



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

Expediente 110013105004202200191-01

**ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR DANIEL FONSECA PUERTO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA EMPRESA GESTAR INNOVACIÓN**

Bogotá, D.C, a los quince (15) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022)

Estando dentro del término legal, procede la sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante en contra de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

Daniel Fonseca Puerto promueve acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la empresa Gestar Innovación, en procura de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud en conexidad con el derecho a la vida, y al debido proceso, y en consecuencia, solicita se ordene a Colpensiones a restablecer el pago de la mesada pensional y realizar los aportes a la EPS para evitar un perjuicio, y mantenerlo activo en dichos servicios, hasta tanto se realice el proceso de revisión del porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó el accionante que durante el año 2006 fue diagnosticado con VIH, enfermedad progresiva que desmejoró su salud, ocasionando el despido injustificado de la empresa en la que laboraba, y debiendo estar en constante tratamiento médico.

Adicionalmente, se mantiene en constante tratamiento y seguimiento médico por los estados de ansiedad y depresión que padece, habiéndole sido prescritos varios medicamentos para cada una de las condiciones que padece.

Refiere que por orden del juez laboral, fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 12 de julio de 2013, determinando una pérdida de capacidad laboral del 50.45%, con fecha de estructuración el 3 de diciembre de 2012, teniendo derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, siendo dicha orden impartida por el juez, y reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR-40617 del 20 de febrero de 2015.

Para el 2017, el accionante fue requerido por Colpensiones, para ser nuevamente valorado y determinar el porcentaje de pérdida de capacidad a dicha fecha, resultando dicha pérdida superior al 50%, por lo que se permitió que continuara recibiendo la pensión.

Que el 5 de mayo de 2022 se acercó al banco a cobrar la mesada del mes de abril, donde se le informó que se le había suspendido la pensión al no haber acudido a la valoración médica de actualización de puntaje; situación por la que acudió a las instalaciones de Colpensiones, y manifestó que en ningún momento recibió requerimiento alguno.

Aduce el petente que Colpensiones le entregó pruebas de comunicación, constatando que se comunicaron a un teléfono del que nunca ha sido titular, y un documento que se remitió a la oficina de la abogada que lo representó previamente en el proceso laboral, profesional que igualmente cambió su ubicación laboral, sin que hubiese en ningún momento dicha citación, y sin que la misma hubiese sido dirigida a su domicilio, manifestando que si condición de salud no le permite obtener un trabajo, además de ser víctima de discriminación por la patología que padece.

CONTESTACIONES

Notificada en legal forma la presente acción, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que la normatividad los faculta para suspender la prestación que devenga el accionante, teniendo en cuenta que una vez realizado el trámite administrativo correspondiente para lograr que el accionante se acercara a realizar la revisión de su estado de invalidez, no fue posible el proceso de contactabilidad, por lo que resulta improcedente solicitar el reconocimiento

de una prestación económica vía acción de tutela, al no demostrarse el carácter subsidiario.

Se advierte que no se recibió contestación alguna por parte de la Empresa Gestar Innovación S.A.S., pese a haber sido notificada por el juzgado de conocimiento, para que ejerciera su derecho de defensa, encontrándose frente a la **presunción de veracidad** contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 que establece: “*Si no se hubiere dado respuesta al informe solicitado, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a fallar de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación*”.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en providencia del 23 de mayo de 2022, dispuso: “(...) *PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE de forma parcial la acción de tutela invocada por DANIEL FONSECA PUERTO, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud del señor DANIEL FONSECA PUERTO y, en consecuencia, ORDENAR a Colpensiones que en un término máximo de cinco (5) días contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, realice la reactivación del pago de los aportes en salud. TERCERO: ORDENAR al COLPENSIONES que adopte las medidas necesarias para que en el término máximo de treinta (30) días, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si no lo ha hecho aún, realice los exámenes requeridos para la calificación de la invalidez del señor DANIEL FONSECA PUERTO. CUARTO: REQUERIR al accionante para que, una vez activado el proceso de revisión de su estado de invalidez, se ponga a disposición de COLPENSIONES en los tres meses siguientes de conformidad con el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 (...).*

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de instancia, la parte actora la impugnó parcialmente, solicitando que se conceda la reactivación inmediata de la meada pensional, indicando que Colpensiones conocía cual es su residencia, al seguir siendo la misma a la que le enviaron pasada correspondencia, y que la única llamada que le hicieron, fue con origen a la presente acción.

Considera el señor Fonseca, que al no haberse tutelado su derecho fundamental al mínimo vital, le están violando el derecho a la subsistencia en conexidad con el derecho a la vida, en razón a que al dejar de percibir su mesada pensional, no puede cubrir sus gastos de alimentación, el transporte

para desplazarse a sus tratamientos médicos, adicional a que no cuenta con ninguna red familiar que la discrimine, y que es insensato el tener que acudir nuevamente a la acción ordinaria para que se reactiven sus derechos.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la impugnación, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Conforme fue expuesto, el problema jurídico que deberá resolver esta Sala, estriba en determinar si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud en conexidad con la vida y al debido proceso, y, por ende, si precisa del amparo constitucional para lo cual, se ha de determinar, en primer lugar, si resulta procedente esta acción.

ASPECTOS GENERALES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo procesal por medio del cual toda persona tiene la facultad de exigir, ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que se presente una violación o amenaza de violación, por medio de actos, hechos, omisiones u operaciones de cualquier autoridad pública, o por particulares en ciertas y determinadas circunstancias.

Desde muy temprano, la sentencia CC T-001 de 1992, frente a la naturaleza de la acción de tutela, se pronunció de la siguiente manera:

“La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza”.

De lo dicho en esta sentencia, podemos concluir que la acción de tutela no está instituida para remplazar los mecanismos ordinarios de defensa judicial, salvo que estos resulten ineficaces para proteger el derecho fundamental involucrado, o se requiera la intervención inmediata para evitar

un perjuicio irremediable, es decir, tiene un carácter excepcional y subsidiario.

ACERCA DE LA SUBSIDIARIEDAD

Así las cosas, se hace imperativo el análisis riguroso de los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de tutela, en primer término, el de subsidiariedad, necesario, por regla general, para viabilizar el amparo constitucional.

El requisito de subsidiariedad hace referencia al carácter residual de la acción de amparo constitucional, que la hace viable sólo cuando a favor del solicitante, no exista otro medio de defensa judicial idóneo, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que, en caso contrario, admitir la procedibilidad de la acción, significaría diseñar una vía alternativa para desplazar los mecanismos ordinarios de protección de dichos derechos.

Al respecto en sentencia T-1008 de 2012, la Corte Constitucional, estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley; además que, no se puede abusar del amparo constitucional ni evitar el agotamiento de la jurisdicción ordinaria o contenciosa, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para remplazar los medios ordinarios existentes.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, esa Corporación señaló que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Por lo que, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, se pueden presentar algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela, como cuando se compruebe que el mecanismo judicial pendiente

por agotar no es idóneo, ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados; y la segunda; que “*siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela*”¹

En relación con la ocurrencia de un perjuicio irremediable, señaló la sentencia T-225 de 1993, que, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, éste se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora al punto que ya no puede ser recuperado en su integridad; y para determinar su ocurrencia, debe ser *inminente*, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo, lo que demanda la existencia de evidencias fácticas de la presencia de un daño en un corto plazo que justifique la intervención del Juez Constitucional; además, medidas que se deban tomar para conjurarlo deben ser *urgentes y precisas* ante la posibilidad de un daño *grave* evaluado por la intensidad del menoscabo material o moral a una persona. E igualmente, debe ser *impostergable* para que la actuación de las autoridades sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la sala, que pretende el accionante por vía de tutela, se ordene a la accionada Colpensiones a reactivar el pago de las mesadas a que tiene derecho, en razón a su condición de discapacidad.

Afirma la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que la normatividad los faculta para suspender la prestación que devengaba el accionante, teniendo en cuenta que una vez realizado el trámite administrativo correspondiente a lograr que el accionante se acercara a realizar la revisión de su estado de invalidez, la comunicación no fue posible.

Indican que la administradora remitió la comunicación del 20 de septiembre de 2021, mediante la guía 9141644779, sin embargo, que la misma no pudo ser entregada, razón por la cual procedieron con la correspondiente publicación a través de la página web, fijada el 2 de diciembre de dicha anualidad, advirtiéndole que contaba con 3 meses para presentarse, y que, de rehusarse a la revisión, acarrearía la suspensión de la mesada pensional.

