El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia:** Sentencia – 2ª Instancia – 02 de diciembre de 2016

**Proceso:** Acción de Tutela – Revoca y concede el amparo

**Radicación Nro.** 66001-31-05-004-2016-00420-01

**Accionante:** Blanca Stella González de Sánchez

**Accionado:** ARL Positiva

 **Tema a Tratar: CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL**

El sistema general de riesgos profesionales contempla la protección del trabajador respecto de los riesgos nacidos de la relación de trabajo en la medida en que dispone que cuando ocurre un accidente laboral o una enfermedad profesional, el afiliado tiene derecho al servicio asistencial de salud correspondiente y a las prestaciones económicas que se determinarán de acuerdo a las secuelas de enfermedad o el accidente.

Para determinar si una persona tiene derecho al reconocimiento de alguna de las prestaciones asistenciales o económicas es necesario la calificación de la pérdida laboral entendida no sólo como un derecho, como se dijo líneas atrás, sino como un mecanismo que permite fijar el porcentaje de afectación del individuo en su desempeño laboral, de ahí la gran importancia que emana, pues puede suceder que en un primer momento la afectación padecida por una enfermedad o un accidente no genera incapacidad alguna, sin embargo, con el transcurso del tiempo se pueden presentar secuelas que tornen más grave la situación de salud de la persona, situación en la que se requiere la valoración de la pérdida de capacidad laboral para establecer su duración y consecuencias.

Por lo anterior el máximo Órgano de cierre constitucional ha dicho que no debe haber un término para dicha calificación:

*“…el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral no puede tener un término perentorio para su ejercicio, en tanto que la idoneidad del momento en que el afiliado requiere la definición del estado de invalidez o la determinación del origen de la misma, no depende de un período específico, sino de las condiciones reales de salud, el grado de evolución de la enfermedad y el proceso de recuperación o rehabilitación”.*

**Citación jurisprudencial***:* CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-275 de 2012 / Sentencia T-056 de 2014.

Pereira, Risaralda, dos (02) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Acta número \_\_\_\_ de 02-12-2016

Decide la Sala en segunda instancia, la acción de tutela instaurada por la señora Blanca Stella González de Sánchez identificada con cédula de ciudadanía No.34.041.944 de Pereira, quien actúa a través de apoderada, en contra de la ARL Positiva.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección del derecho fundamental a la seguridad social, para lo cual solicita se ordene a la ARL Positiva emita dictamen y/o calificación de su pérdida de capacidad laboral con el fin de que se determine con prontitud la prestación económica a la que tiene derecho por motivo de su enfermedad laboral.

Narró que (i) fue vinculada como Procuradora Judicial Penal I a la Procuraduría General de la Nación desde el 11-02-2010 hasta el 06-09-2016 en virtud de que su cargo fue ocupado por un funcionario nombrado en propiedad; (ii) debido a investigaciones disciplinarias iniciadas en su contra y la carga laboral, empezó a padecer de cansancio extremo, estrés y síntomas ansiosos y depresivos, razón por la cual inició tratamiento con psiquiatría por depresión mayor; (iii) el 10-02-2016 la EPS Sanitas mediante oficio le comunicó la calificación de origen consistente en depresión mayor de origen laboral, con fecha de diagnóstico 03-12-2013, según sus historia clínica; (iv) reporte que fue enviado a la ARL Positiva quien el 29-02-2016 manifestó estar de acuerdo con la calificación; (v) adicional a la depresión, padece de tumor maligno de mama derecha desde inicios de 2015 donde ya ha recibido tratamiento quirúrgico y oncológico; (vi) el 28-06-2016 solicitó a la ARL Positiva la calificación de pérdida de capacidad laboral de conformidad con el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013 al haber transcurrido más de 540 días desde la fecha de diagnóstico de la enfermedad; el 29-07-2016 ARL Positiva la citó para que asistiera a cita con especialista el día 01-08-2016 con el fin de definir su pérdida de capacidad laboral; cita a la que asistió y posteriormente a dos (2) valoraciones más, con fechas 02 de septiembre y 4 de octubre de 2016, sin que a la fecha haya sido calificada; (vii) en la actualidad, está desempleada, sujeta a tratamiento psiquiátrico y farmacológico debido a su estado delicado de salud, tal como quedó consignado en el examen de egreso de 02-09-2016 donde se emitió un concepto no satisfactorio.

**2. Pronunciamiento de ARL Positiva**

Manifestó que según dictamen de 29-01-2016 el Comité Interdisciplinario de la EPS Sanitas realizó calificación con diagnóstico de depresión mayor de origen laboral, debido a ello se inició tratamiento médico y el 04-10-2016 se realizó evaluación psiquiátrica donde el médico determinó que hay un trastorno depresivo recurrente que persiste hasta la fecha, asimismo procedió a recetar medicamentos, dio recomendaciones, signos de alarma y dispuso control por psiquiatría en un (1) mes, razón por la cual, una vez se termine el tratamiento y se incorpore a la historia clínica el nuevo control de psiquiatría, el cual será en el mes de noviembre de 2016, se procederá con la calificación de pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que según la normatividad vigente para emitir dicha calificación debe existir concepto favorable de la terminación del tratamiento y que se haya realizado el proceso de rehabilitación integral, o cuando aún sin terminar los mismos, exista un concepto desfavorable de recuperación o mejoría, de conformidad con el artículo 9 del decreto 917 de 1999.

**3. Sentencia impugnada**

La Jueza de primera instancia decidió negar la tutela por improcedente, para ello estableció que si bien la subsidiariedad no es absoluta por cuanto en eventos especiales y bajo determinadas circunstancias se puede convertir la tutela en el medio idóneo y eficaz, en la situación en particular al solicitarse orden para realizar valoración con el fin de determinar PCL, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que cuando la persona ha sido calificada con una pérdida de capacidad muy alta, la pensión de invalidez es la forma de procurarse una vida digna y puede con ello adelantarse la acción de tutela, no obstante, como en la presente tutela no está en discusión el porcentaje otorgado sino lo que se pretende es la calificación, le corresponde a la ARL hacerlo de conformidad con el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 9 del Decreto 917 de 1999, quien no puede hacerlo al carecer de concepto médico desfavorable, razón por la cual es imposible ordenar a la ARL Positiva que realice la calificación del PCL hasta que termine la actora su tratamiento de rehabilitación.

**4. Impugnación**

La accionante impugna el fallo al considerar que desconoce el Despacho la normativa en riesgos laborales y procesos de calificación de pérdida de capacidad laboral, pues el Decreto 917 de 1999 “antiguo manual de calificación” se encuentra proscrito y solo se aplica cuando se revise una calificación que haya sido efectuada bajo la vigencia de dicho manual.

En la actualidad existe el Decreto 1507 de 12-08-2014, manual único de calificación de invalidez, el cual empezó a regir 6 meses después de su publicación y es aplicable a todos los procedimientos y actuaciones posteriores a su entrada en vigencia. En el caso en concreto, la calificación fue el 10-02-2016 por la EPS Sanitas y aceptada por la ARL Positiva el 29-02-2016, el que concreta la metodología para la determinación del grado en una clase deficiencia que se realizará cuando la persona objeto de calificación alcance la mejoría médica máxima o cuando termine el proceso de rehabilitación integral y en todo caso antes de superar los 540 días de haber ocurrido el accidente o diagnosticado la enfermedad, caso en el cual se encuentra la actora.

Asimismo que no le asiste razón al Despacho cuando dice que por encontrarse la accionante aún en proceso de tratamiento y rehabilitación es impertinente la calificación de pérdida de capacidad laboral, cuando el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013, establece que esta se debe llevar a cabo máximo al día 540 de diagnóstico, sin perjuicio del proceso de rehabilitación al que esté sometido el paciente.

Por último agrega que el concepto desfavorable de que trata el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 es solo para efectos de las personas que presentan incapacidades continuas de origen común.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿Se satisface el requisito de subsidiariedad cuando a través de la acción de tutela pretende se ordene a la ARL Positiva que califique la pérdida de la capacidad laboral de la accionante?

