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: Sentencia del 24 de abril de 2020

Radicación No.: 66170-31-05-001-2020-00059-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Rosalba Zuluaga Giraldo

Accionado: Colpensiones

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / REQUISITO PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / TRÁMITE / REGULACIÓN LEGAL / DECRETO 1352 DE 2013 / TÉRMINO PARA EMITIR EL DICTAMEN / EXÁMENES ADICIONALES.**

El Decreto 1352 de 2013, por medio del cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, estableció el procedimiento que se debe adoptar a efectos de emitir las respectivas calificaciones de la pérdida de Capacidad laboral. Como quiera que los fondos de pensiones y las EPS no cuentan con una reglamentación propia sobre la materia, a pesar de que también son responsables de emitir dictámenes de invalidez, por analogía se les aplica el que corresponde las Juntas de Calificación de Invalidez. (…)

La Corte Constitucional en sentencia T-044 de 2018, explicó que el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral es un requisito de acceso a la pensión de invalidez…

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la señora Rosalba Zuluaga Giraldo, acude a la acción de tutela para que se le proteja su Derecho Fundamental de seguridad social, debido proceso y vida digna, debido a que Colpensiones no ha emitido su dictamen de pérdida de la capacidad laboral, el cual se inició desde el 13 de mayo de 2019, a pesar de que ya fue valorada médicamente y de que allegó a la entidad los exámenes médicos complementarios. (…)

Así las cosas, considera esta Sala que si bien la entidad accionada puede requerir exámenes complementarios y documentación referente a la historia clínica al solicitante, para valorar las condiciones y estado de salud de los usuarios que requieren calificación de pérdida de capacidad laboral, una vez que el afiliado o afiliada allega tales documentos, le corresponde a COLPENSIONES continuar en forma rápida y eficiente continuar con el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral dentro de los términos establecidos en el artículo 38 del Decreto 1352 de 2013.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Abril 24 de 2020)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 17 de marzo de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro de la **Acción de Tutela** impetrada por la señora **Rosalba Zuluaga Giraldo, ura Maria Camacho Vrgasito de Pereiraros,** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-**,por medio de la cual solicitan se le amparen sus derechos fundamentales de seguridad social, debido proceso y vida digna.

#### La demanda

La señora **Rosalba Zuluaga Giraldo,** solicita se le amparen sus derechos fundamentales de **seguridad social**, **debido proceso y vida digna,** debido a que la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, no ha emitido el dictamen de pérdida de capacidad laboral, del cual se realizó la respectiva valoración por la médica laboral el 7 de octubre de 2019.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta la accionante que se encuentra vinculada a Colpensiones desde que inició su vida laboral, y que debido a las diferentes patologías que posee en la actualidad radicó ante dicha entidad la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral desde el 13 de mayo del 2019, a la cual le asignaron el radicado No. 2019\_6205937.

Corolario a lo anterior, aduce que el pasado 7 de octubre, se realizó la entrevista y examen físico por parte la médica laboral de Colpensiones, quedando pendiente la emisión de dicho dictamen.

El 11 de octubre de 2019, la entidad accionada le solicitó a la actora los siguientes exámenes:

1. Espirometría pre y post.

2. Creatinina, bun, parcial de orina, TSH.

3. Agudeza visual con y sin corrección.

4. Campimetría.

5. Valoración por oftalmología.

6. Historia clínica de psiquiatría del último año con la última nota no mayor a 3 meses.

7. Audiometría seriada con reposo auditivo.

8. Urología concepto uno dinamia.

9. RMN de hombro izquierdo.

10. Valoración pro ortopedia y concepto de hombro izquierdo.

Los anteriores exámenes fueron aportados ante la entidad el día 20 de noviembre de 2019 y hasta la fecha manifiesta la actora no ha recibido respuesta alguna por parte de Colpensiones.

Por lo anterior solicita que de manera inmediata, Colpensiones emita dicho dictamen.

#### Contestación de la demanda

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, allegó escrito de contestación a la tutela, en el cual después de exponer diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y normatividad respecto de la calificación de pérdida de capacidad laboral y del carácter subsidiario de la acción de Tutela, manifiesta que efectivamente la accionante asistió a la valoración médica el 23 de octubre de 2019, y que actualmente el caso se encuentra en el área encargada en el estado de dictamen preliminar, por lo que una vez se tenga una respuesta de fondo, se notificará a la actora.

Por lo dicho, Colpensiones considera que la accionante desnaturaliza este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos idóneos para su solución, como lo es, su sometimiento a la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, solicita se niegue el amparo deprecado, por improcedente.

#### Providencia impugnada

 La Jueza de primer grado concedió la acción de tutela en favor de Rosalba Zuluaga Giraldo, tutelando así el Derecho Fundamental a la seguridad social, ordenando a Colpensiones para que a través de su Directora de Medicina Laboral, en el término de 48 horas proceda a efectuar el dictamen y a notificarlo en debida forma a la accionante.

Para llegar a tal conclusión, la A-quo argumentó que no observa ninguna razón atendible que justifique la mora en la determinación de la pérdida de capacidad laboral de la accionante, pues han transcurrido más de 3 meses después de la radicación de los exámenes complementarios solicitados por Colpensiones, sin que se haya emitido pronunciamiento alguno, porque la actora no ha podido iniciar los trámites para la obtención de su pensión de invalidez.

Corolario a lo anterior, manifiesta la Jueza que teniendo en cuenta el Articulo 38 del Decreto 1352 de 2013, dispone en sus literales a y b, que la persona deberá ser citada dentro de los dos días siguientes al recibo de su solicitud y valorada en los 10 días siguientes. Igualmente, en los literales e, g y f dispone que dentro de los 5 días posteriores a la valoración se estudiaran las pruebas, que en caso de requerirse prueba complementarias se indicará el término para ello y una vez radicadas, se presentará el proyecto del dictamen dentro de los dos días siguientes, y se tomará la decisión final dentro de los próximos cinco días siguientes.

De acuerdo a lo anterior, consideró la jueza que Colpensiones ha incumplido con los términos señalados en la Ley, puesto que han transcurrido más de 9 meses sin obtener pronunciamiento de fondo, resultando palpable la vulneración anunciada por la actora.

#### Impugnación

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** presentó escrito de impugnación, y al igual que en la contestación de esta acción mencionó la jurisprudencia y normatividad respecto del carácter subsidiario de la acción de tutela y de la calificación de pérdida de capacidad laboral; además adujo que una vez realizada la valoración médica por parte de la misma entidad, el caso se encuentra en el área encargada en el estado de *“dictamen preliminar”*, por lo que una vez se tenga respuesta de fondo se notificará el resultado a la accionante.

Igualmente, sostiene que es la jurisdicción ordinaria quien debe resolver este tipo de asuntos y no por medio de esta acción constitucional.

 Por lo anterior, Colpensiones solicita que se revoque la decisión tomada en primera instancia y se declare la improcedencia de la Acción de Tutela y en consecuencia se ordene el archivo de la misma.

#### Consideraciones

**5.1 Problema jurídico por resolver**

Determinar si en el presente caso se vulneró el Derecho Fundamental de seguridad social, debido proceso y vida digna de la señora Rosalba Zuluaga Giraldo, toda vez que la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, no ha emitido su dictamen de pérdida de capacidad laboral, a pesar de que fue valorada por una médica adscrita a la entidad y de haber allegado los exámenes médicos complementarios.

**5.2. Normas que regulan el procedimiento para la calificación de invalidez**

El Decreto 1352 de 2013, por medio del cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, estableció el procedimiento que se debe adoptar a efectos de emitir las respectivas calificaciones de la pérdida de Capacidad laboral. Como quiera que los fondos de pensiones y las EPS no cuentan con una reglamentación propia sobre la materia, a pesar de que también son responsables de emitir dictámenes de invalidez, por analogía se les aplica el que corresponde las Juntas de Calificación de Invalidez. Aclarado lo anterior, el artículo 38 del referido decreto establece lo siguiente:

***Artículo 38.****Sustanciación y Ponencia. Recibida la solicitud por el médico ponente se procederá de la siguiente manera:*

*a) El Director Administrativo y Financiero de la junta citará al paciente por cualquier medio idóneo dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de lo cual se dejará constancia en el expediente;*

*b) La valoración al paciente o persona objeto de dictamen deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes;*

*c) En caso de no asistencia del paciente a la valoración, en el término anterior, al siguiente día el Director Administrativo y Financiero de la junta citará nuevamente por correo físico que evidencie el recibido de la citación para la valoración, esta última deberá realizarse dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al envío de la comunicación;*

*d) En caso de no asistencia del paciente a la valoración, en el término anterior, al siguiente día luego del paso anterior, el Director Administrativo y Financiero de la junta dará aviso por escrito a la Administradora de Riesgos Laborales o Administradora del Sistema General de Pensiones de acuerdo a si la calificación en primera oportunidad fue de origen común o laboral, cuya constancia debe reposar en el expediente, indicándole la nueva fecha y hora en la que se debe presentar el paciente para que esta lo contacte y realice las gestiones para su asistencia. La valoración de la persona se deberá realizar dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al recibo de la comunicación escrita a las Entidades anteriormente mencionadas;*

*e) Dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la valoración del paciente, el médico ponente estudiará las pruebas y documentos suministrados y radicará la ponencia;*

*f) Cuando el médico ponente solicite la práctica de pruebas o la realización de valoraciones por especialistas, este las registrará en la solicitud de práctica de pruebas que las ordena señalando el término para practicarlas de conformidad con el presente decreto;*

*g) Recibidos los resultados de las pruebas o valoraciones solicitadas, el médico ponente radicará el proyecto de dictamen dentro de los dos (2) días hábiles a su recibo y se incluirá el caso en la siguiente reunión privada de la junta;*

*h) Una vez radicada la ponencia el Director Administrativo y Financiero procederá a agendar el caso en la siguiente audiencia privada de decisión, que en todo no caso no podrá ser superior a cinco (5) días hábiles.*

***Parágrafo 1****°. De conformidad con el artículo 142 del Decreto número 19 de 2012 la Junta Nacional deberá decidir la apelación que haya sido impuesta, en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la radicación de la ponencia.*

***Parágrafo 2°.****De comprobarse la imposibilidad de asistir a la cita de la persona a valorar, el médico ponente se trasladará para su valoración salvo que se demuestre la imposibilidad de traslado por caso fortuito o fuerza mayor, evento en el cual, se podrá dictaminar de acuerdo a las pruebas allegadas a la junta. En todo caso la suspensión del trámite de valoración no podrá ser superior a sesenta (60) días calendario.*

***Parágrafo 3°.****Si la persona objeto de valoración no asiste a la cita fijada por el Director Administrativo y Financiero de la junta, una vez se surta el procedimiento descrito en el literal a), c) y d) del presente artículo este dará aviso por escrito a las partes interesadas, cuya constancia debe reposar en el expediente y se procederá a emitir el dictamen con lo que repose en el expediente.*

***Parágrafo 4°.****Para realizar las valoraciones de la persona objeto de dictamen está prohibida que se realice de manera simultánea para varios pacientes ya que esta debe ser de manera individual.*

***Parágrafo 5°.****Los términos de tiempo establecidos en el presente artículo serán sucesivos entre un trámite y el que le sigue.*

**5.2 Precedente Jurisprudencial respecto al trámite de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral con miras al reconocimiento y pago de la Pensión de Invalidez**

La Corte Constitucional en sentencia T-044 de 2018, explicó que el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral es un requisito de acceso a la pensión de invalidez en los siguientes términos:

*“18. Ahora bien, respecto al problema jurídico materia de esta decisión, interesa concentrarse en el procedimiento previsto para el reconocimiento de la pensión de invalidez.  Como se explicó anteriormente, una de las condiciones requeridas para acceder a esa prestación es la disminución de la capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%. Para ello es necesario la calificación de dicha pérdida, procedimiento que, en los términos del artículo 41 a 44 de la Ley 100 de 1993, responde a los siguientes parámetros generales:*

*18.1. Las fuentes normativas para la calificación de la pensión de invalidez son tanto las previsiones legales antes anotadas, como el manual único para la calificación de invalidez, que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Este manual deberá definir los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL).*

*18.2. En una primera oportunidad, la calificación de la PCL corresponde a COLPENSIONES, a las administradoras de riesgos laborales y a las compañías de seguros que asuman los riesgos de invalidez y muerte, así como a las entidades promotoras de salud. De acuerdo con las normas citadas, “En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”****[42]****.*

*18.3. El acto que declara la invalidez debe ser motivado, para lo cual contendrá expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, “así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esa calificación ante la Junta Nacional.”*

*18.4. En los casos en que la calificación de la PCL es inferior en no menos del 10% de los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por cuenta de la respectiva entidad.*

*18.5. Corresponde a las empresas promotoras de salud determinar si existe concepto favorable de rehabilitación.  En este caso, se postergará el trámite de calificación de la PCL, en los términos previstos en la regulación legal en comento.*

*18.6. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las entidades descritas en el fundamento jurídico 18.2., corresponde a la Junta Regional de Calificación de Invalidez calificar en primera instancia la PCL, el estado de invalidez y determinar su origen.  La Junta Nacional tiene la competencia para resolver, en segunda instancia, las controversias relativas a las decisiones de las juntas regionales.*

*18.7. Las entidades de seguridad social y las juntas regionales y nacionales de calificación de invalidez, y los profesionales que califiquen, serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los administradores del sistema general de seguridad social, cuando este hecho esté plenamente probado.*

*18.8. El estado de invalidez y por ende la PCL, podrá revisarse en los siguientes eventos: (i) cada tres años y por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente, “con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar.”; (ii) por solicitud del pensionado por invalidez, en cualquier tiempo y a su costa; y (iii) conforme lo prevé el artículo 55 del Decreto 1352 de 2013, tratándose del sistema general de riesgos laborales, “la revisión de la pérdida de incapacidad permanente parcial por parte de las Juntas será procedente cuando el porcentaje sea inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral a solicitud de la Administradora de Riesgos Laborales, los trabajadores o personas interesadas, mínimo al año siguiente de la calificación y siguiendo los procedimientos y términos de tiempo establecidos en el presente decreto, la persona objeto de revisión o persona interesada podrá llegar directamente a la junta solo si pasados 30 días hábiles de la solicitud de revisión de la calificación en primera oportunidad esta no ha sido emitida.”*

**5.3 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la señora Rosalba Zuluaga Giraldo, acude a la acción de tutela para que se le proteja su Derecho Fundamental de seguridad social, debido proceso y vida digna, debido a que Colpensiones no ha emitido su dictamen de pérdida de la capacidad laboral, el cual se inició desde el 13 de mayo de 2019, a pesar de que ya fue valorada médicamente y de que allegó a la entidad los exámenes médicos complementarios.

 En efecto, manifiesta la Accionante que después de iniciado el trámite de pérdida de capacidad laboral en la fecha mencionada anteriormente, se obtuvo respuesta por parte de Colpensiones el 12 de agosto de la misma calenda (tres meses después), en la cual le solicitaron la historia clínica para ser valorada por el área de medicina de la misma entidad, cita que se llevó a cabo el día 7 de octubre de 2019; posteriormente el 11 de octubre, la entidad accionada le solicitó unos exámenes complementarios los cuales fueron aportados el 20 de noviembre del mismo año, sin que hasta la fecha se haya emitido el dictamen requerido.

Así las cosas, considera esta Sala que si bien la entidad accionada puede requerir exámenes complementarios y documentación referente a la historia clínica al solicitante, para valorar las condiciones y estado de salud de los usuarios que requieren calificación de pérdida de capacidad laboral, una vez que el afiliado o afiliada allega tales documentos, le corresponde a COLPENSIONES continuar en forma rápida y eficiente continuar con el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral dentro de los términos establecidos en el artículo 38 del Decreto 1352 de 2013. El Decreto mencionado si bien regula el funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, puede ser aplicado a las AFP cuando conforme al Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, realizan la calificación en primera oportunidad.

Por lo dicho anteriormente, como quiera que hasta la fecha ha pasado casi un año desde la fecha en que se radicó la solicitud de la calificación, más de 6 meses desde que se realizó la valoración médica y más de cuatro meses desde que se aportaron los exámenes complementarios solicitados, considera esta Sala que es tiempo más que suficiente para que la entidad accionada haya emitido el dictamen solicitado en esta Acción.

En consecuencia, la Sala observa que existe un fundamento jurídico válido para que le sean protegidos los derechos fundamentales objeto de esta acción a la señora Rosalba Zuluaga Giraldo y por lo tanto se confirmará la sentencia de primera.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Número 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro de la acción de tutela interpuesta por Rosalba Zuluaga Giraldo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

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

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado