresponde:

“(...) verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y

²⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁸ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁹ Ídem. En esta sentencia, la Corte Constitucional entendió la *capacidad laboral residual* como “la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”.

probada capacidad laboral residual de interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar al Sistema de Seguridad Social”³⁰.

En esa misma decisión, la Corte Constitucional reiteró lo que jurisprudencialmente ha identificado como el momento razonable a partir del cual, tanto las Administradoras de Fondos de Pensiones como el juez de tutela que conozca de estos casos, debe tener como punto de referencia para iniciar el conteo de las 50 semanas. Así, indicó que puede hacerse a partir de la fecha de (i) calificación de invalidez, (ii) de la última cotización efectuada³¹ y, por último, (iii) en la fecha de solicitud del reconocimiento pensional³². De igual forma, aclaró que éstas opciones no implican alterar o modificar la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral asignada por la autoridad médico laboral, sino que *“se trata de establecer un análisis que permita establecer el supuesto fáctico que regula el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003”³³.*

En línea con las reglas fijadas por la sentencia de unificación, las salas de revisión de la Corte Constitucional las han aplicado de manera pacífica.

En la sentencia **T-354 de 2018**³⁴, la Sala Séptima de Revisión abordó el caso de una persona con diagnóstico de tumor maligno en el hueso maxilar inferior y pérdida de capacidad laboral del 60.59%, a quien le fue negada el reconocimiento de la pensión de invalidez por no cumplir el requisito de las cincuenta semanas contenido en el art. 39 de la Ley 100 de 1993. La Corte Constitucional advirtió que en razón a la capacidad laboral residual del actor, había cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. En consecuencia, consideró que para el correspondiente conteo del número de semanas, la fecha que realmente debía tenerse en cuenta era la de la última cotización al sistema de seguridad social, al presumir que fue esta en la que vio completamente disminuida su capacidad para trabajar.

En igual sentido, mediante sentencia **T-157 de 2019**³⁵, la Corte revisó tres expedientes de tutela de los cuales, por cuestiones prácticas, sólo se resaltaré uno de ellos. La correspondiente Sala analizó el caso de una ciudadana con varios padecimientos crónicos, razón por la cual fue calificada con una pérdida

³⁰ Ídem.

³¹ Al respecto, ver la T-717 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos), en donde la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional consideró que la fecha a partir de la cual debían contabilizarse las cincuenta semanas en los últimos tres años era la de la última cotización, por cuanto este fue el *“momento en el cual la pérdida de capacidad laboral fue de tal entidad que no le permitió seguir ejerciendo su derecho al trabajo”*.

³² Al respecto, ver la T-022 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa). En esta oportunidad, la Corte Constitucional sostuvo que la fecha de la pérdida de la capacidad de la accionante debía ser la misma en la que solicitó a la Administradora de Fondo de Pensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez, debido a que en dicho escrito afirmó que la razón para solicitar dicha prestación era *“ante la imposibilidad de continuar laborando”*.

³³ Sentencia SU-588 de 2016.

³⁴ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁵ M.P. Alberto Rojas Ríos.

de la capacidad laboral del 84.70%, estructurada en una fecha cercana a su etapa de adolescencia. En efecto, conforme el material probatorio recaudado, se determinó que se trataba de una enfermedad crónica y que con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez la accionante había realizado un importante número de aportes y que estos correspondieron a su capacidad laboral residual.

En esa ocasión, la Corte tomó el día de la última cotización al fondo de pensión como la verdadera fecha en que se estructuró su invalidez, y al realizar el conteo de cincuenta semanas dentro de los últimos tres años, halló que sí cumplía este requisito. En consecuencia, amparó de manera definitiva sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, a la salud y a la seguridad social. Y ordenó a la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones que emitiera un acto administrativo en el que los reconociera y pagara la pensión de invalidez al accionante.

En suma, los preceptos legales y las reglas jurisprudenciales principales en torno al problema jurídico planteado permiten a la Sala señalar que en presencia de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, es constitucionalmente válido contabilizar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, bajo el concepto de capacidad laboral residual.

2.3.4. Competencia para otorgar la pensión de invalidez según el régimen de afiliación y la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que la carga que conlleva la controversia en torno a la definición de la entidad que debe reconocer la pensión (de invalidez o de vejez), no puede ser trasladada al afiliado, mucho menos cuando *“(i) no está en duda la titularidad del derecho, (ii) el titular es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) depende del pago de la pensión, para satisfacer su mínimo vital y el de su familia”*³⁶.

En la sentencia **T-801 de 2011**³⁷, la Corte Constitucional abordó un caso en el que la AFP del régimen de ahorro individual señalaba no ser competente para reconocer la pensión de invalidez del actor por cuanto la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral había sido fijada cuando este estaba afiliado en el ISS; entidad esta que, a su vez, afirmaba que dicha prestación debía ser reconocida por la entidad donde actualmente se encontraba afiliado.

La Sala consideró que la AFP del régimen de ahorro individual era quien estaba obligada a reconocer y pagar la pensión de invalidez al ser *“la última entidad a la que el accionante estuvo efectivamente afiliado”*. En este orden de ideas, ordenó al fondo privado reconocer y pagar la prestación pensional luego de

³⁶ Sentencia T-801 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁷ *Ibíd.*

verificar que el actor efectivamente cumplía con los requisitos legales para acceder a ella.

En la sentencia **T-522 de 2017**³⁸ la Corte Constitucional encontró que para definir qué entidad era la responsable de reconocer la pensión de invalidez del accionante, debía acudirse a la última en la que se encuentra efectivamente afiliado, debido a que es allí donde tiene los recursos derivados de sus aportes. Así, consideró no era coherente ordenar al fondo privado reconocer la pensión de invalidez porque este no cuenta con los aportes para financiarla dado que no es allí donde está afiliado. De hacerlo, implicaría *“adicionar trámites administrativos innecesarios y engorrosos que pueden retrasar o impedir que el señor Raúl acceda en un tiempo prudencial a la prestación que solicita, de la cual dependen sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna”*.

De manera reciente, en sentencia **T-013 de 2019**³⁹, esta Sala resolvió el caso de una persona con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, producto de una enfermedad crónica, a quien le fue negada la pensión de invalidez por parte de Colpensiones con fundamento en que la estructuración de esta se fijó en una fecha en la que estaba afiliada a otro fondo de pensiones.

En tal asunto, luego de determinar que las circunstancias del caso concreto ameritaban la procedencia de la acción de tutela para dirimir definitivamente la presunta vulneración de derechos fundamentales, la Sala Séptima reiteró la jurisprudencia sostenida pacíficamente por la Corte Constitucional en relación con la competencia de la Administradora de Pensiones y Cesantías que debe resolver la petición de pensión de invalidez. Así, recalcó que al peticionario no se le podía trasladar la carga administrativa que conlleva acudir a otras entidades para que se resuelva de fondo la solicitud, pues es claro que la competente para verificar el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de invalidez, es la Administradora de Pensiones y Cesantías en la que está afiliado actualmente.

En consecuencia, tras verificar que el accionante cumplía efectivamente con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Sala Séptima resolvió amparar definitivamente los derechos fundamentales del accionante y ordenó a su actual fondo, Colpensiones, reconocer y pagar la pensión de invalidez.

Asimismo, en la sentencia **T-131 de 2019**⁴⁰ la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional destacó que conforme lo estipulado en el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, la jurisprudencia de esta Corporación había desarrollado la siguiente subregla: *“en el evento en que el trabajador haya realizado el traslado de sus aportes a otra entidad administradora y cumplido el término para que se haga efectivo dicho traslado (...), debe ser la nueva administradora la que está llamada a cubrir el siniestro que genera la invalidez*

³⁸ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁹ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁰ M.P. Carlos Bernal Pulido.

del afiliado, sin que sea importante la fecha de estructuración de tal condición”.

Subregla que, de acuerdo con esa decisión, encuentra justificación en los artículos 70 y 113 de la Ley 100 de 1993, conforme los cuales el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media otorga al administrador de este último *“el derecho de recibir el saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos”*. En consecuencia, el razonamiento al que llegó la Sala Primera, a partir de las anteriores disposiciones normativas, fue el siguiente:

“si el fondo ‘nuevo’ recibe los recursos correspondientes a los aportes del afiliado, a juicio de la Sala, resulta razonable que sea este el que deba cubrir el siniestro de invalidez del cotizante. Por la misma razón, entonces, es que no resulta procedente que sea el fondo ‘antiguo’ el que asuma el pago de la pensión de invalidez, pues, se insiste, parte de los recursos para financiar dicha prestación fueron remitidos al fondo ‘nuevo’, una vez se hizo efectivo el traslado del afiliado”.

En suma, el hecho de que la entidad informe al afiliado que no es la competente para resolver de fondo su solicitud de pensión de invalidez, a pesar de estar vigente la afiliación, constituye una carga administrativa adicional que la persona no está obligado a soportar. La jurisprudencia ya ha dado respuesta a esta problemática al establecer que es la Administradora del Fondo de Pensiones donde la persona está afiliada actualmente, la obligada a definir de fondo si para acceder a la pensión de invalidez el afiliado cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y cotizó cincuenta semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

La conclusión referida a la identificación del fondo que debe reconocer la pensión de invalidez no es caprichosa. Como se puede advertir de la jurisprudencia citada en este acápite, decidirse por la última Administradora del Fondo de Pensiones al cual está afiliado el accionante responde al principio de eficiencia y celeridad, pues es quien tiene a la mano los recursos producto de los aportes que permiten financiar la mencionada prestación económica.

Incluso, la regla anterior aplicaría si la situación fuera inversa. En tal escenario, el accionante es calificado por invalidez y posterior a esto decide retornar al antiguo fondo, así como todos sus aportes. Entonces, la afiliación ya no estaría activa en el “nuevo” fondo sino en el “antiguo”, por lo que sería razonable concluir en este evento hipotético que es este último quien debe reconocer y pagar la pensión de invalidez, más si se tiene en cuenta que fue en la primera etapa de afiliación a este último cuando se estructuró la pérdida de capacidad laboral. En últimas, el criterio definitivo consiste en identificar cuál fondo es el que tiene los recursos en la actualidad.

2.4. Solución de los casos concretos

2.4.1. Expediente T-7.246.061 (accionante: JCAO)

El 21 de mayo de 2017, el señor JCAO fue calificado con el 60.10% de pérdida de la capacidad laboral, estructurada el 30 de diciembre de 2013.

En virtud de lo anterior, el actor solicitó la devolución de sus aportes a Colfondos S.A., quien le indicó que debía dirigirse a la entidad en la cual estaba afiliado al momento de estructurarse la invalidez. Por ello, elevó la misma petición a Colpensiones, sin embargo, esta le manifestó que tampoco era competente por no tener una cuenta activa allí.

El actor considera que Colfondos S.A. es la entidad competente para resolver su solicitud, debido a que es allí donde se encuentra afiliado. Por esta razón, interpuso acción de tutela para que el juez ordenara a esa entidad devolver sus aportes; trámite al cual fue vinculada Colpensiones.

Además del anterior panorama general, para ilustrar mejor el caso la Sala considera pertinente recordar los apartes relevantes de las respuestas que dichas entidades brindaron al peticionario:

(i) En oficio del 2 de marzo de 2018, bajo el asunto “*No Procedencia de Tramite (sic) de Pensión de Invalidez*”, Colfondos S.A. responde a la solicitud de devolución de aportes así:

*“En el caso que nos ocupa, se identifica que para la fecha de estructuración de invalidez, es decir, para el 30 de Diciembre de 2013, usted no se encontraba afiliado a COLFONDOS S.A. si no en COLPENSIONES”*⁴¹.

Allí mismo le sugieren elevar la solicitud de pensión de invalidez a Colpensiones.

(ii) En un oficio posterior, del 3 de julio de 2018, Colfondos S.A. responde a una nueva solicitud de devolución de aportes elevada por el actor, de la siguiente forma:

*“(…) te informamos que esta administradora de pensión se encuentra a la espera de pronunciamiento por parte de Colpensiones para poder proceder con el traslado de los aportes que reposan en su Cuenta de Ahorro Individual (C.A.I.) el cual fue radicado con el Número 180703-000287...”*⁴².

(iii) El 10 de agosto de 2018, Colfondos S.A. responde a otra solicitud radicada por el accionante, en los siguientes términos:

⁴¹ Folio 22, cuaderno de única instancia.

⁴² Folio 23, cuaderno de única de instancia.

“Esta administradora para poder iniciar el estudio de pérdida de capacidad laboral debe solicitar a los afiliados la documentación para poder definir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen de la enfermedad y la fecha de la estructuración de la invalidez, dado que sin dicha documentación, no se puede definir (...)

Ahora bien, con relación al traslado de los aportes a Colpensiones le indicamos que a la fecha estamos realizando todos los trámites operativos con el fin de dar solución a su petición, no obstante, le indicamos que este proceso es demorado”⁴³.

(iv) Por su lado, Colpensiones envió comunicación al accionante el 21 de agosto de 2018, radicado BZ2018_10115909-2514908, en respuesta a la solicitud de información sobre si Colfondos S.A. ya había remitido los aportes a ese fondo. En tal oportunidad Colpensiones manifestó:

“Nos permitimos comunicarle que la Administradora de Fondos de Pensiones Privada-AFP, a la cual se encuentra afiliado(a) actualmente, es la competente para suministrarle la información relacionada con sus aportes efectuados al Instituto de Seguros Sociales ISS hoy liquidado o a Colpensiones, así como sobre cualquier otra gestión o trámite (sic) que realice con relación a dichos aportes”⁴⁴.

En consecuencia, le sugieren comunicarse con la administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado.

(v) Siguiendo la anterior recomendación, el accionante presentó petición a Colfondos S.A. el 5 de septiembre de 2018, en la que solicitó conocer si ya Colpensiones había enviado a ellos el bono del tiempo cotizado, en aras de hacer efectiva la devolución de saldos. Como respuesta a lo anterior, en correo electrónico del 2 de octubre de 2018, Colfondos S.A. responde:

“...nos permitimos mencionarle que no ha sido posible proceder con el proceso de reversión de su afiliación, debido a que Colpensiones no ha realizado la marcación de activación en el sistema de la citada administradora, razón por la cual le manifestamos que su caso está siendo trabajado proactivamente con miras a finalizar el traslado a Colpensiones”⁴⁵.

(vi) El 11 de octubre de 2018, el accionante eleva otra solicitud a Colfondos S.A. en el siguiente sentido:

“...solicito a la entidad de la referencia que reconozca la devolución de aportes por invalidez ya que la última entidad donde estoy afiliado es

⁴³ Folio 25, ibídem.

⁴⁴ Folio 26, ibídem.

⁴⁵ Folio 28, ibídem.

*Colfondos y es donde me realice (sic) la calificación, no hay motivo alguno para que sea traslado (sic) a Colpensiones*⁴⁶.

(vii) A lo anterior, Colfondos S.A. responde el 8 de noviembre indicando que si bien es cierto ante ese fondo se realizó la calificación y está activa la afiliación:

*“No obstante, para dicha fecha [de calificación] usted no presentaba vinculación activa con Colfondos S.A., por el contrario su afiliación se dio con Colpensiones, es por esta razón que esta administradora de pensiones debe proceder con las gestiones de traslado de aportes a dicha entidad a fin de que sea (sic) ellos quienes reconozcan la prestación a que haya lugar*⁴⁷.

A juicio de la Sala, del contenido de las pruebas documentales descritas puede concluirse que Colfondos S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana del señor JCAO. En efecto, las respuestas ambiguas, incoherentes y dilatorias, fundadas en que para la época en que se estructuró la invalidez el actor no estaba afiliado allí, derivaron en la negativa injustificada de la petición del accionante tendiente a la devolución de sus aportes.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación citada en el acápite de consideraciones ha sido clara en señalar que el traslado de un régimen pensional a otro implica que el fondo de pensiones “antiguo” deba remitir los aportes del afiliado a la entidad “nueva”. Y si esta última lo califica por invalidez pero, además, la fecha de estructuración coincide con la vigencia de la afiliación en el fondo “antiguo”, no resulta razonable cargar a este último la obligación de reconocer la prestación derivada del estado de invalidez, en tanto no cuenta con los recursos para hacerlo.

En el caso concreto, ante el juez de instancia el accionante probó estar afiliado a Colfondos S.A. Así se desprende de la certificación con fecha 16 de noviembre de 2018⁴⁸, que anexó al escrito de tutela. De acuerdo con esta prueba y con la regla jurisprudencial descrita, Colfondos S.A. tendría los aportes realizados por el actor y, por tanto, es la encargada de resolver definitivamente su petición tendiente a la devolución de los mismos, siempre y cuando se cumpla lo estipulado en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto la información suministrada por Colpensiones en el presente trámite de revisión, donde manifestó que el traslado que el actor hizo en agosto de 2015 desde el régimen de prima media hacia el de ahorro individual, para afiliarse a Colfondos S.A., había sido anulado. Y que la mencionada anulación del traslado trajo como consecuencia que el actor regresara a Colpensiones. En consecuencia, es esta última la facultada para

⁴⁶ Folio 29, ibídem.

⁴⁷ Folio 30, ibídem.

⁴⁸ Folio 12, ibídem.

resolver cualquier petición del accionante relacionada con su estado de invalidez.

Este hecho nuevo sería suficiente para concluir que ya no es Colfondos S.A. sino Colpensiones la entidad donde el actor está afiliado hoy en día, y que esta es la que debe resolver su solicitud de devolución de aportes. No obstante, la Sala no puede llegar a esta solución de forma apresurada pues advierte que la actuación administrativa desplegada por Colpensiones, al anular el traslado del señor JCAO, no tiene fundamento legal y, por ello, carece de eficacia. Lo anterior, por dos razones de peso como se pasa a explicar.

En primer lugar, porque en la legislación colombiana no existe ninguna disposición que autorice a la administradora del régimen de prima media, ni a ninguna otra entidad, a anular los traslados que se han consolidado producto de la solicitud del afiliado. En este punto, Colpensiones no puede olvidar que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*⁴⁹, exigencia que materializa el principio de legalidad en las actuaciones administrativas. También cabe recordar que el ordenamiento jurídico otorga a los usuarios del sistema general de pensiones, de manera exclusiva, el derecho a elegir un determinado régimen y a trasladarse entre ellos, bajo precisas reglas de tiempo y oportunidad. La Ley 100 de 1993 es clara al respecto cuando en su artículo 13 literal b) sostiene lo siguiente:

“Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito el momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”.

Como se observa, ninguna persona natural o jurídica puede desconocer el derecho que tienen los ciudadanos de elegir el régimen pensional al cual quieren pertenecer, por ser esta una decisión libre y voluntaria del individuo. En caso de que así suceda, la citada norma remite al artículo 271 de la misma ley para señalar las sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades administrativas en la materia:

“Artículo 271. Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta

⁴⁹ Constitución Política de 1991, artículos 121 y 122.

por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder de cincuenta veces dicho salario(...)”.

Agregado a ello, esta Corporación ha sostenido que el traslado deja de ser una simple cuestión legal y pasa a adquirir relevancia constitucional cuando de ello depende la garantía de un derecho fundamental como la seguridad social⁵⁰. Esto, como resultado de interpretar sistemáticamente la Ley 100 de 1993 y la Constitución Política, lo cual permite ampliar, más allá de su lectura textual, el alcance de la disposición legal referida al traslado. En el caso concreto, esto se traduce en que la garantía de la seguridad social se manifiesta a través de la libre elección del régimen pensional por parte del afiliado.

La segunda razón por la cual la anulación del traslado es ilegal reside en que no garantizó el principio de publicidad⁵¹ y el derecho de contradicción⁵² de las partes que se vieron afectadas con tal determinación. Así, por ejemplo, no se adjuntan los oficios mediante los cuales Colpensiones demuestre que su decisión fue consentida o conocida por el señor JCAO, esto es, que le dio publicidad a través de un aviso, carta u oficio dirigido a él informándolo sobre su contenido y efectos. Tampoco es claro de qué forma Colfondos S.A. conoció de dicha reversión en el cambio de régimen y, en consecuencia, del traslado de los recursos, pues ni siquiera se adjunta comunicación que permita inferir que ese fondo privado fue informado de esta situación.

Ante la evidente ineficacia e invalidez de la anulación del traslado, no hay duda de que el señor JCAO está actualmente afiliado en Colfondos S.A., tal como lo demostró con la certificación que presentó ante el juez de tutela, según se indicó líneas atrás. Entonces, esa entidad es y ha sido siempre la encargada de resolver definitivamente la solicitud de devolución de saldos por invalidez.

Por todo lo anterior, la Sala considera que con la actuación administrativa que anuló el traslado del señor JCAO, Colpensiones vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social, en la dimensión de elegir libre y voluntariamente el régimen pensional de su preferencia. Por tanto, para garantizar que estos derechos permanezcan intactos en este preciso aspecto, se dejará sin efectos la mencionada anulación.

⁵⁰ Sentencia SU-062 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵¹ Ley 1437 de 2011 (CPACA), artículo 1, numeral 9: “*En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley (...)*”.

⁵² *Ibíd*em, artículo 1, numeral 1: “*En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción*”.

Ahora bien, queda por establecer si el accionante cumple o no con los requisitos para acceder a la devolución de saldos, que ha sido la pretensión principal de la acción de tutela.

El único requisito para acceder a la esa prestación por invalidez es que *“el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez”*⁵³. El señor JCAO demostró ante el juez de instancia su estado de invalidez, conforme el dictamen allegado con el escrito de tutela donde se advierte que tiene un 60.10% de pérdida de capacidad laboral⁵⁴. En cuanto al no cumplimiento del requisito de semanas cotizadas, también allegó al expediente el reporte⁵⁵ emitido por Colfondos S.A., donde se observa que cuenta con un total de 29,57 semanas en todo su historial de aportes al sistema de seguridad social, iniciado en mayo de 2015 y culminado en diciembre de ese mismo año. Si se tiene presente que la Ley 100 de 1993 exige un mínimo de 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, el accionante no los cumple. Por tanto, no reúne las semanas necesarias para acceder a la pensión de invalidez, pero sí tiene derecho a la devolución de sus saldos.

Así pues, demostrado como está que tanto Colfondos S.A. como Colpensiones vulneraron los derechos fundamentales del señor JCAO a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso administrativo, la Sala revocará la decisión de instancia que “negó el amparo por improcedente” y, en su lugar, concederá la protección de los referidos derechos fundamentales mediante las siguientes medidas.

La Sala ordenará a Colfondos S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente sentencia, proceda a devolver al señor JCAO, sin dilación alguna, los saldos por invalidez conforme lo estipulado en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

No puede dejarse de lado la posibilidad de que durante el trámite de revisión la anulación del traslado haya surtido efectos, y las cotizaciones del señor JCAO hubieren sido trasladadas desde Colfondos S.A. a Colpensiones. En caso de haber ocurrido esto, la Sala ordenará a Colpensiones que en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas devuelva los aportes del accionante a Colfondos S.A. quien, a su vez, tendrá el mismo plazo para hacer la entrega de los mismos al tutelante.

Finalmente, en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 atrás citado, la Sala compulsará copias de la presente decisión al Ministerio de Trabajo para que, en el ámbito de sus competencias, determine si hay lugar a sanciones contra Colpensiones por haber anulado el traslado de régimen realizado por el señor JCAO.

2.4.2. Expediente T-7.249.857 (accionante: David Romero Castellar)

⁵³ Ley 100 de 1993, artículo 72.

⁵⁴ Folio 16, cuaderno principal.

⁵⁵Folio 10, ibídem.

El señor David Romero Castellar solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez en tanto fue calificado con un 73,45% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 15 de diciembre de 2013.

Colpensiones respondió a esa solicitud alegando su falta de competencia, dado que la invalidez se estructuró cuando el accionante estaba vinculado a Protección S.A., por tanto, le sugirió dirigirse a esta.

A su vez, Protección S.A. informó al señor Romero Castellar que no contaba con los recursos para financiar la pensión de invalidez porque no estaba afiliado con ellos. Además, consideró que debió ser notificada del dictamen de pérdida de capacidad laboral para poder controvertirlo de haber sido necesario, puesto que allí se manifiesta que la invalidez se estructuró cuando el accionante estaba afiliado a ese fondo.

A efectos de determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales del señor Romero Castellar, resulta necesario definir previamente en cuál de ellas es donde efectivamente se encuentra afiliado y, por tanto, en quién radica el deber reconocer y pagar la pensión de invalidez en caso de cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales para ello, según las circunstancias particulares del actor.

Tal como en el anterior caso, la Sala no puede pasar por alto que Colpensiones informó en el escrito presentado durante el trámite de revisión, que el traslado del señor David Romero Castellar desde Protección S.A. hacia el régimen de prima media había sido anulado el 1 de febrero de 2015. Para probar esta afirmación, esa entidad allegó un certificado con fecha del 22 de mayo de 2019, en el cual se lee que el actor *“estuvo afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y su estado es TRASLADADO A OTRO FONDO”*.

Sin embargo, en el escrito del 21 de junio de 2019, a través del cual Colpensiones respondió a las pruebas decretadas por la magistrada sustanciadora, se allega otra certificación sobre la afiliación del accionante en la cual se indica que él *“se encuentra afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por COLPENSIONES desde el día 09/08/1984 y su estado es Traslado”*.

Como se advierte, existe una evidente inconsistencia entre las dos certificaciones expedidas con menos de un mes de diferencia, pues la primera afirma que el accionante “estuvo” y la segunda que “se encuentra” afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Errores que permiten concluir a esta Sala que tales documentos carecen de la credibilidad y la fuerza probatoria suficiente para validar que el accionante se encuentra trasladado al régimen de ahorro individual.

Además de las referidas contradicciones, su contenido no está soportado con otras pruebas que generen en la Sala un convencimiento inequívoco acerca de lo que Colpensiones pretende demostrar con ellos: que el actor actualmente está afiliado a Protección S.A. Por ejemplo, al igual que en el caso anterior, no se adjuntan los oficios mediante los cuales Colpensiones demuestre que la anulación del traslado fue consentida por el señor Romero Castellar; o que le dio publicidad a esta decisión a través de un aviso, carta u oficio dirigido a él. Tampoco se indica de qué forma Protección S.A. conoció de la anulación en el cambio de régimen y, en consecuencia, del traslado de los recursos, pues ni siquiera se adjunta comunicación que permita inferir que ese fondo privado está informado de esta situación.

Igualmente, no se informa a esta Sala cuándo y a través de qué mecanismo se produjo el traslado de los aportes del señor Romero Castellar a Protección S.A. Es más, no hay ni siquiera mención de la norma que autoriza a dejar sin efectos un traslado entre regímenes, si se tiene en cuenta que esta opción es privativa del afiliado según la Ley 100 de 1993, y no está sujeta al libre arbitrio de la Administradora de Fondo de Pensiones de turno.

A esta falta de claridad debe sumarse que Colpensiones fue desmentida por Protección S.A., entidad que informó a esta Sala que el señor David Romero Castellar actualmente no está afiliado allí, que el traslado realizado en el año 2015 no ha sido anulado y que no ha recibido ningún recurso económico proveniente de los aportes hechos por el actor. Estas solas manifestaciones refuerzan la conclusión a la que se llega sobre la falta de pertinencia de las precitadas certificaciones.

Al respecto, la Sala reitera las consideraciones expresadas en la solución del caso concreto anterior, y considera que con la actuación administrativa que anuló el traslado del señor David Romero Castellar, Colpensiones vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social, en la dimensión de elegir libre y voluntariamente el régimen pensional de su preferencia. Por tanto, para garantizar que estos derechos permanezcan intactos en este preciso aspecto, se dejará sin efectos la mencionada anulación.

Igualmente, la Sala advertirá a Colpensiones que se abstenga de anular de oficio los traslados que se hagan desde el régimen de ahorro individual hacia el régimen de prima media con prestación definida y viceversa, salvo que medie solicitud del afiliado y, además, se cumplan los requisitos del artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. También dispondrá la compulsión de copias de la presente decisión al Ministerio del Trabajo para que, al igual que en el caso concreto anterior, determine si hay lugar a sanciones contra esa entidad por haber anulado el traslado del señor David Romero Castellar del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

Ahora bien, retomando el análisis probatorio, una vez descartada la pertinencia de las citadas constancias, la Sala encuentra que existe otro documento que

permite validar la afiliación del actor y que no fue desvirtuado por Colpensiones ante los jueces de instancia. Se trata de la certificación que el accionante adjuntó al escrito de tutela, fechada el 14 de junio de 2018 y generada desde la página web de Colpensiones, donde se expresa que el señor David Romero Castellar *“se encuentra afiliado (a) desde 09/08/1984 (sic) al Régimen de Primera Media con Prestación Definida – RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y su estado es ACTIVO COTIZANTE”*.

Por ello, en atención al principio de unidad de la prueba, si se valoran en conjunto (i) el certificado anexo por el actor, (ii) el reporte de semanas cotizadas conocidas en sede de revisión, y (iii) la confirmación de la no afiliación del accionante a Protección S.A., para la Sala es válido concluir sin lugar a dudas que el señor Romero Castellar está actualmente afiliado a Colpensiones.

Sobre este punto es preciso recordar que, conforme las consideraciones de esta sentencia, la Corte Constitucional ha señalado que es irrelevante la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, en tanto lo que importa es conocer dónde está afiliada la persona en la actualidad, dado que es en dicho fondo donde reposan parte de los recursos necesarios que permitirán soportar la prestación pensional, siempre y cuando se cumpla los requisitos contemplados en el art. 39 de la Ley 100 de 1993. Por ende, de acuerdo con el precedente jurisprudencial, Colpensiones era la entidad encargada de resolver de fondo la solicitud de pensión de invalidez del actor.

Desatada la controversia en torno a la entidad que debía resolver de fondo la solicitud de pensión de invalidez, la Sala pasa a definir si conforme los preceptos legales que rigen la materia y a la jurisprudencia constitucional acerca de la capacidad laboral residual, el accionante cumple los requisitos para acceder a ella.

En tal sentido, la SU-588 de 2016 señaló que para analizar el anterior presupuesto es necesario establecer que, además del (i) estado de invalidez superior al 50%, (ii) el afiliado haya conservado una efectiva y probada capacidad laboral residual luego de la fecha de estructuración, que le haya permitido seguir cotizando y reunir el requisito de 50 semanas exigidas por la legislación; y (iii) que dicha actividad laboral adicional no se haya realizado con el ánimo de defraudar al Sistema de Seguridad Social.

Verificado lo anterior, el último paso es identificar el momento real desde el cual debe hacerse el conteo de las 50 semanas, respecto de lo cual la misma sentencia de unificación sostiene que puede ser a partir de la fecha de la solicitud de la pensión de invalidez, de la fecha del último aporte o de la fecha de calificación de la invalidez. En cualquier evento, lo importante *“es analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual”*⁵⁶.

⁵⁶ Sentencia SU-588 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

En relación con el primer requisito, el estado de invalidez del accionante resulta evidente en tanto fue calificado con un 73.45% de pérdida de capacidad laboral según dictamen emitido por Colpensiones, el cual obra como prueba en el expediente. Además, dicho porcentaje está ligado a su cuadro clínico según el cual, entre otras, padece diabetes mellitus⁵⁷, enfermedad catalogada como crónica por el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia⁵⁸.

A su turno, la segunda exigencia involucra una efectiva y probada capacidad laboral residual y las consecuentes cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez fijada por la entidad.

De acuerdo con la parte considerativa de esta sentencia, la capacidad laboral residual consiste en “...la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”⁵⁹. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho énfasis en que la misma debe ser efectiva y probada⁶⁰.

Por tanto, para comprobar el cumplimiento del segundo requisito jurisprudencial, la Sala considera que debe determinar, primero, si existen cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez del actor, fijada por Colpensiones el 15 de diciembre de 2013. Y, segundo, si las mismas fueron producto de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Ante los jueces de instancia, el único reporte de semanas que obró en el expediente de tutela es el contenido en la Resolución No. SUB294963 del 22 de diciembre de 2017 por la cual Colpensiones declaró su falta de competencia para pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento pensional por invalidez hecha por el señor David Romero Castellar. Conforme este documento, los aportes han sido los siguientes:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
INELSO LTDA	19840809	19841221	TIEMPO SERVICIO	135
AIRE CARIBE LTDA	20090901	20090909	TIEMPO SERVICIO	9
AIRE CARIBE LTDA	20091001	20091130	TIEMPO SERVICIO	60

⁵⁷ Folios 11 a 22, cuaderno de primera instancia.

⁵⁸ <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PENT/Paginas/Enfermedades-no-transmisibles.aspx>

⁵⁹ Sentencia SU-588 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁶⁰ Ibídem: “(...) es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de las semanas cotizadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema”.

AIRE CARIBE LTDA	20091201	20091221	TIEMPO SERVICIO	21
ROMERO CASTELLAR	20141201	20141231	TIEMPO SERVICIO	30
ROMERO CASTELLAR	20150101	20150129	TIEMPO SERVICIO	29
ROMERO CASTELLAR	20150201	20151231	TIEMPO SERVICIO	330
ROMERO CASTELLAR	20160101	20160128	TIEMPO SERVICIO	28
ROMERO CASTELLAR	20160201	20160229	TIEMPO SERVICIO	30
ROMERO CASTELLAR	20160301	20161231	TIEMPO SERVICIO	300
ROMERO CASTELLAR	20170101	20170128	TIEMPO SERVICIO	28
ROMERO CASTELLAR	20170201	20170331	TIEMPO SERVICIO	60
ROMERO CASTELLAR	20170401	20171130	TIEMPO SERVICIO	240

En efecto, el accionante realizó cotizaciones con posterioridad a la fecha de pérdida de la capacidad laboral fijada por Colpensiones. Así también, según el anterior reporte, fueron hechas hasta el 30 de noviembre de 2017, momento para el cual, se presume, el actor no pudo continuar aportando debido a su enfermedad. Así, es desde esta última fecha a partir de la cual deberían contarse las 50 semanas según el criterio sostenido de la jurisprudencia constitucional, y no desde el 15 de diciembre de 2013, conforme el dictamen emitido por Colpensiones.

Pero la Sala advierte que el actor no dejó de aportar en noviembre de 2017. De la historia laboral allegada por Colpensiones, durante el presente trámite de revisión, se extrae que existe un alto número de cotizaciones posteriores a esa fecha, siendo el último aporte el correspondiente al 31 de mayo de 2019, así:

Nombre o razón social	Desde	Hasta	Último salario
ROMERO CASTELLAR DAV	01/01/2018	31/03/2018	\$781.242
ROMERO CASTELLAR DAV	01/04/2018	30/04/2018	\$781.000
ROMERO CASTELLAR DAV	01/05/2018	31/12/2018	\$781.242
ROMERO CASTELLAR DAV	01/01/2019	28/02/2019	\$828.116
ROMERO CASTELLAR DAV	01/03/2019	31/03/2019	\$828.000

ROMERO CASTELLAR DAV	01/04/2019	31/05/2019	\$828.113
-------------------------	------------	------------	-----------

Entonces, a partir de esta nueva información sería necesario establecer cuántas de todas las semanas cotizadas por el actor con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez y hasta la actualidad, son producto de una probada y efectiva capacidad laboral residual, a efectos de identificar el momento exacto desde el que deben contarse las 50 semanas en los últimos tres años exigidas para acceder a la pensión de invalidez.

Para ello, es preciso remitirse a las pruebas decretadas durante el presente trámite de revisión. En auto del 26 de junio de 2019, la Sala indagó al señor Romero Castellar si había realizado aportes a Colpensiones durante el año 2018, y de enero a mayo de 2019; si estaba trabajando actualmente y, si no era así, de dónde provenían los recursos que le permiten cotizar en la actualidad. En respuesta, el accionante informó que no trabaja porque su enfermedad se lo impide y que el dinero para aportar al sistema de seguridad social se lo suministra su progenitora.

Posteriormente, la Sala consideró necesario profundizar en los hechos del caso concreto debido a que no era claro desde qué momento el accionante dejó de cotizar porque su enfermedad le impidió seguir laborando, y a partir de cuándo comenzó a recibir ayuda económica familiar. En consecuencia, mediante auto del 19 de julio de 2019, la Sala realizó varios interrogantes al accionante acerca de estos temas, a efectos de aclarar cuándo cesó totalmente su capacidad laboral residual.

Al respecto, el señor David Romero Castellar informó a esta Sala que como empleado se vinculó por última vez en el año 2009. Luego, que *“entre mayo y diciembre del años dos mil trece (2013), la creatinina se me subió, mis riñones empezaron a fallar y tuve retención de líquidos lo que generó como consecuencia que, el trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013) me hospitalizaron en el Centro Policlínico El Olaya donde me hicieron mi primera hemodiálisis el quince (15) de diciembre de dos mil trece (2013), lo que implicó que mi salud se agravara y no pudiera continuar laborando”* (Subrayado no original). Respecto a desde cuándo comenzó a recibir a ayuda económica familiar para aportar al sistema de seguridad social en salud, indicó que esto inició en diciembre de 2014 y continúa a la fecha.

Según lo anterior, la enfermedad permitió al accionante trabajar hasta el 15 de diciembre de 2013, fecha que coincide con la fijada por Colpensiones como la de estructuración de su estado de invalidez. Entonces, es a partir de ese momento que debe verificarse el cumplimiento del requisito de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores. Sin embargo, de acuerdo con la historia laboral del señor Romero Castellar, atrás expuesta, se puede advertir que durante el intervalo referido, el actor no cotizó ninguna semana al sistema de seguridad social. Y aunque volvió a realizar aportes desde diciembre de 2014 y lo hace en la actualidad, lo cierto es que, como él mismo lo manifestó, estos

últimos son producto de la ayuda económica familiar, situación fáctica que no obedece al criterio de capacidad laboral residual.

De acuerdo con lo dicho, la Sala concluye que los aportes realizados por el accionante con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez no son producto de una efectiva y probada capacidad laboral residual, pues sus condiciones particulares no encajan en este concepto, dado que su actividad laboral cesó en diciembre de 2013 y las cotizaciones producto de la ayuda económica familiar no son sinónimo de capacidad laboral residual.

Para la Sala, la ayuda económica que el entorno familiar le brinda al actor es una clara manifestación del principio constitucional de solidaridad, respecto del cual esta Corporación ha sostenido que en situaciones de debilidad manifiesta, la familia es el primer responsable de velar por el cuidado y protección del individuo y, en ausencia de aquella, el deber se radica en la sociedad y el Estado⁶¹.

Así, al no cumplirse el requisito de contar con una efectiva y probada capacidad laboral residual, no existe un fundamento jurisprudencial que lleve a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del actor, pues las reglas sentadas por esta Corporación mediante la ya citada sentencia de unificación son claras al respecto y su acatamiento, tanto por autoridades judiciales como administrativas, otorga coherencia y seguridad al ordenamiento jurídico⁶².

En cuanto a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, cuya protección invoca el accionante, se advierte que estos no están siendo vulnerados ni se encuentran en riesgo de serlo, debido al auxilio y asistencia económica que su familia le suministra para continuar cotizando al sistema de seguridad social en salud y pensión.

Por las anteriores razones, en relación con el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, invocados por el señor David Romero Castellar, la Sala no encuentra que las causas que motivaron la interposición de la presente demanda ameriten protección alguna, al no haber evidenciado su vulneración. En consecuencia, la Sala negará la tutela de tales derechos en la parte resolutive de esta sentencia, para lo cual es necesario revocar la decisión de segunda instancia, que declaró improcedente la tutela.

Además, como esta Sala de Revisión ya definió que Colpensiones es la competente para decidir de fondo sobre cualquier solicitud derivada de la afiliación del señor Romero Castellar, advertirá a esa entidad que se abstenga de suministrarle respuestas basadas en la falta de competencia y proceda a resolver materialmente cualquier petición que él formule al respecto.

⁶¹ Sentencia T-730 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶² SU-588 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Finalmente, la Sala advierte que en este caso el juez de tutela de primera instancia vinculó a Salud Total EPS y a Asalud Ltda., entidades respecto de las cuales no se pronunció en ningún sentido, pero tampoco las desvinculó a pesar de que así lo solicitaron en la contestación de la tutela. Situación que también pasó desapercibida por el *ad quem*. Por tanto, al no ser sujetos pasivos de ninguna orden, la Sala considera que procesal y sustancialmente su vinculación ya no cumple ninguna función y atendiendo a la petición que en su momento hicieron dispondrá su desvinculación del proceso.

3. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- En el expediente **T-7.246.061**, **REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado 17 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por el ciudadano JCAO. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso administrativo vulnerados por Colfondos S.A. y Colpensiones, según lo expuesto en la presente sentencia.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la decisión que tomó Colpensiones de anular el traslado que el señor JCAO realizó desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por haber vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la libre elección de régimen pensional.

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, en caso de haberlos recibido, devuelva a Colfondos S.A. los aportes del accionante.

CUARTO.- ORDENAR a Colfondos S.A. que, tras el cumplimiento de la orden anterior, en un término de cuarenta y ocho (48) horas de haberse cumplido al orden anterior, proceda a devolver al señor JCAO los recursos correspondientes a sus aportes, de conformidad con lo estipulado en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO.- ORDENAR a Colfondos S.A. que, en caso de no haber transferido a Colpensiones los aportes del señor JCAO, proceda a devolverlos al actor en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia.

SEXTO.- En el expediente **T-7.249.857 REVOCAR** la decisión proferida el 22 de enero de 2019 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor David Romero Castellar. En su lugar, **NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

SÉPTIMO.- DEJAR SIN EFECTOS la decisión que tomó Colpensiones de anular el traslado que el señor David Romero Castellar realizó desde el régimen de ahorro individual (Protección S.A.) al régimen de prima media con prestación definida (Colpensiones), por haber vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la libre elección de régimen pensional.

OCTAVO.- ADVERTIR a Colpensiones que, en caso de que el señor David Romero Castellar eleve una solicitud que se relacione con su afiliación al régimen de prima media, se abstenga de suministrarle respuestas basadas en la falta de competencia y proceda a resolver materialmente cualquier petición que él formule al respecto.

NOVENO.- ADVERTIR a Colpensiones que se abstenga de anular de oficio los traslados que se hagan desde el régimen de ahorro individual hacia el régimen de prima media con prestación definida, salvo que medie solicitud del afiliado y además se cumplan los requisitos del artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

DÉCIMO.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, **COMPULSAR** copias de la presente sentencia al Ministerio de Trabajo para que, en el ámbito de sus competencias y de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, determine si hay lugar a sanciones contra Colpensiones por haber anulado los traslados entre regímenes de los señor JCAO y David Romero Castellar.

DÉCIMO PRIMERO.- DEVINCULAR a Salud Total EPS y a Asalud Ltda., del expediente de tutela T-7.249.857.

DÉCIMO SEGUNDO.- LIBRAR las comunicaciones -por Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes -a través del Juez de primera instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, publíquese y cúmplase

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General