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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / PRÁCTICA DE NUEVOS EXÁMENES / SE CONCEDE EL AMPARO.**

El problema jurídico que debe resolver la Sala se circunscribe a determinar si en este caso la acción de tutela procede frente al dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido en segunda instancia por la Junta Nacional de Invalidez…

La Corte Constitucional en relación con la procedencia de la tutela contra calificaciones de pérdida de la capacidad laboral, ha señalado:

“… la jurisprudencia constitucional al desarrollar el artículo 86 de la Carta, ha establecido como excepción a la regla general de improcedencia por subsidiariedad, la categoría de perjuicio irremediable, la cual flexibiliza la exigencia de acudir a los mecanismos ordinarios, a pesar de su idoneidad, y permite una protección transitoria cuando sea inminente, grave y se requiera de medidas urgentes de protección. Lo anterior, permite efectuar un examen de procedencia si bien riguroso, menos estricto, en especial, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional…”

… en aplicación del precedente transcrito, el hecho de que la Junta Regional de Invalidez haya otorgado al actor un porcentaje bastante superior al mínimo para ser considerado inválido y que dicha calificación haya sido reducida por la Junta Nacional a un límite que no le permite adquirir ese estatus, por muy poco, genera una duda razonable sobre la real condición médico laboral del actor, incertidumbre que debe ser valorada a su favor y así darle el trato especial de persona en situación de discapacidad.

En consecuencia, al concurrir una circunstancia que hace surgir en el demandante la necesidad de una especial protección constitucional, es posible entrar a analizar de fondo la cuestión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA No. 1 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

 Magistrada Ponente: Adriana Patricia Díaz Ramírez

 Pereira, ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

 Acta No. 056 del 8 de febrero de 2021

Expediente No. 66001-31-18-002-2020-00064-01

Decide esta Sala sobre la impugnación que formuló el demandante contra el fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 25 de noviembre de 2020, en la acción de tutela promovida por el señor José Fernando Calderón Betancourt frente a la Junta Nacional de Invalidez a la que fueron vinculados los miembros de la Sala Número 4 de esa entidad.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Los hechos narrados en la tutela permiten el siguiente resumen:

1.1 El 22 de marzo de 2019, luego de haber complementado la información clínica en dos ocasiones y de haber sido sometido a sendas valoraciones médico legales, Colpensiones profirió dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral por el 37,81%.

1.2 Contra esa decisión formuló recurso de reposición, en subsidio apelación. En consecuencia, la Junta Regional de Invalidez de Risaralda emitió dictamen en el que determinó esa calificación de pérdida de la capacidad laboral en 60,41%, con sustento en el diagnóstico de trastorno mixto de ansiedad y depresión “que otorga porcentaje al sumar al porcentaje de la patología vascular, hipertensión arterial, diabetes mellitus y alteración de columna”. También se tuvo en cuenta el concepto de psiquiatra y del examen de optómetra.

1.3 Frente a ese dictamen Colpensiones interpuso recursos de reposición y apelación con fundamento en que de las solas pruebas de audiometría y visiometría no era posible establecer el diagnóstico, los trastornos de ansiedad y depresión no cumplen con el criterio MMM y el diagnóstico no afecta la autosuficiencia económica.

1.4 La Junta Regional de Invalidez confirmó su dictamen, porque la evaluación de agudeza visual y los trastornos psiquiátricos son válidos, y concedió la apelación ante su superior.

1.5 El 6 de octubre de 2020 fue contactado vía telefónica por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para solicitarle una nueva historia clínica; sin embargo, esa entidad no le indicó la dirección de envío de dichos soportes, ni le informaron la fecha de la consulta, a pesar de que el ordenamiento jurídico establece el deber de realizarla, así fuera por videollamada, teniendo en cuenta el actual estado de pandemia.

1.6 Con posterioridad recibió una nueva llamada del médico ponente de la Junta Nacional con el propósito de pedirle el envío, por medio del programa de mensajería WhatsApp, de la última historia clínica por psiquiatría y de examen de agudeza visual con corrección. En respuesta informó que vivía en zona rural, se encontraba supremamente enfermo y no podía desplazarse, motivos por los cuales trataría de remitir tales soportes en el menor tiempo posible. A ello procedió finalmente el 8 de octubre de 2020.

1.7 Esa documentación fue recibida por el mencionado médico, el cual emitió una contestación ilegible, por tanto, asumió que la información “fue acogida”.

1.8 El 20 de octubre de 2020, por intermedio de WhatsApp, le comunicó a aquel médico que se encontraba en una situación delicada de salud “por si algo modificaba el dictamen”. Este mensaje no obtuvo respuesta.

1.9 La entidad demandada emitió dictamen en el que disminuyó el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral a 46,22% por sobrevaloración de la deficiencia laboral y porque las dos valoraciones por psiquiatría son insuficientes, de conformidad con el Decreto 1507 de 2014. Adicionalmente se indicó que no se evidencia concepto de agudeza visual con corrección.

1.10 Frente a lo anterior alega que: a) ese último concepto sí fue incorporado al expediente, al punto de que con fundamento en él la Junta Regional de Invalidez evaluó su condición visual; b) en ese expediente deben aparecer mucho más que dos valoraciones por psiquiatría; c) la demandada omitió motivar el dictamen a partir de los exámenes e historias clínicas aportadas al expediente y d) se abstuvo de cumplir su deber de solicitar exámenes complementarios.

1.11 Tiene 62 años de edad, es desempleado, cuida “una finca a cambio de vivienda”, carece de ingresos económicos y se encuentra en estado de debilidad manifiesta en atención a su cuadro clínico, a lo cual se suma el hecho de que mientras estuvo hospitalizado el médico especialista le informó que su enfermedad vascular se había agravado y se encuentra a la espera de una cita prioritaria para establecer si requiere amputación de su pie izquierdo o algún otro tratamiento.

2. Estima lesionados los derechos al debido proceso, seguridad social y mínimo vital. Para su protección solicita se ordene a la demandada emitir un nuevo dictamen médico laboral[[1]](#footnote-1).

**A C T U A C I Ó N P R O C E S A L**

1. Por auto del 12 de noviembre de 2020 se admitió la acción constitucional y se ordenó la vinculación de los médicos Manuela Humberto Amaya Moyano, Gloría María Maldonado Ramírez y Adriana del Pilar Enríquez Castillo como integrantes de la Sala No. 4 de la Junta Nacional de Invalidez.

2. Abogado de esa Sala de Calificación manifestó: a) con el propósito de evitar la propagación del coronavirus esa entidad prescindió del examen médico presencial, mientras ese estado de emergencia continúe vigente. Así mismo en comunicado que se hizo público por la página web, se explicó que aún no se habían implementado procesos de telemedicina; b) en ese comunicado, además, se informó las herramientas con que contaban los usuarios para aportar la documentación que consideraran pertinentes; c) el dictamen emitido en este caso tuvo en cuenta la historia clínica del accionante; d) como quiera que la arteoesclerosis de miembros inferiores no fue objeto de controversia, esa junta no podía pronunciarse sobre ese diagnóstico y e) la acción de tutela es improcedente como quiera que el mecanismo idóneo para controvertir esa clase de dictámenes es la justicia laboral ordinaria[[2]](#footnote-2).

3. El 25 de diciembre de 2020 se profirió sentencia de primera instancia en la que se declaró improcedente el amparo. Para adoptar esa decisión el juez de conocimiento consideró que en este caso se encuentra acreditado que se respetó el derecho al debido proceso en el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del actor. De otro lado, a la Junta Nacional de Calificación no le era dado valorar en forma actualizada sus patologías, por expresa prohibición legal, la cual fija la competencia de esa entidad en solo cuestiones que fueron objeto del recurso. Finalmente estimó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para dirimir el conflicto planteado respecto del dictamen médico laboral en firme, el demandante debe acudir a la justicia ordinaria laboral, medio judicial frente al cual no se demostró que carezca de eficacia o idoneidad para ese efecto[[3]](#footnote-3).

4. Contra esa providencia el actor formuló impugnación con sustento en que no existe una línea jurisprudencia clara respecto a la posibilidad de declarar improcedente la tutela en estos asuntos, al no demostrarse un perjuicio irremediable. Al contrario, existe precedente en el que se plantea la posibilidad de utilizar la tutela en casos de discapacidad, en razón a la urgencia por salvaguardar los derechos fundamentales y la necesidad de no aplicar de forma estricta el presupuesto de subsidiariedad. Aseguró que debido a su edad y a su condición de salud no está en capacidad de laborar y que para poder garantizar la alimentación y una vivienda con servicios públicos para él y su esposa debe realizar labores de mayordomo, los cuales cada día se le dificultan más, debido a su diagnóstico de ateroesclerosis de arterias en miembros inferiores, con posibilidad de amputación de pierna. En consecuencia, se encuentra demostrado con suficiencia el perjuicio irremediable, que le impide aguardar las resultas de un proceso ordinario laboral, y por ello se ha debido analizar la vulneración de su derecho al debido proceso ante la falta de análisis de los exámenes de agudeza visual y las valoraciones de psiquiatría. Solicita se revoque el fallo recurrido y se acceda a las pretensiones de la demanda[[4]](#footnote-4).

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. La acción de tutela, de que trata el artículo 86 de la Constitución Nacional, concede a las personas la posibilidad de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, por intermedio de un procedimiento breve y sumario, cuando esas garantías resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de entidades públicas o privadas, esto último en casos específicos.

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala se circunscribe a determinar si en este caso la acción de tutela procede frente al dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido en segunda instancia por la Junta Nacional de Invalidez. Corroborado lo anterior, se definirá si en esa decisión se incurrió en lesión de los derechos del accionante.

3. Es preciso indicar, como previa anotación, que se encuentran legitimados en la causa el señor José Fernando Calderón Betancourt, por activa, al ser el titular de los derechos cuya violación se alega con la expedición del citado dictamen médico laboral, y por pasiva, la Junta Nacional de Invalidez, por intermedio de su Sala Número 4, porque fue la entidad que adoptó esa decisión.

4. La Corte Constitucional en relación con la procedencia de la tutela contra calificaciones de pérdida de la capacidad laboral, ha señalado:

*“2.4. Subsidiariedad: en virtud del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que no es procedente cuando existe un medio de defensa judicial idóneo, eficaz y pertinente para la satisfacción de la pretensión del actor, salvo que sea utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, excepcionalmente puede ser utilizado de manera transitoria, cuando se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

*En vista de lo anterior y en concordancia con lo dispuesto en los artículos 11 y 40 del Decreto 2463 de 2001 y en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la acción de tutela es improcedente para controvertir los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de la Invalidez, en especial, si ésta se utiliza como vía principal y no residual o transitoria, puesto que a pesar de no ser actos administrativos, para resolver este tipo de controversias se debe acudir a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.*

*Ahora bien, la jurisprudencia constitucional al desarrollar el artículo 86 de la Carta, ha establecido como excepción a la regla general de improcedencia por subsidiariedad, la categoría de perjuicio irremediable, la cual flexibiliza la exigencia de acudir a los mecanismos ordinarios, a pesar de su idoneidad, y permite una protección transitoria cuando sea inminente, grave y se requiera de medidas urgentes de protección. Lo anterior, permite efectuar un examen de procedencia si bien riguroso, menos estricto, en especial, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, en razón a sus condiciones de discapacidad, debilidad, vulnerabilidad, marginalidad o pobreza extrema, entre otras.*

*… El 9 de diciembre de 2014 fue calificado por la Junta Regional de Calificación con una pérdida de la capacidad laboral del 53.45%, lo que lo hacía estar en situación de invalidez. Posteriormente, la Junta Nacional al resolver el recurso de apelación cambio la calificación otorgándole un 0% de pérdida de la capacidad laboral. Si bien, con el dictamen más reciente se podría considerar que el actor es una persona que está en perfectas condiciones laborales, la Sala considera que al ser este el dictamen objeto de controversia, sobre el cual existe una duda razonable sobre el porcentaje real de pérdida de la capacidad laboral del accionante, razón por la cual la tutela resulta procedente.” [[5]](#footnote-5)* (Subrayas fuera del texto original)

5. Las pruebas incorporadas al expediente acreditan la siguiente situación fáctica:

5.1 El 22 de marzo de 2019 el médico laboral de Colpensiones determinó en un 37,81% la pérdida de la capacidad laboral del accionante[[6]](#footnote-6).

5.2 En virtud del recurso de apelación formulado por el demandante contra esa decisión, la Junta Regional de Invalidez de Risaralda emitió dictamen el 23 de octubre de 2019, por medio del cual calificó en 60,41% su pérdida de capacidad laboral, con sustento en los diagnósticos de aterosclerosis de las arterias, diabetes mellitus, gastritis crónica, hipertensión esencial, hipoacusia neurosensorial bilateral, trastorno mixto de ansiedad y depresión y disminución indeterminada de la agudeza visual de ambos ojos[[7]](#footnote-7).

5.3 La Sala Número 4 de la Junta Nacional de Invalidez, que conoció de la apelación que instauró Colpensiones contra la determinación de la Junta Regional, la modificó y dictaminó que el porcentaje de invalidez corresponde al 46,22. Entre sus consideraciones se expuso que el médico ponente se había comunicado telefónicamente con el paciente para solicitarle la historia clínica por oftalmología y psiquiatría, a lo cual ese señor respondió que vivía en zona rural y que le era difícil desplazarse para obtener la historia clínica; dicho médico le aclaró que la historia clínica constituía el soporte de la calificación, mas para la fecha de expedición de ese dictamen no se aportaron tales soportes. De la revisión del expediente no se evidencia concepto sobre agudeza visual con corrección, requisito indispensable para calificar de acuerdo con la tabla 11.1 del Decreto 1507 de 2014, motivo por el cual dicho padecimiento no puede ser incluido en la valoración. Además, teniendo en cuenta los exámenes realizados al interesado, se observa que se halla sobrevalorado en cuanto a su deficiencia visual, motivo por el cual se califican las secuelas funcionales a la fecha. Finalmente, que se cuenta con solo dos valoraciones por psiquiatría y por lo mismo se carece de criterios para calificar la patología mental, de conformidad con la tabla 13.3 del mencionado Decreto[[8]](#footnote-8).

6. De las anteriores pruebas se puede concluir que, en este caso, contrario a lo argumentado por el juzgado de primera instancia, la acción de tutela, a pesar de la existencia de otros medios de defensa, sí resulta procedente como quiera que se está ante una especial situación que ha sido descrita por la jurisprudencia como aquellas en las cuales se puede flexibilizar el presupuesto de la subsidiariedad.

En efecto, en aplicación del precedente transcrito, el hecho de que la Junta Regional de Invalidez haya otorgado al actor un porcentaje bastante superior al mínimo para ser considerado inválido y que dicha calificación haya sido reducida por la Junta Nacional a un límite que no le permite adquirir ese estatus, por muy poco, genera una duda razonable sobre la real condición médico laboral del actor, incertidumbre que debe ser valorada a su favor y así darle el trato especial de persona en situación de discapacidad.

En consecuencia, al concurrir una circunstancia que hace surgir en el demandante la necesidad de una especial protección constitucional, es posible entrar a analizar de fondo la cuestión.

7. Para la Sala, al margen los restantes debates que se podrían dar sobre el asunto, el proceder de la entidad demandada relativo a la exigencia de exámenes adicionales para poder calificar el efectivo estado de invalidez del actor, merece particular atención por las siguientes razones:

7.1 En sentencia T-854 de 2010, la Corte Constitucional expresó:

*“Por consiguiente, los dictámenes que emitan las Juntas de Calificación de Invalidez deberán contener los fundamentos de hecho que dieron origen a la calificación. Tales situaciones de hecho se soportan con la remisión que debe hacer tanto el interesado como las Empresas Prestadoras de Salud del material médico que sustente el diagnóstico del solicitante tales como la historia clínica, los exámenes, las valoraciones, tratamientos médicos y reportes.*

*Ahora bien, si la información suministrada por la EPS a la Junta de Calificación de Invalidez, le genera duda a los calificadores sobre el diagnóstico del aspirante ya sea porque la información es incompleta o insuficiente tiene entonces la EPS que realizar los exámenes, pruebas y valoraciones médicas que permitan a los calificadores tener un concepto claro de las patologías padecidas por el aspirante.*

*…*

*De igual modo, el artículo 36 del decreto 2463 del 2001 establece que las Juntas de Calificación de Invalidez podrán ordenar la práctica de exámenes complementarios o la valoración por personal especializado, incluso distintos a los que figuren en la historia clínica, cuando a su juicio se requieran y para tal efecto lo requerirán de la entidad promotora de salud. En el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, tanto en la fase a cargo del médico laboral como frente a la Junta de Calificación de Invalidez, la normatividad vigente consagró un deber a cargo de las EPS como actor fundamental en el proceso de calificación de la invalidez de remitir la información de carácter médico completa e idónea para sustentar el hecho que motiva el reconocimiento o negación de la pensión de invalidez y si la información enviada no es suficiente y persiste en los calificadores inseguridad o duda debido a que no cuenten con los suficientes elementos de juicio sobre los daños o deterioros sufridos por el solicitante, tales entidades en su deber asistencial deberán practicarle a sus afiliados todos los procedimientos médicos solicitados tales como exámenes, pruebas, valoraciones, revisiones especializadas etc. con el fin de determinar con claridad la incidencia de tal diagnóstico en la pérdida de la capacidad laboral.”*

7.2 Del contenido del dictamen emitido por la Junta Nacional de Invalidez se evidencia que esa entidad requirió al actor para que aportara historia clínica por oftalmología y psiquiatría y que ante ello respondió que vivía en zona rural y que se le dificultaba desplazarse para obtener esos documentos. También que para la fecha en que se expidió el dictamen no se habían aportado esos documentos, lo que llevó a concluir que el concepto sobre agudeza visual con corrección es inexistente y que las valoraciones por psiquiatría incorporadas al expediente son insuficientes para calificar la patología mental.

Para este Tribunal dicho actuar desconoce el precedente jurisprudencial y en consecuencia constituye una clara lesión a los derechos fundamentales del actor, como quiera que si esa Junta de Calificación consideraba que la información médica obrante en el expediente era escasa para calificar lo relativo a los padecimientos visuales y mentales del demandante, el correcto proceder le mandaba requerir a las entidades de salud competentes para que, conforme a sus facultades, complementaran esa información clínica.

En otras palabras, la demandada no podía exigir al interesado que incorporara tales soportes, ni mucho menos definir su estado de invalidez sin tener en cuenta exámenes médicos que podrían acreditar la existencia de otros padecimientos, lo cual desdice del deber de definir de manera completa y real el estado de invalidez, máxime que como quedó demostrado el actor les manifestó sus múltiples dificultades para obtener dicha información.

7.3 Se infiere de lo dicho que la Junta Nacional de Invalidez vulneró los derechos a la seguridad social y al debido proceso del señor José Fernando Calderón Betancourt.

8. En consecuencia se revocará el fallo impugnado, se concederá la protección a esos derechos y se ordenará a la Sala Número 4 de la Junta Nacional de Invalidez que dentro de un plazo de veinte días adelante las gestiones necesarias ante la empresa promotora de salud a la que se encuentra afiliado el accionante, para obtener los datos clínicos necesarios con el fin de calificar integralmente su pérdida de la capacidad laboral y, en todo caso, emitir el correspondiente y nuevo dictamen, en un lapso de un mes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala No. 1 de Asuntos Penales para Adolescentes,

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

**PRIMERO:** **REVOCAR** el fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 25 de noviembre de 2020, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Calderón Betancourt contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

**SEGUNDO:** Se concede el amparo a los derechos a la seguridad social y al debido proceso del actor.

**TERCERO:** Se ordenaa la Sala Número 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez adelantar, en un término de veinte días contados desde el momento en que sea notificada de esta providencia, las gestiones necesarias ante la empresa promotora de salud a la que se encuentra afiliado el accionante, para obtener la información médica necesaria con el fin de calificar integralmente su disminución de la capacidad laboral y, en todo caso, emitir el correspondiente y nuevo dictamen, en un lapso de un mes.

**CUARTO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO:** Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

 (Ausente con causa justificada)

1. Folios 5 a 17 cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 101 a 103 cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 104 a 112 cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 122 a 129 cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-093 de 2016 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 23 a 28 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 30 a 37 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 51 a 37 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-8)