REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA TERCERA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES DE ADOLESCENTES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, martes veintinueve (29) de mayo de dos mil doce (2012)

Hora: 11:00

Aprobado por Acta No. 264

Radicación:	660013118002 2012 00099 01
Procedente:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE PEREIRA
Accionante:	GUSTAVO DÍAZ
Accionado:	EPS-S CAFESALUD, INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL Y. SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación propuesta por el apoderado de la entidad CAFESALUD EPS-S contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes de esta ciudad, adiado el día 29 de marzo de 2012, mediante el cual decidió amparar los derechos fundamentales del accionante**.**

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO DÍAZ interpuso acción de tutela en contra de la EPS-S CAFESALUD con el propósito de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la dignidad humana y a la seguridad social.

Soporta su petición en que desde hace tiempo viene padeciendo de graves problemas de salud, entre ellos retraso mental, deterioro del comportamiento, hipertensión arterial, faringitis aguda, hiperlipidemias, arterioesclerosis cerebral e infección del tracto urinario, por lo cual solicitó la iniciación del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en el I.S.S. por ser cotizante allí para el régimen pensional. Los requisitos exigidos por medicina laboral del I.S.S. son: la historia clínica, la remisión médica del área de medicina laboral de la EPS y los últimos 6 recibos de cotización, y al no tener la remisión por medicina laboral la solicitó a la EPS-S CAFESALUD a la cual se encuentra adscrito en el régimen en salud, pero la entidad del régimen subsidiado se negó a hacer la remisión con la justificación de no contar con especialistas en medicina laboral, ya que los mismos eran propios de las entidades del régimen contributivo. Asevera que sin dicha remisión su proceso de calificación se verá truncado, como se lo manifestaron en el I.S.S., hechos que en su sentir vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida digna.

Por lo anterior, pretende que la Judicatura le ordene a la entidad I.S.S. que inicie el proceso de calificación de perdida de la capacidad laboral y en caso de ser necesario le dé trámite a los recursos que se puedan presentar contra el dictamen proferido por su departamento de medicina laboral y que cubran con los gastos de la Junta Regional

y Nacional de Calificación de Invalidez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Penal del Circuito para adolescentes de esta ciudad avocó el conocimiento de la actuación, admitió la petición de amparo interpuesta, vinculó a la E.P.S-S CAFESALUD y a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, ordena la notificación a las partes accionadas en la forma indicada en la ley y al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió conceder el amparo a los derechos a la Salud la vida digna, seguridad social y de diagnostico del accionante, y ordenó a la E.P.S-S CAFESALUD que en el término de 48 horas procediera a autorizar la valoración por médico internista para el tratamiento de hipertensión arterial al tener en cuenta que según la evolución jurisprudencial, el tratamiento, procedimiento o suministro ordenado por médico particular era vinculante y obligatorio prestarlo a la E.P.S. si no desvirtuaba la idoneidad del mismo.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

La Administradora de la EPS-S interpone recurso de alzada por estar en desacuerdo con lo planteado por el A-quo, y soporta el disenso en el sentido de la valoración ordenada al accionante fue ordenada por un médico que no hace parte de la red de prestadores del servicio de salud adscritos a esa entidad, soportando su apreciación en la sentencia T-760 de 2008, en donde se define que el criterio científico del médico tratante es el principal para establecer si se requiere de un servicio de salud, y en el caso en estudio ello no se cumple. Además que esa entidad no contaba con el servicio de medicina laboral por ser una actividad ejercida por las EPS del régimen contributivo,

motivo por el cual no estaban en la obligación de realizar tal valoración.

Como aspecto diferente y de manera aislada precisa que el artículo 1 del Decreto 4942 de 2009 en su literal b) determina que la calificación del estado de invalidez se puede hacer por las instituciones prestadoras del servicio de Salud de la Red Pública, en los casos en que la persona con discapacidad este afiliada al Régimen Subsidiado o cuando no se encuentre afiliada al sistema de seguridad social en salud, con cargo a los recursos de oferta en salud de que trata la Ley 715 de 2001, por el valor que sea acordado con la entidad territorial respectiva, el cual no podrá ser mayor de un salario mínimo legal diario vigente por persona calificada. Motivos por los cuales solicita se revoque la decisión de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1 del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde determinar a esta Corporación, si las entidades accionadas no han vulnerado en forma alguna los derechos fundamentales señalados por el actor, de manera que deba revocarse o modificarse el fallo de instancia o si por el contrario, se encuentra ajustado a derecho y por ello merece la ratificación.

De acuerdo con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas

condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de los derechos y las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para la protección y aplicación de los mismos.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política Colombiana.

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se hace al fallo de primer nivel que amparó los derechos del accionante y ordenó a la entidad prestadora de salud del régimen subsidiado la realización de la valoración por médico internista" para el tratamiento de la hipertensión arterial.

De antemano es menester hacer un llamado de atención a la Jueza de primera instancia para que tome una actitud mas conciente y mesurada en el estudio y decisión de las peticiones de amparo que llegan a su despacho, ya que ante la denuncia de amenaza o vulneración de un derecho fundamental, el funcionario competente para procurar su protección debe actuar con especial esmero y cautela con el fin de no impartir órdenes descontextualizadas que en nada sirvan a la conjugación del problema o conculcación del derecho y que por el contrario eroguen cargas obligacionales sobre las cuales los accionados no posean responsabilidad. Lo anterior, por cuanto del

escrito de amparo se extracta sin dubitación alguna que lo solicitado por el accionante se circunscribe es a la valoración por medicina laboral por parte del I.S.S, y no como herradamente se interpretó en la sentencia recurrida en donde se refiere a la **"*"valoración por médico internista" para el tratamiento de la hipertensión arterial que le aqueja y que le fuera ordenado por el médico laboral del I.S.S*"**.

Nótese que el accionante no manifiesta en su escrito que se le este negando algún servicio de salud y sobre lo único que interpone la queja es por la no realización de la valoración por medicina laboral por parte de la EPSS CAFESALUD. No puede deducir la señora Jueza que se le esté negando la valoración por médico internista, cuando de ello no existe prueba ni manifestación por parte del accionante.

Ahora, emergiendo en el análisis del asunto puesto en conocimiento de esta Colegiatura es preciso advertir que ya la H. Corte Constitucional se ha manifestado en lo concerniente con el derecho a la seguridad de las personas de la tercera edad, situación fáctica que se presenta en este estudio por encontrarse el accionante fuera del mercado laboral por dos razones especificas: su edad y sus condiciones de salud, lo que de forma directa atenta en contra de su derecho a la dignidad, ello por cuanto la Corte determinó en sentencia T-011/93 que:

> *"**Para que la vida del hombre sea digna de principio a fin,** es obligatorio asegurarle **a las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social**". Esa dignidad del jubilado y los derechos adquiridos que surgen de su status de pensionado, **no pueden razonablemente estar ligados exclusivamente a la vida probable de los colombianos.** Este es un factor muy importante pero también puede ocurrir que quien se acerque a tal límite también quede cobijado por la tutela como mecanismo transitorio si es delicado e irreversible su estado de salud y si la*

definición judicial, por la vía ordinaria, a sus reclamos, se intuye que no va a ser oportuna." [1] *(Negrilla fuera de texto)*.

En la búsqueda de cumplir con los objetivos de bienestar y protección, y teniendo en cuenta principios como el de la eficiencia, universalidad y solidaridad, se han desarrollado numerosas estructuras normativas orientadas hacia la regulación y efectiva protección de los derechos de las personas en condición de invalidez. Uno de estos caminos que se encuentra ampliamente regulado es el concerniente a la seguridad social en materia de pensiones y dentro de este ámbito, el tema en concreto de la pensión de invalidez.

En lo relativo al procedimiento de reconocimiento de pensión por invalidez, de antemano se precisa que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, exige como requisito para reconocer el derecho a una pensión de invalidez por riesgo común, que el afiliado al Sistema sea declarado inválido conforme al artículo 38 ídem. Esta última norma señala que "para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".

De otra parte, en lo relacionado con las entidades encargadas de calificar el grado de invalidez a que nos referimos en el párrafo que antecedió, el artículo 52 de la ley 962 de 2005, modificatorio del artículo 41 de la ley 100 de 1993, dispone que "corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con

[1] T-295 de 1999

la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales"[2].

Lo que nos lleva a concluir que en el caso que ocupa la atención de esta instancia, la valoración, en principio es realizada por el mismo fondo de pensiones, en este caso el ISS. Si la calificación arroja resultados no favorables para el examinado, este cuenta con 5 días para apelar ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Posición reiterada por la Corte Constitucional cuando manifestó:

> "En armonía con lo expuesto, es del caso puntualizar que a pesar de que el decreto 917 de 1999 -Manual Único para la Calificación de Invalidez-, señala los parámetros que deben seguir las Juntas de Calificación de Invalidez al momento de emitir el dictamen, su aplicación no es de uso exclusivo de las Juntas, pues éste también es aplicable a las valoraciones sobre el estado de invalidez que realizan las demás entidades, esto es: el Instituto de Seguros Sociales, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las Entidades Promotoras de Salud, y las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, tal como lo consigna el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 antes citado. Por consiguiente, las entidades que por ley son las encargadas de determinar el estado de invalidez de un asegurado, además de realizar una *"valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina"*, deben seguir los parámetros señalados por el legislador y la jurisprudencia constitucional, en lo relativo a la motivación y la argumentación técnico-científica que debe contener el dictamen".[3]

[2] Para una completa exposición de la evolución legislativa del artículo 41 de la ley 100 de 1993 puede consultarse la sentencia T-424 de 2007
[3] T-919-10

Siendo así, a la entidad de salud del sector subsidiado no le compete obligación alguna en el procedimiento de calificación de invalidez, pues estas entidades no asumen los riesgos de invalidez y muerte sino la prestación del servicio de salud a una población en condiciones especiales, pero atendiendo a que según el estado de salud del paciente así mismo se dictaminará su grado de invalidez, debe atender la entidad con la obligación de suministrar toda la documentación e información que el Fondo de pensión requiera en el trámite de la calificación, incluyéndose en estos los exámenes necesarios por parte del afiliado al régimen subsidiado, ordenados por el I.S.S, y que conduzcan a la decisión sobre el derecho pensional. Contrario sensu verifica esta Sala que la conducta asumida por los funcionarios del I.S.S Risaralda resulta reprochable, en cuanto niega la solicitud del accionante con argumentos irrazonables desde la óptica constitucional y carentes de toda justificación en el ámbito legal, sometiendo a una persona de la tercera edad, afectada en su estado de salud y perteneciente a uno de los segmentos más pobres de la población colombiana, a un tortuoso desgaste que le ha impedido hasta la fecha, iniciar los trámites necesarios para el estudio de una posible pensión de invalidez que le provea los recursos necesarios para su digna subsistencia.

Aun cuando el demandante tiene la opción de acudir a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda para ser valorado allí cancelando la suma correspondiente a un salario mínimo legal vigente, resulta evidente que esta posibilidad no descarta el imperativo que el ordenamiento jurídico ha impuesto sobre el ISS, pues es facultativo del actor acudir directamente a la Junta de Calificación por su cuenta, o exigir al ISS la determinación de su grado de invalidez, teniendo esta última la obligación de obrar en consecuencia.

Se concluye que el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos a la seguridad social y al debido proceso del señor GUSTAVO NIETO, al negarse a iniciar el procedimiento de valoración de su pérdida de capacidad laboral y del grado de invalidez, razón por la cual, se da la necesidad de modificar la decisión proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito para adolescentes el día 29 de marzo de 2012, por medio de la cual amparó los derechos constitucionales concerniente a exonerar de responsabilidad a la EPS-S CAFESALUD de la realización de la valoración por medicina laboral y en su defecto ordenará al Instituto de Seguro Social, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez del señor GUSTAVO DIAZ, con base en el manual único de calificación de invalidez, indicándole al demandante los recursos que proceden contra la calificación obtenida. Si el accionante manifiesta su inconformidad con el dictamen realizado por el área de medicina laboral del ISS, la entidad, dentro de los 5 días siguientes a dicha manifestación, remitirá la aludida calificación a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que se surta el trámite previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, el ISS sufragará los gastos que el mencionado procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral genere en las diferentes instancias ante el propio ISS y las Juntas de Calificación de Invalidez Regional y Nacional.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Modificar la decisión proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito para adolescentes el día 29 de marzo de 2012, por medio de la cual amparó los derechos constitucionales concerniente a exonerar de responsabilidad a la EPS-S CAFESALUD de la realización de la valoración por medicina laboral**.**

SEGUNDO: En su defecto ordenará al Instituto de Seguro Social, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez del señor GUSTAVO DIAZ, con base en el manual único de calificación de invalidez, indicándole al demandante los recursos que proceden contra la calificación obtenida. Si el accionante manifiesta su inconformidad con el dictamen realizado por el área de medicina laboral del ISS, la entidad, dentro de los 5 días siguientes a dicha manifestación, remitirá la aludida calificación a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que se surta el trámite previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, el ISS sufragará los gastos que el mencionado procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral genere en las diferentes instancias ante el propio ISS y las Juntas de Calificación de Invalidez Regional y Nacional.

TERCERO.- ORDENAR a CAFESALUD Empresa Promotora de Salud del régimen Subsidiado, la remisión de la información médico clínica del señor DÍAZ que se considere relevante por ISS Seccional de Risaralda dentro del proceso de calificación de la capacidad laboral. Para ello, contará con un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de la presente providencia.

CUARTO: De igual manera se ordena a la EPSS CAFESALUD. Para que realice los exámenes y tratamientos ordenados por el I.S.S. y que conduzcan a la decisión sobre el derecho pensional.

QUINTO:NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible.

SEXTO:REMITIR la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

LUÍS ALFONSO CASTRILLÓN SÁNCHEZ
Magistrado

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO
Magistrado

MARÍA CLEMENCIA CORREA MARTÍNEZ
Secretaria