(ii) De ser afirmativo lo anterior ¿debe la ARL Positiva calificar a la actora a pesar de estar en tratamiento de rehabilitación?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa la señora Blanca Stella González de Sánchez quien en actúa a través de apoderada debidamente constituida, al ser la titular de su derecho a la seguridad social quien alega la falta de calificación de su pérdida de capacidad laboral.

Así mismo, lo está por pasiva ARL Positiva, pues a ella se le endilga la presunta conducta violatoria del derecho a la seguridad social, cuya protección se reclama.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la seguridad social.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto la fecha del diagnóstico es de 29-01-2016 y de la última valoración psiquiátrica el 04-10-2016, transcurriendo desde esta fecha hasta la presentación de la acción de amparo (06-10-2016), dos (2) días que se consideran razonable para incoar dicha acción.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

En relación con la calificación de pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2) ha dicho que es un derecho que tiene toda persona pues constituye el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en la medida en que permite establecer a qué tipo de prestaciones tiene derecho quien es afectado por una enfermedad o accidente con ocasión de la actividad laboral o por causa de origen común, lo que genera la procedencia del amparo, debido a que con ello se permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de salud.

En el caso particular la señora González de Sánchez ha referido que a pesar de tener una calificación de depresión mayor de origen laboral con fecha de diagnóstico 03-12-2013, aún no ha sido calificada, así las cosas y según lo esbozado por el Órgano de cierre constitucional, resulta satisfecho este requisito, máxime que cesó en su cargo.

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1. Calificación de pérdida de capacidad laboral**

El sistema general de riesgos profesionales contempla la protección del trabajador respecto de los riesgos nacidos de la relación de trabajo en la medida en que dispone que cuando ocurre un accidente laboral o una enfermedad profesional, el afiliado tiene derecho al servicio asistencial de salud correspondiente y a las prestaciones económicas que se determinarán de acuerdo a las secuelas de enfermedad o el accidente.

Para determinar si una persona tiene derecho al reconocimiento de alguna de las prestaciones asistenciales o económicas es necesario la calificación de la pérdida laboral entendida no sólo como un derecho, como se dijo líneas atrás, sino como un mecanismo que permite fijar el porcentaje de afectación del individuo en su desempeño laboral, de ahí la gran importancia que emana, pues puede suceder que en un primer momento la afectación padecida por una enfermedad o un accidente no genera incapacidad alguna, sin embargo, con el transcurso del tiempo se pueden presentar secuelas que tornen más grave la situación de salud de la persona, situación en la que se requiere la valoración de la pérdida de capacidad laboral para establecer su duración y consecuencias.

Por lo anterior el máximo Órgano de cierre constitucional ha dicho que no debe haber un término para dicha calificación:

*“…el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral no puede tener un término perentorio para su ejercicio, en tanto que la idoneidad del momento en que el afiliado requiere la definición del estado de invalidez o la determinación del origen de la misma, no depende de un período específico, sino de las condiciones reales de salud, el grado de evolución de la enfermedad y el proceso de recuperación o rehabilitación”.*

**5. Caso concreto**

En el presente asunto, se encuentra probado que (i) desde el 03-12-2013 la paciente presenta depresión grave, según historia clínica visible a folios 11 y 12; (ii) la actora padece de depresión mayor de origen laboral, según dictamen No.37-206 de 29-01-2016 de la EPS Sanitas (fl.8); (iii) el 29-02-2016, ARL Positiva recibió la documentación de la EPS con el fin de que realice la calificación de origen, frente a lo cual manifestó estar de acuerdo con la patología depresión mayor de origen laboral (fl.9); (iv) ARL Positiva citó a la actora para el 01-08-2016 con el fin de que la accionante allegue los elementos requeridos para realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral (fl.10); (v) la accionante ha sido valorada por psiquiatría el 01-08-2016 (fls.36 a 39); el 02-09-2016 (fls.40 a 43) y el 04-10-2016 (fls.44 a 47) y persisten los mismos síntomas, pues así lo concluye el médico psiquiatra en el último control (fl.47); (vi) el concepto del examen de egreso de salud ocupacional de la Procuraduría General de la Nación fue de no satisfactorio (fl.48); (vii) Adicionalmente la actora padece desde el 13-04-2015 tumor maligno de mama derecha (fls.18 a 32).

De lo anterior la Sala puede colegir que a la actora le ha sido afectado su derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política por cuanto se ha dilatado en el tiempo la valoración de la pérdida de su capacidad laboral, que no requiere de un término, como ya lo ha dicho el Tribunal Constitucional, sin embargo, de no hacerla, se somete a quien requiere la calificación en una condición de indefensión, pues la actora necesita la valoración para conocer las causas que originan la disminución de la capacidad laboral y de esta forma precisar qué entidad asumirá la responsabilidad en el pago de las prestaciones económicas derivadas de su afección, aunado a que su situación de salud no ha tenido mejoría, a pesar de los tres (3) controles con psiquiatría, donde ha sido medicada y en la actualidad se encuentra desempleada.

Al respecto la Corte Constitucional se ha expresado en los siguientes términos: “…*el simple paso del tiempo no puede constituirse en barrera para el acceso al dictamen técnico que permitirá establecer las prestaciones económicas causadas por el advenimiento del riesgo asegurado, sin importar que este derive su origen de una enfermedad profesional, accidente laboral o de una afección de origen común. De otra parte, ha de recordarse que del ejercicio del derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral depende la efectividad de otras garantías fundamentales, indefectiblemente relacionadas con la dignidad humana, como son la seguridad social, el derecho a la vida digna y el mínimo vital”[[3]](#footnote-3).*

Por lo tanto, no es de recibo que el Juzgado de primera instancia, en primer lugar aduzca el carácter subsidiario de la acción cuando la valoración de la pérdida de capacidad laboral es un derecho intrínseco con la salud y la seguridad social, y en segundo lugar, cuando cita el Decreto 917 de 1999 que fue derogado por el Decreto 1507 de 2014, por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, vigente para el momento en que la EPS Sanitas emitió el dictamen 37-2016 de 29-01-2016, donde calificó la salud de la actora como “depresión mayor origen laboral”, Decreto que no condiciona la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por el contrario propende a que se realice sin distinción del tipo de vinculación laboral, ocupación, edad, tipo y origen de discapacidad o condición de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral.

Asimismo, aun cuando la actora esté en control con psiquiatría, esto no es óbice para que se califique la pérdida de su capacidad laboral, teniendo en cuenta que puede continuar dicho control, incluso después de la calificación, según lo determine su médico tratante y de conformidad con el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013 por medio del cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones.

Por lo tanto, las razones esgrimidas por la accionante están llamadas a prosperar, razón por la cual ha de revocarse la sentencia de primera instancia.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, se tutelará el derecho a la seguridad social, específicamente a la valoración de la pérdida de capacidad laboral, en consecuencia se ordenará a la ARL Positiva para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a fijar fecha con el fin de que califique la pérdida de capacidad laboral de la accionante la que se deberá surtir dentro del mes de diciembre de 2016.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 20-10-2016 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira dentro de la tutela presentada por la señora Blanca Stella González de Sánchez identificada con cédula de ciudadanía No.34.041.944 de Pereira, quien actúa a través de apoderada, en contra de la ARL Positiva, para en su lugar:

**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental a la seguridad social, específicamente a la valoración de la pérdida de capacidad laboral de Blanca Stella González de Sánchez identificada con cédula de ciudadanía No.34.041.944 de Pereira, quien actúa a través de apoderada, en contra de la ARL Positiva, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: ORDENAR** ARL Positiva a través de su representante legal o quien haga sus veces para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a fijar fecha con el fin de que califique la pérdida de capacidad laboral de la accionante Blanca Stella González de Sánchez identificada con cédula de ciudadanía No.34.041.944 de Pereira, la que se deberá surtir dentro del mes de diciembre de 2016.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-056 de 03-02-2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-3)