¹ Sentencia T-705 de 2012

Si bien el petente indica que las comunicaciones previamente señaladas se surtieron a la dirección errónea, ocasionando el desconocimiento del requerimiento que le fuere efectuado, lo cierto es que pudo corroborarse que con posterioridad al fallo de tutela proferido por el juez de primera instancia, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones remitió memorial el 3 de junio de 2022, allegando el dictamen de calificación de la invalidez del 2 de junio de la presente actualidad, donde se determinó que el señor Daniel Fonseca Puerto cuenta con el **54.84%** de porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, aduciendo la accionada que dicho trámite se encuentra en proceso de notificación.

Es por lo anterior, que al día de hoy no existe duda del derecho que le asiste al accionante, en razón a la nueva valoración efectuada por Colpensiones, desapareciendo así las razones para mantener la suspensión de la mesada pensional.

A efectos de corroborar si Colpensiones habría reactivado el beneficio, el despacho procedió a comunicarse telefónicamente con el señor Daniel Fonseca, quien manifestó el día 13 de junio de la presente anualidad, que no se había efectuado la notificación del nuevo dictamen de pérdida de la capacidad laboral, así como tampoco la inclusión a la nómina.

No puede desconocer la corporación la calidad de sujeto de especial protección constitucional con la que cuenta el accionante, deviniendo de ello un análisis menos estricto del cumplimiento de los requisitos de procedencia, sin que ello implique que no deba efectuar su cumplimiento.

Establece el artículo 44 de la Ley 100 de 1993:

“(…) ARTÍCULO 44. REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ. El estado de invalidez podrá revisarse:

a. Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar.

Este nuevo dictamen se sujeta a las reglas de los artículos anteriores.

El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no

se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado (...)". Negrilla fuera del texto.

En suma, y una vez analizada la historia clínica allegada por el actor, pudo corroborarse que se encuentra en tratamientos médicos tanto por el diagnóstico de VIH, como por el trastorno mixto de ansiedad y depresión, pudiendo inferir que en efecto, la suspensión de la mesada pensional, podría ocasionar un perjuicio a su mínimo vital, y teniendo en cuenta que no existe duda alguna de que al petente le asiste el derecho de continuar recibiendo dicha prestación, se ordenará que en un término no superior a diez (10) días siguientes a la notificación del presente proveído, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, realice la reactivación en nómina del accionante.

La sala realiza la precisión, que si bien se ordenará la inclusión en nómina, no se procederá a emitir orden respecto al pago del retroactivo que no le fuere cancelado al señor Fonseca, en cuanto las prestaciones económicas pueden controvertirse excepcionalmente a través de la acción de tutela, constatando que no en el presente caso, no se ha elevado petición ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones con respecto a lo anterior, y en conclusión, se abstiene esta corporación de disponer el pago de dicha prestación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela de la referencia, en cuanto declaró improcedente de forma parcial la presente acción, para en su lugar **TUTELAR** el derecho al mínimo vital, conforme lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a realizar la reactivación en nómina del

señor **DANIEL FONSECA PUERTO**, en un término no superior a diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia conforme lo expuesto.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a las partes, y enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.

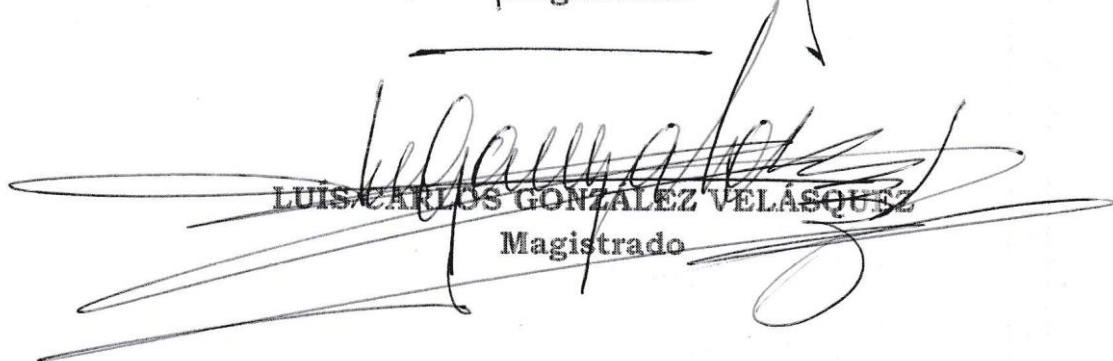
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado