**Providencia:** Tutela del 17 de mayo de 2016

**Radicación No.:**  66001-31-05-005-2016-00236-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Rubiela Gallego Londoño

**Accionado:** ARL Positiva

**Juzgado de origen:** Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

**Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez:** “*Así las cosas, cuando la reclamación pensional consiste en el reconocimiento de una pensión por invalidez, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en estos casos, por tratarse de un derecho fundamental per se, es susceptible la protección por vía de la acción de tutela, particularmente por que coinciden dos elementos fundamentales: (i) la calidad del sujeto de especial protección que la reclama, pues las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en que se encuentra ya sea por sus condiciones físicas o mentales, hace necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando con este reconocimiento, el amparo de los derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros y, (ii) porque la importancia de su reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona inválida y su grupo familiar”.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Mayo 17 de 2016**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 5 de abril de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora  **Rubiela Gallego Londoño** a travésde **Apoderado Judicial**, en contra de la **ARL Positiva Compañía de Seguros,** a través de la cual pretende que se ampare el derecho fundamental al **Mínimo Vital** y **Dignidad Humana**.

#### La demanda

Manifiesta la accionante que laboró con el Seguro de Institutos Sociales (hoy liquidado), desde el mes de noviembre de 1992 hasta el 30 de marzo de 2015, fecha en la que se dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con dicha entidad.

Aduce que durante ese tiempo se desempeñó como Instrumentadora Quirúrgica Grado 16 en la Sala de Quirófanos y que debido al medio laboral en que trabajó adquirió una enfermedad de origen profesional conforme a criterio de la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez con fecha de estructuración del 8 de octubre del 2008, con pérdida de capacidad laboral del 69,27% tal y como consta en el dictamen 4200027 del 15 de noviembre del año 2012, expedido por los Galenos adscritos a la Junta en mención.

Afirma que agotó la vía gubernativa ante la ARL Positiva que tiene sucursal en ésta ciudad, solicitando la pensión de invalidez, pero nunca le contestaron. Luego llegó una citación donde le informaban que debía presentarse en el Juzgado en Bogotá, el cual le notificaba que el dictamen emitido por la Junta fue objeto de demanda ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral por parte del representante legal de ARL Positiva Compañía de Seguros, argumentando que la patología no es de origen profesional sino de origen común.

Refiere que la demanda se surtió ante el Juzgado 7 Laboral Del Circuito en Santafé de Bogotá, en la que se vinculó como litisconsorcio necesario. En audiencia que se llevó a cabo por el Juez el 22 de julio del 2015, se negó la totalidad de las pretensiones de la parte demandante, quien apeló la decisión ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, y éste mediante auto del 25 de enero del 2016, declaró desierto el recurso puesto que consideró que no había sido sustentado en debida forma por quien tenía en su momento la carga argumentativa.

Informa que mediante escrito elevado el 9 de febrero de 2016, solicitó a la entidad accionada el pago de la pensión, la cual fue recibida el día 10 del mismo mes y año, pero aún no ha recibido respuesta.

Expresa que para la fecha de estructuración de la enfermedad de origen profesional del 8 de octubre de 2008, percibía un salario $1´258.594. Además que cumple con todos los requisitos que la ley exige para que se le sea concedida la pensión de invalidez.

Considera que dada su particular situación es una persona que requiere de especial protección por parte del Estado, en razón a que fue despedida el 30 de marzo de 2015, sin que pueda percibir ingreso alguno que le permita su manutención y la de su madre, quien depende económicamente de ella; igualmente padece de Asma ocupacional - Artritis Rematoidea - Trastorno Leve Depresivo enfermedad de origen profesional.

Finalmente solicita, que debido a su precaria situación económica, a través de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana, y en consecuencia se reconozca la pensión de invalidez a su favor.

#### Contestación de la demanda

 Manifiesta ARL Positiva, que demandó ante la Jurisdicción ordinaria Laboral el dictamen No 420027 del 15 de noviembre de 2012, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fundamentado en los estudios realizados por la Fundación de Neumología de Colombia, los cuales indican que la enfermedad respiratoria que padece la accionante es de origen común y no profesional como lo indicó la sala 4 de la junta de calificación, por lo que las prestaciones derivadas de una enfermedad común están a cargo de la EPS y Administradora de pensiones a la cual esta afilada la demandante.

Aduce que dentro del proceso ordinario que se adelantó, se decretó y practicó una nueva valoración por parte de la sala 1 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la cual emitió dictamen No 402 del 15 de mayo de 2015, donde se estableció que la patología de la enfermedad de la accionante es de origen común. Pese a existir un nuevo dictamen el Juzgado Séptimo Laboral de Bogotá, declaró que no le daba ningún valor dentro del proceso y por eso no declaró la nulidad del dictamen demandado.

Informa que se corrió traslado a las partes del fallo de primera instancia y el apoderado de la ARL interpuso recurso de apelación contra esa decisión, pero el Tribunal Superior de Bogotá declaró desierto el recurso con el argumento de falta de debida sustentación. Dada esta situación Positiva interpuso acción de tutela frente ésa decisión, sin que a la fecha esta compañía conozca decisión al respecto.

Afirma, que con relación a la pretensión del reconocimiento pensional, se dio respuesta de fondo a la petición mediante comunicado SAL-30937.

Agrega, que de acuerdo con las pretensiones de la actora, al pago de las mesadas pensionales, aún no existe pronunciamiento en firme que le otorgue el derecho pensional, puesto que dicha orden debe ser objeto de decisión por la jurisdicción ordinaria, omisión que configura la causal primera de improcedencia de la acción de tutela contemplada en el numeral 1 del artículo 06 del decreto 2591 de 1991.

 En conclusión de todo lo expuesto, solicita declarar improcedente la acción de tutela en contra de la Administradora, al tenor de los postulados constitucionales y del material probatorio allegado, además teniendo en cuenta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado concedió el amparo de tutela de los derechos fundamentales incoados por la señora Rubiela Gallego Londoño.

 Para llegar a tal conclusión consideró en principio, que la acción de tutela no es el medio idóneo para el reconocimiento de prestaciones económicas que reclama la accionante, teniendo en cuenta que el asunto requiere un análisis jurídico que corresponde al Jurisdicción Ordinaria Laboral.

No obstante para el caso de la demandante encuentra acreditado el perjuicio irremediable de que trata la Jurisprudencia, puesto que la accionante allegó las pruebas necesarias que permiten concluir que efectivamente se encuentra en un estado de invalidez con pérdida de capacidad laboral superior al 50%, además actualmente no cuenta con empleo y tiene a su cargo a su progenitora adulta mayor de 80 años, circunstancias que no fueron desvirtuadas por la demandada ARL Positiva, quien se limitó a informar en la respuesta de tutela que se encontraba en discusión el origen de la invalidez de la señora Rubiela Gallego Londoño, siendo vulnerados los derechos fundamentales al Mínimo Vital y la Seguridad Social, de su núcleo familiar.

A si mismo encuentra que de los argumentos de la ARL Positiva, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama la accionante, existe dictamen en firme de la junta nacional de calificación de invalidez que declara el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y el origen de la misma, cuya nulidad fue descartada por la jurisdicción ordinaria.

Agrega que no se discute la calidad de afiliada de la accionante a la ARL positiva al momento de la fecha de estructuración del 6 de octubre del 2008, con pérdida de capacidad laboral del 69,27% de origen profesional según dictamen No 420027, de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, igualmente cumpliendo con los requisitos que exige la ley 776 de 2002, para hacerse acreedora de manera transitoria de la pensión de invalidez que reclama por la vía constitucional.

Afirma, que sobre el monto de la pensión de invalidez, ésta se reconoce en un salario mínimo legal vigente, pese a que según documentos aportados al expediente, la actora cotizó un valor superior, advirtiendo que será la Justicia Ordinaria Laboral quien determine el monto correspondiente y el retroactivo pensional que considere tener derecho, así mismo que de no proponer la respectiva demanda laboral dentro de los 4 meses a la notificación de esta Sentencia cesaran los efectos de lo ordenado.

En consecuencia ordena al reconocimiento del derecho pensional de manera transitoria hasta tanto se profiera decisión de fondo por la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

#### Impugnación

ARL Positiva Compañía de Seguros impugnó la decisión, argumentando que comparte la decisión de la jueza de primera instancia, excepto lo ordenado en el numeral 2 de la parte resolutiva, por cuanto insiste en que la enfermedad que adquirió la demandante es de origen común y no profesional tal y como consta en el dictamen No 42002 del 5 de mayo del 2015, calificación realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; responsabilidad que corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpensiones o al Fondo en que se encuentre afiliada la accionante, de realizar el respectivo reconocimiento pensional como lo dispone el artículo 38 de la ley 100 de 1993, que es la encargada de atender a las pretensiones de la acción constitucional.

Finalmente solicita que se desvincule por falta de Legitimación en la causa por pasiva, adicionalmente se revoque el No 2 de la parte resolutiva de la sentencia y ordene a la administradora de pensiones Colpensiones o a la cual está afiliada la demandante a Realizar el respectivo reconocimiento pensional para garantizar el Mínimo Vital de la señora Rubiela Gallego Londoño.

#### Consideraciones

* 1. **Problemas jurídicos por resolver**

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia le corresponde a la Sala determinar: *i)* Si procede en el caso objeto estudio la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez que solicita la señora Rubiela Gallego Londoño y, en caso afirmativo, *ii)* Si ella cumple con los requisitos de la prestación deprecada y, *iii)* A quién le corresponde, de acuerdo con el origen de la enfermedad, reconocerla?

 **5.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez**

La Corte Constitucional ha manifestado que por regla general es improcedente el amparo cuando en el ordenamiento jurídico se encuentra estipulado un medio de defensa particular para redimir la controversia objeto de la acción, en virtud del principio de subsidiaridad de la tutela. No obstante, el Alto Tribunal en la Sentencia T-074 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiteró su posición, en cuanto permitir la procedencia de la acción de tutela, excepcionalmente, para el reconocimiento de derechos pensionales, propiamente la pensión de invalidez, atendiendo factores tales como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar del actor, para determinar si exige del Estado una mayor protección, celeridad y diligencia en procura de salvaguardar sus derechos, no siendo oportuno someterlo a un proceso ordinario laboral, si acredita plenamente el cumplimiento de los requisitos para obtener la gracia pensional. Por tanto concluyó la Corte Constitucional:

*“Así las cosas, cuando la reclamación pensional consiste en el reconocimiento de una pensión por invalidez, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en estos casos, por tratarse de un derecho fundamental per se, es susceptible la protección por vía de la acción de tutela, particularmente por que coinciden dos elementos fundamentales: (i) la calidad del sujeto de especial protección que la reclama, pues las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en que se encuentra ya sea por sus condiciones físicas o mentales, hace necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando con este reconocimiento, el amparo de los derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros y, (ii) porque la importancia de su reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona inválida y su grupo familiar.*

 *Así pues, la Corte ha considerado que por tratarse de personas que, debido a la pérdida de su capacidad laboral, no pueden acceder a un trabajo quedando en una situación de indefensión y vulnerabilidad, la pensión de invalidez constituye la única fuente de ingresos con la que cuentan para satisfacer sus necesidades y las de su núcleo familiar. Por lo anterior, es que la Corte ha reconocido la pensión de invalidez a varias personas a través de la acción de tutela, y para ello ha optado incluso por la inaplicación de algunas disposiciones legales que contemplaban exigencias normativas que se apreciaban como excepcionalmente inconstitucionales, vistas las circunstancias de cada caso en concreto.”*

* 1. **Caso en concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que sea reconocido el derecho de la pensión de invalidez de la señora Rubiela Gallego Londoño, por parte de la ARL Positiva, en virtud del dictamen No 420027 del 15 de noviembre del 2012 expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el que le atribuyó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 69.27%, de origen profesional y fecha de estructuración del 6 de octubre del 2008. Aduce que la falta de reconocimiento de dicha prestación la ésta afectando a ella y a su madre debido a la precaria situación económica que viven actualmente.

Pese a que, de acuerdo al contenido de la impugnación, no está en discusión en que por vía de tutela se conceda temporalmente la pensión de invalidez a la actora, vale la pena resaltar que si bien la regla general con relación al reconocimiento de pensión de invalidez, indica que no es posible ordenar dicha prestación mediante el mecanismo constitucional, pues de ser así se estaría suplantando el objetivo del proceso ordinario laboral, así como la competencia de los jueces laborales para redimir tales controversias, la señora Rubiela Gallego Londoño, acredita el cumplimiento de los supuestos que ha establecido la Corte Constitucional para que de forma excepcional pueda ordenarse el reconocimiento de la pensión de invalidez. En efecto, la pruebas que obran en el expediente acreditan que la actora tiene una enfermedad de origen profesional con discapacidad laboral del 69.27%, ubicándose dentro grupo de personas que requiere de especial protección por parte del Estado, lo que permite realizar un análisis amplió de la subsidiariedad del mecanismo constitucional.

Asimismo, debe considerarse que la actora solicitó la pensión de invalidez ante la ARL Positiva, no solo por su pérdida de capacidad laboral de origen profesional sino también por no contar con otra fuente de ingresos en razón a la terminación de su contrato de trabajo, motivo por el cual la negativa de la ARL le genera un perjuicio irremediable y vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

 Por otra parte, el referido dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación (fl.12-15) donde se le determina a la accionante enfermedad de origen profesional con pérdida de capacidad laboral del 69.27%, se encuentra en firme, en razón a que éste fue demandado por la ARL ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, bajo el argumento de que la pérdida de capacidad de la accionante es de origen común, pretensiones que fueron negadas en primera instancia, y en cuanto al recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue declarado desierto por falta de debida sustentación (Fl.36 y 37).

Así mismo es de resaltar que la ARL Positiva en la impugnación, reconoce que se está vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y no se opone al reconocimiento de la prestación siempre y cuando éste le corresponda a Colpensiones o al fondo pensional al que se encuentre afiliada la actora. No obstante el problema jurídico que plantea la accionada, esto es, quien es la obligada a pagar la pensión de invalidez, requiere de un debate probatorio propio de la jurisdicción ordinaria, mismo que puede surtirse en el proceso ordinario que debe instaurar la señora Rubiola Gallego Londoño dentro de los cuatro meses siguientes a ésta providencia con el fin de que se decida definitivamente su derecho pensional.

En consecuencia se confirmará la decisión de primera instancia, reiterando la advertencia de la A-quo, toda vez que al haberse concedido el amparo como medida transitoria, la actora deberá acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para que se decida definitivamente sus derechos, so pena de que cesen los efectos del fallo de tutela, en el término de 4 meses.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 5 de abril de 2016.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

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

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**