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.

***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO***

******

***PEREIRA RISARALDA***

***MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia – 14 de junio de 2017

Proceso: Acción de Tutela – Confirma parcialmente el amparo concedido

Radicación Nro.: 66001-31-05-005-2017-00203-01

Accionante: Jhon Jairo Asprilla Mosquera

Accionado: ARL Positiva y otro

Juzgado de Origen: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Tema **Del dictamen de pérdida de capacidad laboral**: Los dictámenes de pérdida de capacidad laboral

que emiten las entidades calificadoras, tienen relevancia en el acceso al derecho de la seguridad social, pues dependiendo el grado de pérdida de capacidad laboral, el origen y la fecha de estructuración que dictaminen, los afiliados tienen la posibilidad de acceder a un grupo determinado de prestaciones asistenciales o económicas, que según el tipo de evento o situación, están a cargo de las entidades que componen el sistema general de seguridad social. **Obligación de cancelar gastos que se requieran para el transporte de un afiliado para valoración médica ante las Juntas:** al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 1352 de 2013, “*Todos los gastos que se requieran para el traslado de los integrantes de la junta de conformidad con el presente decreto, del afiliado, pensionado por invalidez o beneficiario objeto de dictamen, así como de su acompañante, dentro o fuera de la ciudad de conformidad con el concepto médico, estarán a cargo de la Entidad Administradora de Riesgos Laborales, Administradora del Sistema General de Pensiones, el empleador correspondiente, de esta manera: a. Por la Administradora de Riesgos Laborales, la Administradora del Sistema General de Pensiones, de acuerdo si la calificación* ***en primera oportunidad*** *fue de origen común o laboral.*

Pereira, catorce de junio de dos mil diecisiete.

Acta número \_\_\_\_ 14 de junio de 2017.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación del fallo contra la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 12 de mayo del año que corre, dentro de la acción de tutela promovida por ***Jhon Jairo Asprilla Mosquera*** en contra de la ***ARL positiva Compañía de Seguros*** y, la ***AFP Porvenir S.A.,*** en calidad de vinculada, por la violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y salud.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

*I-* ***SENTENCIA.***

***1. Hechos jurídicamente relevantes.***

Se relata en el escrito de tutela que el accionante sufrió un accidente laboral el 6 de julio de 2016; que mediante dictamen No. 100014929-372, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, determinó que las patologías de “atrofia y desgaste muscular, contractura muscular de espalda, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía y discopatía degenerativa en L4-L5 con fisura del anillo fibroso en la región paramediana izquierda”, eran de origen laboral; que contra dicho concepto, la accionada interpuso el recurso de apelación para ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que mediante comunicado No. 10014929, fue citado por el organismo calificador para el día 18 de mayo hogaño en la ciudad de Bogotá, con el fin de llevar a cabo la valoración de pérdida de capacidad laboral, razón por la que el 12 de abril le solicitó por escrito a la ARL Positiva, el reconocimiento y pago de los viáticos para su traslado y el de un acompañante, pues requiere de la ayuda de alguien para desplazarse, sin embargo, le informaron que era el fondo de pensiones quien debía asumir el pago porque las enfermedades eran de origen común.

Indica que el 3 de mayo de 2017 radicó ante la AFP Porvenir S.A. la solicitud de viáticos, empero, le informaron que sólo hasta el 26 de mayo recibiría respuesta, es decir, extemporáneamente. Por último, indica que no está en capacidad de asumir el pago de dichos viáticos, pues se encuentra incapacitado y el dinero que recibe apenas le alcanza para el sostenimiento diario de él y su familia.

Por lo expuesto, pide que se tutelen sus derechos fundamentales invocados la salud y se ordene a la ARL Positiva autorizar los viáticos aéreos para él y un acompañante, para asistir a la cita de valoración de pérdida de capacidad laboral anta la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la ciudad de Bogotá.

***2. Actuación procesal.***

Admitida la tutela, se dio traslado al ente accionado y se vinculó a la AFP Porvenir S.A. Ambas entidades allegaron escrito de contestación.

Porvenir S.A. indicó que al haber sido la ARL accionada quien calificó en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral del accionante, es la llamada a efectuar el pago de los viáticos solicitados, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 1352 de 2013. De otra parte, adujo que el accionante no ha radicado ante la entidad la documentación exigida para iniciar el trámite de calificación, de modo que, no puede alegar su propia culpa a su favor. En su defensa, propuso la falta de legitimación por pasiva, no vulneración de derechos fundamentales, hecho exclusivo de un tercero, desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, entre otros.

