**Providencia:** Tutela del 27 de enero de 2015

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2015-00617-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Oclides de Jesús Londoño Franco

**Accionado:** Colpensiones

**Juzgado de origen:** PrimeroLaboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL/ Es procedente la tutela para dirimir controversias relacionadas con la calificación, cuando los medios de defensa ordinarios carecen de eficacia

“En el sub lite resulta procedente la acción de tutela por cuanto el actor presenta un cuadro patológico que a la fecha lo califica con una pérdida de capacidad laboral del 40.60%, cifra que si bien no lo hace acreedor de una pensión de invalidez, resulta bastante considerable para valorar el mecanismo constitucional.”

REVISIÓN DEL DICTAMEN DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL/ Requisitos/ Improcedencia de la tutela para ordenar la revisión, cuando en el trámite de calificación se ha garantizado el debido proceso.

“Colorario de lo anterior, al no presentarse novedades significativas en la salud del señor Oclides de Jesús desde la fecha del último dictamen a la actualidad y habiendo cumplido la Junta Nacional de calificación con la normatividad que para la fecha de calificación se encontraba vigente; no es posible aplicar al caso de marras el precedente de la Corte Constitucional, puesto que a todas luces no se cumplen los presupuestos del artículo 55 del decreto 1352 de 2013; tampoco la autoridad quien profirió el dictamen desconoció alguna de las patologías del solicitante, ni careció de motivación el porcentaje de merma de la capacidad laboral otorgado, ni mucho menos se incumplieron los términos estipulados para llevarlo a cabo.”

DERECHO DE PETICIÓN/ La solicitud que se eleva de manera escrita, debe ser contestada por esa misma vía/ Presunción de veracidad/ Facultades ultra y extra petita del juez constitucional.

“(…) en el escrito de tutela se solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso (…) la Sala, atendiendo las facultades ultra y extra petita del Juez Constitucional, amparará el derecho de petición presentado por el actor el 22 de octubre de 2015.

En ese orden de ideas, al obrar en el plenario la constancia de recibido por Colpensiones (…) y operando la presunción de veracidad por la falta de contestación de la accionada, se encuentra probada la vulneración al derecho de petición del actor, en el entendido que la manifestación verbal dada por el médico laboral de la entidad, no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, pues únicamente pueden las autoridades responder verbalmente las solicitudes que fueran elevadas de la misma forma.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias T-800 de 2012, T-150 y T-646 de 2013. Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral, sentencia de tutela del 23 de junio de 2015, radicado No. 2015-00107.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

(**Enero 27 de 2016**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por el señor **Oclides de Jesús Londoño Franco,** mediante apoderado judicial, en contra dela **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones,** a través de la cual pretende que se ampare los derechos fundamentales a la **seguridad social** y **debido proceso.**

Se vinculó a la **Junta Nacional de Calificación de Invalidez**.

#### La demanda

El actor, a través de su apoderado judicial, manifestó que desde hace algún tiempo padece de Cardiopatía Isquémica e Hipertensión Arterial, motivo por el cual inició el proceso de pérdida de la capacidad laboral en Colpensiones, llegando a ser calificado el 10 de septiembre de 2015 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una merma de su capacidad laboral del 40.60% estructurado el 14 de febrero de 2014 y de origen común, bajo los parámetros del Decreto 917 de 1999.

Afirmó que el decreto a la luz del cual fue realizado el mentado dictamen fue derogado por el Decreto 1507 de 2014, por lo que al no ser objeto de recurso alguno la calificación emanada de la Junta Nacional, solicitó mediante derecho de petición el 22 de octubre de 2015 a Colpensiones que por favorabilidad le realizara una nueva calificación bajo la egida del Decreto 1507 de 2014.

Agregó que si bien Colpensiones no ha contestado en forma escrita a su solicitud, verbalmente el médico laboral de la entidad le manifestó que la nueva calificación no podía llevarse a cabo puesto que no ha trascurrido un año desde el último dictamen, lo que, consideró, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, ya que le impiden que se defina su situación pensional bajo la normatividad actual, que puede resultar más favorable a sus intereses, máxime cuando desde que fue calificado por la Junta Nacional su estado de salud ha empeorado.

En consecuencia, solicitó el amparo de los derechos fundamentales deprecados y que se ordene a Colpensiones que realice una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral bajo el Decreto 1507 de 2014.

#### Contestación de la demanda

Tanto la accionada Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones como la vinculada Junta Nacional de Calificación de invalidez guardaron silencio.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado no concedió el amparo constitucional invocado, argumentando que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es la última autoridad encargada de definir el grado de invalidez y origen de las contingencias, por lo que la actora agotó todas las instancias instituidas para determinar la merma de su capacidad laboral y la fecha de estructuración, no siendo posible realizar una nueva calificación, toda vez que no ha transcurrido un año desde la decisión adoptada mediante dictamen No. 15950334 con fecha del 10 de septiembre de 2015, de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ni tampoco se aportó al plenario la historia clínica que demuestre la existencia de nuevas patologías presentadas o la degeneración del estado de salud del actor.

En consecuencia, negó el amparo, al observar si bien se ha acogido la tesis de la Corte Constitucional en cuanto a ordenar un nuevo dictamen, aun cuando no haya transcurrido un año desde el anterior, esto solo es posible cuando hay afectaciones al debido proceso, que en el presente caso, de acuerdo a los hechos y pruebas presentados, no se evidencia, toda vez que alega el actor que el Decreto que debió aplicar la Junta Nacional es el 1507 de 2014 y no el 917 de 1999, errando en su apreciación, puesto que el decreto efectivamente utilizado en el dictamen del 10 de septiembre de 2015 era el vigente para el 5 de febrero de 2015, fecha en la cual fue emitido el dictamen de la Junta Regional, apelado ante la Junta Nacional.

#### Impugnación

El apoderado judicial del actor impugnó el fallo de tutela, considerando que la procedencia de la acción se basa en el cuadro patológico que padece el señor Oclides de Jesús Londoño Franco, hasta el punto de ser reconocido como incapaz permanente parcial y requerir una nueva valoración de su pérdida de capacidad laboral bajo el nuevo Manual único de Calificación de Invalidez, misma que al negársela la administradora pensional, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Es procedente la acción de tutela para ordenar una nueva calificación de perdida de la capacidad laboral? en caso afirmativo, cuando a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Manual Único para la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional (Decreto 1507 de 2014) se encontraba tramitándose un dictamen de pérdida de capacidad laboral bajo las directrices del anterior Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 917 de 1999), es posible solicitar una nueva calificación bajo los parámetros de la nueva legislación, incluso cuando no ha transcurrido un año desde la primera calificación?

* 1. **Procedencia de la acción de tutela frente a la calificación de pérdida de la capacidad laboral.**

Al ser la calificación por pérdida de capacidad laboral una prestación derivada del sistema de seguridad social, los eventuales conflictos que puedan surgir entre las entidades que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se encuentran obligadas a emitir tal dictamen y el afiliado que lo solicita, son casos claros que corresponde conocer a la jurisdicción ordinaria laboral, según la regla de competencia definida por el artículo 2º del Estatuto Procesal del Trabajo. Por lo tanto, en principio el accionante que pretenda obtener por la vía constitucional una calificación de pérdida de capacidad laboral, cuenta con otro medio judicial específico e idóneo para proteger sus derechos.

No obstante, la Corte Constitucional ha considerado que, pese a no cuestionarse la estricta idoneidad de la acción laboral para producir los mismos efectos perseguidos en la acción de tutela, se presentan casos en las que las circunstancias especiales y situaciones apremiantes del actor, merecen especial atención del Estado, siendo posible amparar los derechos fundamentales por la vía expedita, lo que resulta en una aplicación excepcional de la procedencia del amparo constitucional, tal como lo expresó en la sentencia T-150 de 2013, Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada:

*“La acción de tutela que busca resolver controversias frente a un dictamen de pérdida de capacidad laboral, inicialmente, resulta improcedente. Sin embargo, esta Corporación ha determinado que existen ciertos casos en los cuales la acción constitucional prospera sin aplicar de manera estricta el principio de subsidiaridad. Los casos a los cuales se refiere corresponden a: (i) las situaciones en las cuales se evidencia el riesgo de un perjuicio irremediable o (ii) que el mecanismo existente, en este caso el proceso ordinario laboral, no resulta idóneo ni eficaz para el caso concreto. Como ejemplo encontramos que, la Corte ha establecido que cuando las personas que ostentan un estado de debilidad manifiesta, como aquellas que padecen de una invalidez laboral, se impone una urgencia a la protección de sus derechos fundamentales pues no cuenta con la posibilidad de acceder a una oferta laboral u otros medios económicos que le permitan garantizar su subsistencia en condiciones dignas. Además, los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria laboral implican gastos que el actor no puede sufragar y toma tiempo que alarga la afectación de los derechos. En razón a lo expuesto, la jurisprudencia de esta Corte estableció que la acción de tutela, en estos casos, podía proceder como mecanismo definitivo cuando el medio judicial previsto para estas controversias no resulte idóneo y eficaz, situación que el juez de tutela debe determinar.*

*(…)En consecuencia a todo lo expuesto, la acción de tutela que pretende resolver una controversia relacionada a la calificación de pérdida de capacidad laboral resulta procedente siempre y cuando, se demuestre que se está ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable o se determine que el mecanismo natural del asunto no resulte idóneo o eficaz para el caso concreto. Finalmente, el amparo de la acción constitucional puede darse de forma definitiva o transitoria dependiendo de las circunstancias que rodeen el asunto en estudio.”*

Igualmente, en cuanto a la acción de tutela para solicitar la calificación de pérdida de capacidad laboral, en los casos en los que no se está controvirtiendo particularmente un determinado resultado o proceso, manifestó el Alto Tribunal que inicialmente se torna improcedente, aunque en algunos casos puede ordenarse el dictamen por la vía constitucional. Así lo expresó en la sentencia T-646 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez:

*“Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado es idónea en orden a proteger los derechos alegados y puede asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que estos no son lo suficientemente expeditos frente a la situación particular del accionante, que sin contar con otros medios económicos y estando discapacitado, demanda una protección inmediata.”*

* 1. **De la revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial.**

El artículo 55 del decreto 1352 de 2013 establece que procede la revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial, esto es un dictamen menor al 50% de pérdida de la capacidad laboral, cuando ha transcurrido como mínimo el término de un año desde el último dictamen que se encuentre en firme, siendo posible, únicamente por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, evaluar el grado porcentual de pérdida de capacidad laboral, y no pronunciarse sobre el origen o fecha de estructuración.

Con todo, la Corte Constitucional en su amplia jurisprudencia ha ordenado la emisión de un nuevo dictamen, aunque no haya transcurrido un año desde la calificación controvertida, motivado en el caso de que por una vulneración al debido proceso por parte de la autoridad encargada de emitir el dictamen, debe dejarse sin efecto la calificación, para ser reemplazada con la ordenada por el Alto Tribunal. De esta manera, lo consideró en la sentencia T-800 de 2012, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, misma que fue acogida por jurisprudencia reciente de esta Sala, en la que se tuteló el derecho fundamental al debido proceso de quien actuaba como actor, ordenando la emisión de un nuevo dictamen, por haber sido producido el ultimo, omitiendo la motivación que se estipula legalmente, debe contener (Tutela del 23 de junio de 2015, radicado No. 2015-00107, Magistrada Ponente quien en el presente cumple igual encargo).

* 1. **Caso concreto**

 En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude al mecanismo constitucional para que se protejan los derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso, toda vez que Colpensiones, le negó una nueva calificación al señor Oclides de Jesús Londoño Franco, al no haber transcurrido un año desde la calificación en firme de la Junta Nacional.

En el sub lite resulta procedente la acción de tutela por cuanto el actor presenta un cuadro patológico que a la fecha lo califica con una pérdida de capacidad laboral del 40.60%, cifra que si bien no lo hace acreedor de una pensión de invalidez, resulta bastante considerable para valorar el mecanismo constitucional.

Superado lo anterior, respecto a la petición de ordenar una nueva calificación, debe la Sala advertir que no obstante encontrarse procedente el examen constitucional, al no desconocer la situación incapacitante del actor y partiendo de la buena fe en los hechos por él narrados, no resulta igualmente pertinente acceder a la pretensión deprecada, toda vez que de la documentación aportada se desprende que:

1. Tan sólo ha transcurrido un poco más de 4 meses desde el dictamen actualmente en firme.
2. Las diferentes afectaciones a la salud del actor, descritas en el dictamen del 10 de septiembre de 2015 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folio 8) corresponden a las anunciadas en el libelo introductorio.
3. En la decisión de la Junta Nacional se consideró la totalidad de las patologías del actor, puesto que fue motivada en el examen físico efectuado el 1º de septiembre de 2015 (folios 9 y 10); cotejadas con su información personal y laboral.
4. El referido dictamen tuvo como parámetros el decreto 917 de 1999, mismo que estuvo vigente hasta el 12 de febrero de 2015, fecha en la cual entro en vigencia el Decreto 1507 de 2014, al haberse establecido para el ultimo una vigencia diferida a 6 meses a partir de su publicación. Asimismo, se estableció en el inciso segundo del artículo quinto del Manual Único para la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, que los dictámenes, recursos de reposición y apelación que se encontraran en curso a la fecha de entrada en vigencia del decreto, seguirían tramitándose bajo los parámetros del Decreto 917 de 1999, tal como ocurrió en el caso de marras, en que la Junta Regional de Risaralda emitió el dictamen 0049-2015 el 5 de febrero de 2015, que al ser apelado continuó con la normatividad anterior.

Colorario de lo anterior, al no presentarse novedades significativas en la salud del señor Oclides de Jesús desde la fecha del último dictamen a la actualidad y habiendo cumplido la Junta Nacional de calificación con la normatividad que para la fecha de calificación se encontraba vigente; no es posible aplicar al caso de marras el precedente de la Corte Constitucional, puesto que a todas luces no se cumplen los presupuestos del artículo 55 del decreto 1352 de 2013; tampoco la autoridad quien profirió el dictamen desconoció alguna de las patologías del solicitante, ni careció de motivación el porcentaje de merma de la capacidad laboral otorgado, ni mucho menos se incumplieron los términos estipulados para llevarlo a cabo.

Con todo, al haber sido interpuesta la acción de tutela por intermedio de apoderado judicial, el poder con el que se acompañó el libelo introductorio expresaba claramente que la finalidad de la acción era obtener la protección al derecho fundamental de petición, mientras que en el escrito de tutela se solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso; por tanto si bien tal inconsistencia para la Corte Constitucional trae como consecuencia la abstención de pronunciamiento de fondo, por indebido apoderamiento judicial, la Sala, atendiendo las facultades ultra y extra petita del Juez Constitucional, amparará el derecho de petición presentado por el actor el 22 de octubre de 2015.

En ese orden de ideas, al obrar en el plenario la constancia de recibido por Colpensiones en la misma fecha que se adujó se presentó la solicitud (fls. 12 y 13) y operando la presunción de veracidad por la falta de contestación de la accionada, se encuentra probada la vulneración al derecho de petición del actor, en el entendido que la manifestación verbal dada por el médico laboral de la entidad, no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, pues únicamente pueden las autoridades responder verbalmente las solicitudes que fueran elevadas de la misma forma.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se tutelará el derecho de petición, ordenando a la administradora pensional dar respuesta de fondo a la solicitud del 22 de octubre de 2015.

Corolario de lo anterior, 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: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 10 de diciembre de 2015.

**SEGUNDO:** En su lugar**, TUTELAR** el derecho de petición del que es titular Oclides de Jesús Londoño Franco.

**TERCERO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones, a través de su Gerente Regional Risaralda, Dr. Julio Alberto Grisales Gómez o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia, proceda a resolver de fondo la petición elevada por el señor Oclides de Jesús Londoño Franco el 22 de octubre de 2015.

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

**QUINTO:** 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**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

**Secretaria**