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.

Providencia: Segunda Instancia

Radicado: 66001-31-05-005-2019-00508-00

Proceso: Tutela de Segunda Instancia

Accionante: Aura Mariela Ossa Ossa

Accionado: Colpensiones

Origen: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / TRASCENDENCIA DE LA MISMA RESPECTO DE DERECHOS DE RANGO FUNDAMENTAL / MORA EN LA EXPEDICIÓN Y NOTIFICACIÓN DEL RESPECTIVO DICTAMEN.**

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 dictamen, 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. (…)

Ahora, respecto de la mora en la expedición del dictamen, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia T-646-13, puede vulnerar el derecho a la eventual pensión, indicando:

“Las solicitudes de los afiliados deben atenderse con prontitud por estas entidades. De lo contrario, la mora en la expedición del dictamen puede ocasionar la violación de otras garantías constitucionales, puesto que aquel se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos como los pensionales…”.

De otro lado, en sentencia T-558-11, resalta la Corte que el Dictamen que califica la pérdida de capacidad laboral debe ser notificado personalmente al afiliado calificado, cuya regulación se encuentra establecida en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993…, lo que implica que la mora en la emisión y notificación del citado dictamen, además transgredir el derecho fundamental de petición, afecta otros derechos fundamentales conexos como lo es a la seguridad social y a obtener de manera oportuna, derechos pensionales que se erijan de él.

… los literales a) y b) del artículo 38 (Decreto 1352 de 2013) establecen que el paciente o la persona objeto de valoración deberá ser citada dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la solicitud y valorada en los 10 días siguientes -lo cual se incumplió-; por lo tanto, resulta palpable la vulneración pregonada por la tutelante, sin que sea admisible que el Área de Medicina laboral de la accionada, sin razón que justifique su desidia y lo expedito de los términos consagrados en la norma citada, hubiera dejado transcurrir, hasta hoy, más de cinco (5) meses desde la fecha en que el afiliado radicó los documentos adicionales y más de un (1) año desde que inició el proceso de valoración, sin obtener un pronunciamiento de fondo que, en este caso, se cristalizaría con la notificación del dictamen.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, diez de diciembre de dos mil diecinueve.

Acta Número: \_\_\_ del 10 de diciembre de 2019.

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a resolver la impugnación del fallo, contra la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, el 15 de noviembre de 2019, dentro de la acción de tutela promovida por Dora Lucía Ossa en representación de **Aura Mariela Ossa Ossa**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”**, por la presunta transgresión de los derechos fundamentales de petición, seguridad social y mínimo vital.

El proyecto presentado por el ponente fue aprobado por los restantes miembros de la Sala y corresponde a la siguiente,

1. **ANTECEDENTES**

Dora Lucía Ossa, en representación de su tía **Aura Mariela Ossa Ossa,** solicita se le protejan los derechos fundamentales invocados y, conforme a ello, se ordene a la accionada emitir el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Los hechos relevantes de la acción, se sintetizan en que: ***i)***La accionante dependía económicamente del cuidado de la Sra. Flor de María Ossa de Ossa, quien era pensionada de Colpensiones y falleció el 17 de julio de 2017; ***ii)***La accionante ha tenido diagnóstico de deterioro cognitivo leve en progreso a mayor desde el año 2017, razón por la que se adelantó trámite de calificación de invalidez; ***iii)***el 13 de diciembre de 2018, se radicó ante Colpensiones la historia clínica para cita de calificación de PCL, mediante radicado 2018\_15843381; ***iv)*** El 14 de marzo de 2019 se atendió la cita con el médico laboral de Colpensiones; ***v)*** El 2 de abril de 2019, le fueron requeridos exámenes complementarios como historia clínica actualizada no mayor a 3 meses; valoración y seguimiento de psiquiatría de la EPS y Neurocirugía con reporte de TAC, ambos no mayor de tres meses, entre otros exámenes; ***vi)*** El 5 de abril de 2019, solicitó prórroga de 30 días para el recaudo de todo lo solicitado (Radicado 2019\_448854); **vii)** el 3 de julio de 2019, se arrimaron todos los documentos adicionales requeridos por Colpensiones (Rad. 2019\_8815900); **viii)** A la fecha, no se ha logrado obtener el dictamen por la accionada.

**COLPENSIONES** al contestar la acción, en su réplica, informó que frente a la solicitud de calificación de PCL, se encontraba en trámite el estudio de los documentos allegados para su emisión, de manera que considera improcedente la acción (fol. 34-36).

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

La a-quo, concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, ordenando a Colpensiones, a través del Director de Medicina Laboral, para que determine en un término de 48 horas, la suficiencia de la documentación aportada, a efecto de calificar la PCL solicitada, debiendo proceder a notificar la decisión y, de no requerir documentos adicionales, programarle fecha y hora para su valoración, la cual debería ser dentro de los 10 días siguientes a la recepción de los elementos necesarios para emitir el dictamen y, notificar éste último dentro del mes siguiente.

1. **IMPUGNACIÓN.**

En términos, la accionada solicitó revocar la decisión y declarar la improcedencia de la acción, basado en que la documentación adicional aportada se encontraba en estudio, contando Colpensiones con un término mínimo de cuatro (4) meses para la emisión del dictamen, el cual, de encontrar insuficiente la información allegada, se solicitaría una adicional para la calificación integral, pudiéndose requerir la validación de documentos, citas de valoración, exámenes complementarios y revisión por parte de los médicos, entre otros.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **Competencia.**

Esta Colegiatura es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la decisión adoptada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, de la cual es su superior funcional.

* 1. **Problema jurídico por resolver.**

Corresponde a la Sala analizar si la accionada transgrede el derecho fundamental de petición, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante al no expedir el dictamen de pérdida de capacidad laboral, después de haber aportado la información complementaria solicitada?

* 1. **Desarrollo de la problemática planteada.**

El artículo 86 de la C.N, consagra que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados, podrá interponer acción de tutela. De otro lado, el inciso 3° del mismo canon, la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

A su turno, el artículo [10](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5304#10) del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser ejercida por la persona que considere vulnerado o amenazado alguno de sus derechos fundamentales, existiendo cuatro formas para interponer la acción[[1]](#footnote-1): (i) directamente por quien considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales; (ii) por su representante; (iii) mediante la agencia de derechos ajenos, siempre que el interesado se encuentre en condiciones que imposibiliten su defensa; o (iv) por el Defensor del Pueblo y/o los personeros municipales.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que la agencia oficiosa se da cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente y tiene como finalidad garantizar la protección y eficacia de sus derechos fundamentales, al admitir que un tercero interponga la acción y actúe en su favor sin que medie poder, siendo requisito verificar (i) que manifieste – expresa o tácita - su actuar y (ii) que de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo se infiera que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se encuentra en situación física o mental que le impida la interposición directa de la acción.

Conforme a lo anterior, se advierte que están cumplidos los requisitos enunciados para que Dora Lucia Ossa actúe en defensa de los derechos de su familiar, como agente oficiosa, ello porque declaró interponer la acción en nombre de Aura Mariela Ossa Ossa; que su estado de salud consiste en un deterioro cognitivo y, de acuerdo con la copia de la cédula de la agenciada (fol. 5), ésta pertenece al grupo de la tercera edad – *es de especial protección -*, contando en la actualidad con 85 años, resultando procedente que la Sra. Dora Lucía Ossa actúe en representación de su tía.

Dicho lo anterior, en el caso particular, según el escrito de tutela y la documental aportada, la acción se torna procedente porque: *i)* Se está en frente de derechosfundamentales de un adulto mayor, quien pertenece a un grupo vulnerable, catalogados como sujetos de especial protección constitucional; *(ii)* La acción está dirigida contra una autoridad a la que se le atribuye la vulneración de derechos fundamentales del adulto mayor; *(iii)* Se cumple con la subsidiariedad, porque al tratarse de la presunta vulneración del derecho a la seguridad social, vida digna y de petición de una persona de avanzada edad, ésta deber ser inmediata y eficaz, la cual se materializa a través de la acción de tutela; *(iv)* Se satisface el requisito de inmediatez, porque la solicitud de amparo se ha formulado en un término razonable, pues entre el 10 de julio y el 31 de octubre de 2019, han transcurrido un tiempo razonable.

Asimismo, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente aún ante la presencia de un mecanismo ordinario de defensa, cuando: “(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y (iii) la accionante al ser un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela[[2]](#footnote-2)

* + 1. **Entidades responsables de la calificación de la pérdida de capacidad laboral.**

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100/93, 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.

* + 1. **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 dictamen, 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.

Ahora, como quiera que no existe regulación en relación con el procedimiento que debe seguir la entidad que emite calificación de invalidez en la primera oportunidad, necesario es remitirse al Decreto 1352 de 2013, por medio del cual se reglamentó la organización y el funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones que establece en el artículo 30, los requisitos mínimos que debe contener el expediente para solicitar el dictamen de pérdida de capacidad laboral destacando, en lo que respecta a la historia clínica que ésta debe ser aportada en los siguientes términos:

*“Copia completa de la historia clínica de las diferentes Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, incluyendo la historia clínica ocupacional, Entidades Promotoras de Salud, Medicina Prepagada o Médicos Generales o Especialistas que lo hayan atendido, que incluya la información antes, durante y después del acto médico, parte de la información por ejemplo debe ser la versión de los hechos por parte del usuario al momento de recibir la atención derivada del evento. (…)”*

* + 1. **De los exámenes complementarios para realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad.**

Por analogía es menester acudir al Decreto 1352 de 2013[[3]](#footnote-3), el cual, dentro de las funciones asignadas a dichos órganos, estableció, entre otras, la de “Ordenar la práctica de exámenes y evaluaciones complementarias, diferentes a los acompañados en el expediente que considere indispensables para fundamentar su dictamen” –numeral 9º artículo 10-.

Por ende, la entidad encargada de efectuar la calificación puede solicitar exámenes o evaluaciones complementarias, cuando la legislación que regula la materia, así lo contempla, siempre que no hayan sido aportados en oportunidad anterior. A juicio de la Corte Constitucional, no resultaría extraño que las evaluadoras hicieran solicitudes en ese sentido, pues estima, que están llamadas a realizar un análisis completo de la condición médica del paciente. En la Sentencia T-290 de 2015, con base en la regulación anterior de funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, esto es el Decreto 2463 de 2001, dijo:

*“En resumen, al momento de examinar la situación de incapacidad de un afiliado que solicita ser valorado, las juntas de calificación de invalidez deben atender el principio de buena fe y debido proceso, valorando completamente el estado de salud de la persona y, en caso de ser necesario, ordenar a las entidad administradora o empresa promotora de salud, la realización de las evaluaciones o exámenes complementarios que considere indispensables, para determinar el porcentaje de afectación del `conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes, y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que el permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual´” (Ver sentencia del 12 de diciembre de 2018, rad. 2018-503, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Tribunal Superior de Pereira – Sala Cuarta de decisión laboral).*

Ahora, respecto de la mora en la expedición del dictamen, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia T-646-13, puede vulnerar el derecho a la eventual pensión, indicando:

*“Las solicitudes de los afiliados deben atenderse con prontitud por estas entidades. De lo contrario, la mora en la expedición del dictamen puede ocasionar la violación de otras garantías constitucionales, puesto que aquel se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos como los pensionales, más aún si se tiene en cuenta el estado de debilidad en el que se encuentra un ciudadano que sufre de cierto grado de discapacidad o posiblemente invalidez”.*

De otro lado, en sentencia T-558-11, resalta la Corte que el Dictamen que califica la pérdida de capacidad laboral debe ser notificado personalmente al afiliado, cuya regulación se encuentra establecida en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el cual se señala que “corresponde, entre otras entidades, al Instituto de Seguros Sociales calificar en primera oportunidad el grado de invalidez de sus afiliados, pero que el acto que declara la invalidez puede ser recurrido dentro de la oportunidad legal. Por esta razón, todo dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral debe ser notificado personalmente al afiliado calificado, porque las decisiones que se toman en ese tipo de actos son esenciales para determinar si el afiliado tiene o no derecho a una pensión, y, por lo tanto, se le debe garantizar su derecho al debido proceso, brindándole la oportunidad de controvertir la decisión ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, así como recurrir la decisión que esta entidad adopte ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en caso de que sea contraria a sus intereses”, lo que implica que la mora en la emisión y notificación del citado dictamen, además transgredir el derecho fundamental de petición, afecta otros derechos fundamentales conexos como lo es a la seguridad social y a obtener de manera oportuna, derechos pensionales que se erijan de él.

* 1. **Caso concreto.**

Conforme los hechos de la acción, se reprocha que habiéndose iniciado el proceso de calificación, cuya historia clínica y demás documentación necesaria se arrimó a Colpensiones desde el **13 de diciembre de 2018**, luego de tres (3) meses, esto es, el **5 de marzo de 2019**, la accionada vino a atender la cita de valoración para la calificación de PCL – *cuando después de dicho periodo se desactualiza la historia clínica -;* ante ello, se tardó un mes más – *el 2 de abril de 2019 –* para requerirle la información complementaria con actualización de la historia clínica de la paciente, documentos que, a pesar de la prórroga solicitada por el accionante para adjuntar tal información, luego de entregados el **3 de julio de 2019**, a la fecha – *luego de 4 meses -*, aún no se ha producido el dictamen solicitado, lo que en suma, la calificación solicitada lleva un año surtiendo su trámite ante Colpensiones, situación que da cuenta las documentales visibles a folios 14-16 y del 19-20.

De lo anterior, se desprende la mora en la determinación de la PCL de la agenciada, lo cual, según se desprende de los hechos de la acción, le ha impedido iniciar otros trámites de carácter pensional, ello sin tener en cuenta que se está frente a una persona de 85 años, sin medios económicos para subsistir, situación que por sí sola, vulnera los derechos fundamentales no solo el de petición al no existir aún, decisión de fondo frente a la solicitud de calificación, sino también a la seguridad social y al debido proceso, tal como pasa a explicarse.

En efecto, el Decreto 1352 de 2013, por medio del cual se reglamentó la organización y el funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones, es la normatividad a observar en los casos en que los Fondos de Pensiones fungen como calificadores iniciales, en razón a que no existe regulación en ese aspecto.

De acuerdo a tal disposición, los literales a) y b) del artículo 38 establecen que el paciente o la persona objeto de valoración deberá ser citada dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la solicitud y valorada en los 10 días siguientes -*lo cual se incumplió-*; por lo tanto, resulta palpable la vulneración pregonada por la tutelante, sin que sea admisible que el Área de Medicina laboral de la accionada, sin razón que justifique su desidia y lo expedito de los términos consagrados en la norma citada, hubiera dejado transcurrir, hasta hoy, más de cinco (5) meses desde la fecha en que el afiliado radicó los documentos adicionales y más de un (1) año desde que inició el proceso de valoración, sin obtener un pronunciamiento de fondo que, en este caso, se cristalizaría con la notificación del dictamen.

En ese orden de ideas, también resulta claro que la decisión de primer grado debe ser modificada, pues allí, lo que se hace es extender aún más los tiempos ya referidos -agravando la situación-, al no haber considerado el alto grado de vulnerabilidad de la agenciada, lo cual va en contravía del derecho fundamental a la seguridad social y de petición del cual es titular la Sra. Ossa Ossa.

En tales condiciones, imprescindible es, modificar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, ordenándole al Colpensiones, a través del Director de Medicina Laboral, para que en un término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, proceda, si no lo ha hecho, a emitir y notificar el dictamen de PCL de la Sra. Aura Mariela Ossa Ossa, en atención a que de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 31 del Decreto 1352 de 2013, es posible continuar con el trámite de calificación con los documentos aportados por el accionante.

En lo demás se confirmará la decisión de primer grado.

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:**

**Primero**. Modificar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de tutela dictada el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, el cual quedará así:

“Segundo. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, a través del Director de Medicina Laboral, la Dra. Ingrid Carolina Ariza Cristancho o quien haga sus veces, proceda en un término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, si no lo ha hecho, a emitir y notificar el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Sra. Aura Mariela Ossa Ossa, por las razones aquí expuestas”.

**Segundo**. Confirmar en lo demás.

**Tercero.** Notificar a las partes el contenido de este fallo en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

**Cuarto**. Remitir las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

1. T-036/2013 [↑](#footnote-ref-1)
2. T-252-2017 [↑](#footnote-ref-2)
3. Por medio del cual se reglamentó la organización y el funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones [↑](#footnote-ref-3)