Por su parte, la ARL Positiva indicó que el accionante fue calificado en primera oportunidad por la entidad, según consta en el dictamen No. 1368880 del 8 de agosto de 2016, determinando que la patología de contractura muscular era de origen laboral, y la de discopatía degenerativa L4- L con fisura de anillo fibroso en la región paramediana izquierda, era de origen común, es decir, no derivados del accidente de trabajo, razón por la que es a la AFP Porvenir a quien le corresponde garantizar el traslado para la valoración del actor. Por lo expuesto, solicita que se declare improcedente la acción y se ordene su desvinculación.

***3. Sentencia de primera instancia.***

La sentenciadora de primer grado mediante fallo del 12 de mayo último, tuteló los derechos fundamentales a la salud y el debido proceso del accionante, y ordenó a la ARL Positiva Compañía de Seguros, a través de su representante legal, que en el término de cuatro (4) horas siguientes a la notificación de la decisión, procediera a ordenar y entregar los viáticos aéreos al accionante y un acompañante hacia la ciudad de Bogotá, a fin de que se practique la valoración médica ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 18 de mayo de 2017 a las 11:30 a.m.

Para arribar a tal determinación, trajo a colación el prgf.2º del artículo 1 º de la Ley 776 de 2002 y el artículo 34 del Decreto 1352 de 2013, para concluir que la ARL accionada estaba obligada al pago de los viáticos del peticionario, toda vez que el dictamen de la Junta de Calificación de invalidez de Risaralda, que determinó como profesional el origen de las patologías, debe presumirse acertado hasta que la Junta Nacional no resuelva la apelación propuesta por la administradora de riesgos laborales, y determine lo contrario.

***4. Impugnación.***

La ARL Positiva S.A. impugnó la decisión, estimando que la norma es clara en establecer que la entidad obligada al pago de los gastos del traslado depende de si la calificación fue de origen laboral o común, y en este caso, las patologías de Discopatía degenerativa L4-L5 con fisura del anillo en región paramediana izquierda, son de origen común, razón por la que los requerimientos objeto de tutela deben ser atendidos por la AFP y la EPS.

*II-* ***CONSIDERACIONES.***

***1. Competencia.***

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

***2. Problema Jurídico***

*¿Cuál de las entidades accionadas es la encargada de sufragar los gastos de transporte del accionante y un acompañante con destino a la ciudad de Bogotá, a efectos de cumplir la cita de valoración médica ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez?*

***3. Desarrollo de la problemática planteada***

***3.1 Del derecho a la salud***

El derecho a la salud ha sido elevado a rango de fundamental, no solo en virtud de la Ley 1751 de 2015, sino de incontables pronunciamientos de la Corte Constitucional, siendo el más relevante el contenido en la sentencia T-760 de 2008, que decantó de manera clara su fundamentalidad, partiendo de que el mismo protege múltiples ámbitos en la vida del ser humano y que es un presupuesto esencial e inherente para que materializar el principio de dignidad humana que sustenta la Constitución de 1991.

Tal derecho implica una serie de garantías que van desde la ubicación en uno de los campos de cobertura del sistema (régimen contributivo, subsidiado o personas vinculadas) hasta la atención integral de los servicios de salud que sean indispensables para recuperarla, mejorarla u optimizarla.

**3.2 De la calificación de pérdida de capacidad laboral**

Los dictámenes de pérdida de capacidad laboral que emiten las entidades calificadoras, tienen relevancia en el acceso al derecho de la seguridad social, pues dependiendo el grado de pérdida de capacidad laboral, el origen y la fecha de estructuración que dictaminen, los afiliados tienen la posibilidad de acceder a un grupo determinado de prestaciones asistenciales o económicas, que según el tipo de evento o situación, están a cargo de las entidades que componen el sistema general de seguridad social.

En ese contexto, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, a través de los procedimientos previstos en la ley, es determinante para establecer las prestaciones a las que puede acceder una persona, de modo que, se deben atender los criterios técnicos e historias clínicas y valoraciones médicas y científicas a que haya lugar, al tenor de lo preceptuado en el núm. 5º del artículo 13 del Dto. 2463 de 2001.

De otra parte, en tratándose del pago de gastos de traslado, valoraciones por especialistas y exámenes complementarios, el artículo 34 del Decreto 1352 de 2013, dispone lo siguiente:

*“Todos los gastos que se requieran para el traslado de los integrantes de la junta de conformidad con el presente decreto, del afiliado, pensionado por invalidez o beneficiario objeto de dictamen, así como de su acompañante, dentro o fuera de la ciudad de conformidad con el concepto médico, estarán a cargo de la Entidad Administradora de Riesgos Laborales, Administradora del Sistema General de Pensiones, el empleador correspondiente, de esta manera:*

*a. Por la Administradora de Riesgos Laborales, la Administradora del Sistema General de Pensiones, de acuerdo si la calificación* ***en primera oportunidad*** *fue de origen común o laboral.*

*b. Por el paciente, en el evento que solicite la revisión de la pensión de invalidez cuando ésta haya sido suspendida según lo previsto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 o las normas que las modifique, adicionen o sustituyan.*

*c. El empleador cuando llegue a las Juntas de Calificación de Invalidez a través del inspector de trabajo.*

*PARÁGRAFO 1. Los medios de transporte seleccionados para el traslado deberán ser los adecuados al estado de salud de la persona a calificar y no podrán afectar la dignidad humana.”*

Al tenor del artículo 41 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, las entidades competentes para determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado o porcentaje de incapacidad, el origen de las contingencias y la fecha de su estructuración son: (i) el antiguo ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, (ii) las Administradoras de Riesgos Laborales, (iii) las compañías que asuman los riesgos de invalidez y muerte y, (iv) las entidades promotoras de salud.

En caso de presentarse inconformidad respecto a algunos de los factores que componen la calificación de pérdida de capacidad laboral, el interesado puede controvertir la valoración médica, haciendo la respectiva manifestación y exponiendo los motivos de su desacuerdo, lo cual será resuelto por la Junta de Calificación respectiva del orden regional respectiva, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Ahora bien, el inciso 7º ibídem, adicionado por el art. 18 de la Ley 1562 de 2012, estableció que sin perjuicio de lo establecido en ese artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

De las disposiciones normativas antes citadas, se colige que es el origen de las contingencias determinadas **en una primera oportunidad**, el factor determinante para atribuirle a las entidades que componen los dos regímenes establecidos para hacer frente a la situación de invalidez, la obligación de asumir y pagar los gastos que se requieran para el traslado de un afiliado, pensionado, entre otros.

Pues bien, en el caso puntual, no se discute que el accionante fue citado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para el día 18 de mayo del año en curso, a las 11:30 a.m. en la ciudad de Bogotá, a fin de practicarle la valoración médica correspondiente, misma que en efecto, se practicó dado que según informó el accionante vía telefónica, la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. asumió los gastos de transporte de él y de su acompañante.

Corresponde entonces a la Sala determinar si en realidad era la ARL accionada la llamada a garantizar el pago de dichos gastos de traslado, tal como lo determinó la primera instancia, o si en su defecto, si le correspondía a la AFP Porvenir, como lo alega la impugnante.

En ese orden, conforme las pruebas documentales allegadas a la actuación, se tiene que el estado de pérdida de capacidad laboral del accionante fue calificado en una primera oportunidad por la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A, quien a través del formulario de dictaminó que el origen de las contingencias era mixta, pues sobre el diagnóstico de “M625-Contractura Muscular Espalda”, determinó que era de origen laboral, en tanto que las relacionadas con “M511 Discopatía Degenerativa L4-L5 con fisura del anillo fibroso en región paramediana izquierda”, era de origen común, tal como se colige del documento visible a folio 72 y ss.

De modo que, con arreglo al artículo 34 del Decreto 1352 de 2013, el pago de los gastos requeridos para el traslado del accionante y su acompañante a la valoración médica en la ciudad de Bogotá, estaba a cargo no sólo de la Administradora de Riesgos Laborales Positiva, sino también como la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A. en igual proporción.

Así las cosas, se revocará el ordinal 3º de la sentencia impugnada, que dispuso desvincular a la AFP Porvenir S.A. de la presente acción constitucional, para en su lugar, adicionar el ordinal 2º, en el sentido de ordenar a dicha entidad que concurra, junto con la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., en el pago de los gastos de traslado del accionante y su acompañante a la ciudad de Bogotá, en partes iguales.

En mérito de lo expuesto, ***el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***FALLA***

***1º. Revocar*** el ordinal 3ºel fallo impugnado, proferido el 12 de mayo de 2017por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, y en su lugar:

***Adiciona*** el ordinal 2º de la sentencia, en el sentido de ordenar la AFP Porvenir S.A., a través de su representante legal, Diana María Cubides o quien haga sus veces, que concurra, junto con la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., al pago de los gastos de traslado del accionante y de su acompañante a la ciudad de Bogotá, en partes iguales.

***2. Notificar***la decisión por el medio más eficaz.

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

***CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario