**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**SALA TERCERA DE DECISIÓN**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

| | |
|---|---|
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.** |
| **ACCIÓN:** | **ACCIÓN DE TUTELA.** |
| **PROCESO:** | **70-001-33-33-004-2017-00062-01.** |
| **DEMANDANTE:** | **JAANER RODRÍGUEZ SIMANCA** |
| **DEMANDADO.** | **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS** |

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionada en oposición a la sentencia proferida, por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, el día 17 de marzo de 2017, que concedió el amparo solicitado.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

El señor JANNER RODRÍGUEZ SIMANCA presentó Acción de Tutela en contra de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE BOLIVAR Y SUCRE, COOMEVA E.P.S. S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", por la presunta vulneración de los derechos de petición, debido proceso, vida salud, mínimo vital, trabajo dignidad humana y seguridad social.

### 1.1.1. RESEÑA FÁCTICA:

Relata la parte actora que, trabaja en la empresa VIPER desde hace cuatro (4) años como vigilante, afiliado a COOMEVA E.P.S. S.A., en calidad de cotizante, tiene dos años de incapacidad, es afiliado al fondo de pensiones

COLPENSIONES, su condición laboral actualmente se encuentra en estudio y desconoce si son favorables o desfavorables a sus intereses como empleado en su condición de debilidad manifiesta.

Expone que, estando en sus vacaciones y al momento de dirigirse a su residencia el 22 de julio de 2014, cuando se transportaba en su moto, fue atropellado por una buseta de transporte escolar Decroly. El accidente le ocasionó una lesión en la rodilla, dada la gravedad del asunto fue trasladado a Barranquilla a la clínica Campbell, lugar en el que estuvo internado por un término de 17 días y posteriormente fue sometido a 5 cirugías trauma platillo timbal izquierdo en el que le colocaron 7 tornillos y una platina. La asistencia fue asumida por FOSYGA hasta cubrir quince millones quinientos mil pesos (15.000.000), a los cuales tenía derecho y el excedente se cobró a COOMEVA EPS.

Manifiesta el actor que, a raíz de su accidente y de la complejidad del mismo le han autorizado remisiones con especialistas a la ciudad de Barranquilla incluidas las cirugías, sin que haya sido posible por parte de COOMEVA EPS, en un principio se cubriera o autorizara su traslado y el de su acompañante.

Aduce que, en la actualidad le niegan el reconocimiento de las incapacidades, a pesar de que sigue bajo tratamiento por parte de COOMEVA EPS y que se encuentra pendiente de una nueva cirugía, sin que se haya definido su condición por parte del médico laboral, por la complejidad de su accidente y de su actual condición corporal, especialmente la de sus extremidades inferiores.

Que le fue practicada intervención quirúrgica el pasado 04 de noviembre de 2015 en la ciudad de Barranquilla, en la que el cirujano le perforó la vena, razón por la que permaneció 7 días en UCI, con posterioridad a este acontecimiento, fue sometido a una nueva cirugía, para así lograr salvar su pierna, una vez realizada la misma se optó por realizar un injerto de la vena del lado derecho, para tratar de subsanar el error, manifiesta que tiene mucha limitación para caminar, necesita de un bastón y dar pasos muy cortos, además tiene una lesión en la columna con DX Hiperlordosis Lumbosacra-Escoliosis Lumbar, lo que lo mantiene contantemente con fuerte dolor.

Narra que, dado el acontecimiento del accidente de tránsito, se le realizaron

autorizaciones de incapacidades por medio de especialistas adscritos a COOMEVA EPS, siendo cubiertas por la mencionada entidad hasta cumplir 180 días, dicho tiempo era el límite de pago, le indicaron que desde el día 181 de incapacidad debía iniciar el trámite ante el fondo de pensiones, que para el casi particular es COLPENSIONES.

Asegura el accionante, que tiene radicada en Colpensiones solicitud, desde la incapacidad 181, sin que a la fecha se logre el reconocimiento y pagos de las mismas, por lo que posteriormente estas le fueron remitidas a COLPENSIONES, y se ordenó a la junta médica procediendo a la calificación por PCL del 18.80%.

Afirma que al no estar de acuerdo, dentro del término legal, el día 28 de octubre de 2015, interpuso los recursos correspondientes, para que su caso fuera remitido por SALUDLTDA-COLPENSIONES a la junta regional de calificación de Bolívar, la cual se llevó a cabo el día 05 de abril de 2016 donde se dictaminó como pérdida de la capacidad laboral un 41.44% siendo calificada como de origen común.

Señaló que, inconforme con el dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez de Bolívar, interpuso los recursos de reposición y apelación, el día 18 de abril de 2016, aportando la historia clínica de la nueva cirugía que le fue practicada y la lesión producida en su pierna.

Indicó que, en lo que respecta a la junta regional de calificación de Bolívar, nunca hubo estudio que permitiera analizar en detalle esa nueva afectación en su salud y se modificara el dictamen, por lo que se vio obligado a interponer quejas ante el Ministerio de Trabajo, Defensor del Consumidor Financiero y Colpensiones y solo bajo la presión, 9 meses después, se efectuó la remisión y la valoración quedó programada para el día 14 de febrero de 2017.

Sostiene que, en la nueva valoración, no se cumplieron los protocolos que deben primar en los exámenes determinantes para dirimir una controversia, pues el médico solo se limitó a transcribir lo manifestado en el dictamen rendido por la junta regional de Bolívar, lo anterior, con base en que no se tuvo en cuenta la operación en la que le hicieron el injerto de la vena propita, ni la lesión en la columna vertebral, pues dicho médico no tuvo ningún contacto con su extremidad que desde su escritorio observó todo y lo que

hizo fue transcribir lo manifestado en el dictamen anterior.

Concluyó manifestando que, la junta nacional de calificación no tuvo en cuenta en su análisis, ni se fundamentó en una valoración probatoria integral que no solo incluyera aspectos biológicos y funcionales, pues debió tener en cuenta su historia ocupacional, que arroja como resultado que no ha podido ejercer su profesión de guardia de seguridad desde el día 22 de julio de 2014, cuando sufrió el accidente de tránsito al igual que las recomendaciones expuestas por la fisioterapeuta.

### 1.1.2. LAS PRETENSIONES:

Pretende la parte accionante que se le tutelen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia:

- Revocar el dictamen No. 9550 de fecha 05 de abril de 2016, expedido por la Junta Regional de Calificación de Bolívar, donde se estableció una pérdida de la capacidad laboral del 41.44%, de igual forma, el dictamen No. 92516872-2058 del 22 de febrero de 2017, emitido por la Junta Nacional de invalidez donde de ratificó lo dispuesto en el dictamen primigenio.

- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a los accionados realizar una nueva valoración, teniendo en cuenta todas las afectaciones, deficiencias, discapacidades, minusvalías y las nuevas alteraciones en su estado de salud.

- Que se ordene a COOMEVA EPS, que en el término de 48 horas, autorice cita con el médico vascular, en la ciudad de Medellín o en la ciudad de Bogotá, para una segunda opinión, donde se dictamine si hay lugar a una nueva cirugía, al igual que los gastos de traslado para él y su acompañante, como manifestación de la atención integral en salud que requiere.

- Que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES-, para que dentro del término de 48 horas, proceda al pago inmediato de las incapacidades radicadas y se emita una explicación de su negatividad al pago de las mismas y se condene a la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST, en vista a la no

cancelación de las sumas causadas.

- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES hacer el pago correspondiente de los honorarios para la remisión del expediente a la Junta Regional de calificación de invalidez, y de igual forma se proceda con los trámites correspondientes a su traslado a la ciudad de Cartagena o en su defecto a la ciudad de Bogotá con acompañante, por vía aérea para él y su acompañante así como los gastos de hospedaje y alimentación.

## 1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

- Presentación de la tutela: 6 de marzo de 2017 (fol. 8y 38).
- Admisión de la tutela: 6 de marzo de 2017 (fol. 39).
- Notificación a las partes: 7 de marzo de 2017 (fol.40 a 46).
- Contestación de la demanda JNI : 10 de marzo de 2017 (fol. 48 a 51)
- Contestación Colpensiones: 10 de marzo de 2017: (fol. 52 y 53).
- Contestación JRI: 13 de marzo de 2017: (folio 58).
- Sentencia de primera instancia: 17 de marzo de 2017 (fol. 59 a 74).
- Impugnación Junta Regional: 22 de marzo de 2017 (fol. 88 y 87).
- Impugnación Colpensiones: 24 de marzo de 2017 (folio 96 y 97).
- Concesión de la impugnación: 27 de marzo de 2017 (fol. 116).

## 1.3. INFORMES RENDIDOS POR LOS ENTES ACCIONADOS.

### 1.3.1. JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

Expuso que, en ningún momento le ha violado el debido proceso al actor, toda vez que ha tenido todas las instancias, comenzando desde primera oportunidad, llegando a la junta regional de calificación, y posteriormente por recursos de apelación la junta nacional resuelve únicamente lo que se ha controvertido, el cual los profesionales de esta entidad, lo valoraron respecto a la historia clínica y exámenes médicos que pudo anexar en dicho

momento, emitiendo y notificando el respectivo dictamen.

Señala que el accionante tiene otros mecanismos de defensa judicial, para controvertir los dictámenes emitidos por la junta nacional, por lo cual debe acudir si lo considera pertinente a la vía ordinaria laboral a demandar el dictamen conforme al art. 44 del decreto 1352 de 2013.

**1.3.2. COLPENSIONES.**

Manifestó que se reconoció el subsidio económico solicitado hasta el 13 de octubre de 2016, fecha en la cual el ciudadano fue calificado mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral y por ser inferior al 50% el porcentaje obtenido, no se configura uno de los supuestos jurídicos para ser titular a una pensión por invalidez como lo es, tener el status de invalido, más lo que si procede, es el reintegro laboral con las respectivas indicaciones del médico tratante, teniendo en cuenta que el porcentaje obtenido es inferior al 50% el cual no le da una invalidez permanente. El asunto objeto de estudio la tutela debe declararse improcedente por cuanto que el pago de incapacidades no era procedente desde el momento que se emitió el dictamen de calificación de su pérdida de capacidad para laboral.

Solicita el cierre del trámite de la presente tutela, pues COLPENSIONES no recae en la administradora la obligación de pagar incapacidades al accionante, por cuanto no se cumple con los presupuestos legales para ello y no se han vulnerado derechos fundamentales.

**1.3.2. JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-BOLÍVAR-CÓRDOBA Y SUCRE.**

Señaló que, que la calificación se realizó de acuerdo a la historia clínica aportada, lo evidenciado en el expediente y valoración realizada al paciente, ese dictamen fue notificado a todas las partes interesadas y frente el cual el señor Rodríguez Simanca interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; y que mediante pronunciamiento de fecha 31 de mayo de 2016 se le resuelve la reposición y se decide ratificar en todas y cada una de sus partes el dictamen recurrido, como quiera que se interpuso subsidiariamente el recurso de apelación, se envió el expediente a la Junta Nacional para el trámite pertinente.

Solicitó que se denieguen las pretensiones de la presente acción de tutela

por no existir elementos de juicios que permitan inferir violación o amenazas de los derechos fundamentales del actor, por parte de esa junta de calificación.

## 1.4. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[1].

El Juez de primera instancia luego de hacer un análisis de la procedencia de la acción de tutela para salvaguardar el derecho fundamental a la salud, el trámite de las incapacidades derivadas de una enfermedad de origen común, y el debido proceso en el procedimiento de los dictámenes de calificación de invalidez, consideró que, respecto a las pretensiones referentes a la protección del derecho a la Salud, debía COOMEVA EPS, autorizar la cita con un médico de especialidad vascular y garantizar el tratamiento integral respecto de la patología presentada por el actor.

Respecto de las solicitudes tendientes al pago de las incapacidades médicas, consideró el *A quo*, que del acopio probatorio se pudo demostrar lo que señala COLPENSIONES, esto es, que le fue pagado al demandante subsidio económico durante el tiempo que superó la incapacidad de 180 días como establece la norma, sin embargo el accionante ha seguido incapacitado para laborar, por lo cual debe el Fondo de Pensiones seguir con la obligación de pagar la incapacidad del trabajador hasta tanto el médico tratante determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 % de conformidad con las reglas jurisprudenciales y legales trazadas sobre el tema.

Y en cuanto a la supuesta vulneración del debido proceso en el trámite de calificación de invalidez, determinó el Juez de instancia que, en primer lugar, el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no se ajustó a lo dispuesto en las normas que regulan la materia, ni a las reglas fijadas por la Corte Constitucional, lo que se constituye en una vulneración al debido proceso. Como quiera que, este fue realizado sin mencionar si ya se culminó la rehabilitación integral y el tratamiento, o sin que se haya comprobado la imposibilidad de realizarlo, lo que supone tener el certificado correspondiente.

Y por otro lado, consideró que, si bien el dictamen se fundamentó en la historia clínica, la valoración que se hizo no fue completa e integral, puesto

[1] Folio 59 a 74 C. Ppal.

que sólo se limitó a confirmar lo manifestado por la Junta Regional de Invalidez. Ello a pesar que de lo manifestado por el actor en los hechos de la demanda de tutela, se desprende que le han realizado 5 cirugías y que tuvo complicaciones que le afectaron, razón por la cual, al no cumplirse con la reglas jurisprudenciales sobre la materia, ordenó a la Junta Regional de Invalidez de Bolívar realizarle un nuevo dictamen de pérdida de la capacidad laboral, en el que se haga una valoración integral de todos los elementos probatorios necesarios para determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del demandante.

## 1.5. LA IMPUGNACIÓN.

Inconformes con la sentencia de tutela de primera instancia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar y Colpensiones, la impugnaron, solicitando la revocatoria de la misma, con los siguientes argumentos:

- **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ- BOLÍVAR-CÓRDOBA Y SUCRE[2]**

Señaló que teniendo en cuenta el proceso de calificación realizado, tanto en primera como en segunda instancia se ajustó a derecho, ya que la calificación se realizó con base en el material clínico aportado a la solicitud, frente al cual el médico ponente estudia las pruebas y documentos suministrados, y en el dictamen y resuelve únicamente lo que haya tenido controversia, respecto del origen, la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración de las patologías calificada en primera oportunidad.

Afirmó que el día 11 de febrero de 2016 fue remitida solicitud de calificación del actor, a través de la AFP COLPENSIONES, esa Junta Regional emitió el dictamen N° 9550 del 05 de abril de 2016, siendo calificado los diagnósticos de Fractura de la Epífisis Superior de la Tibia y Gonartrosis no especificada, y que las deficiencias calificadas por esa Junta arrojaron un total ponderado de 23, 44 %.

Que el expediente se envió a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez -superior funcional-, para surtir el trámite de la apelación, quien a su vez, ratificó en todas y cada una de sus partes el dictamen recurrido,

[2] Folio 86 a 89 C.Ppal.

determinando que en razón de estar ajustadas a las disposiciones del Decreto 1507 de 2014 y en concordancia con las secuelas que presenta el paciente.

Aseguró que, la presente acción de tutela en lo que a esa entidad respecta, no era procedente el amparo solicitado, puesto que la tutela cabe como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando se vean que resulten amenazados, cualquier derecho fundamental por algún ente y en el caso del actor, todas las inconformidades que manifestó como no tenidas en cuenta en su historia clínica, si fueron objeto de valoración por parte de esa Junta, como se puede apreciar en los apartes de los exámenes y pruebas médicas en los numerales del 1-5 todo el resumen de lo que se le revisó y valoró. Tan ello fue así que el superior funcional ratificó la decisión.

- **COLPENSIONES[3].**

Expresó que, revisadas las bases de datos y aplicativos se observa que mediante Resolución No. 457 del 12 de noviembre 2015 y Resolución No. 483 del 23 de noviembre de 2015 se reconoció y ordenó el pago al señor Jaaner Rodríguez Simanca del subsidio económico de los períodos comprendido entre el 18 de febrero al 13 de octubre de 2015, para un total de 212 días reconocidos.

Que la administradora procedió a reconocer el subsidio económico solicitado hasta el 13 de octubre de 2015, fecha en la cual el ciudadano fue calificado mediante Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral No. 2015115133FF.

Que por ser inferior al 50% el porcentaje obtenido no se configura uno de los supuestos jurídicos para ser titular a una pensión por invalidez, más lo que sí procede, es el reintegro laboral con las respectivas indicaciones del médico tratante, teniendo en cuenta que el porcentaje obtenido es inferior al 50% el cual no le da una invalidez permanente tal y como lo señala el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 1o de la Ley 860 de 2003.

## 2. CONSIDERACIONES:

### 2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591

[3] Folio 96 y 97 C.Ppal.

de 1991 en su artículo 32.

## 2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad, s*i se encuentran debidamente acreditados los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para modificar por vía de tutela un dictamen otorgado por una junta de invalidez.* Y en caso afirmativo, *proceder a estudiar si se ha vulnerado algún derecho fundamental del actor con el actuar de las entidades demandadas,*

De igual forma, se deberá establecer, si le asiste a la Administradora de Pensiones Colpensiones, la obligación de seguir cancelando el subsidio económico equivalente a la incapacidad que viene disfrutando el actor.

Para dar solución a los anteriores planteamientos, se abordaran los siguientes temas, **(i)** Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia, **(ii)** Régimen jurídico aplicable al reconocimiento y pago de incapacidades de origen común-alcance jurisprudencial- **iii)** La naturaleza y el régimen de los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez y **iv)** El Caso concreto.

## I. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares

en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá "*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*".

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria[4] no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Por ello, como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN VIA TUTELA. ALCANCE JURISPRUDENCIAL

En cuanto al pago de incapacidades de origen común, el primer referente jurídico es el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, mediante el cual se determinó el *"Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad"*. A su vez, el parágrafo 1 de la norma dispone.

> "*Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".*

[4] Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Ahora bien, respecto de las incapacidades que no superen los 180 días, la primera norma que reguló el tema fue el Código Sustantivo del Trabajo que en su artículo 227 consagró el valor del "auxilio monetario por enfermedad no profesional" de la siguiente manera:

> *"ARTICULO 227. Valor del auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante". (Subraya fuera de texto)*

No obstante, en virtud de lo señalado por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el pago de las incapacidades desde el día 4 hasta el 180 es responsabilidad de las E.P.S. A su vez, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador.

Por otra parte, entrando al estudio de la responsabilidad en el pago de incapacidades que superan los 180 días, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, establece que dicha obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones. La norma textualmente señala:

> *"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".*

Por último, el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reguló el tema de calificación del estado de invalidez, y el reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días de la siguiente manera:

> *"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora*

*de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".*

*En suma, el pago de los tres (3) primeros días de incapacidad se encuentra en cabeza del empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) es responsabilidad de la E.P.S., y en adelante corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador. (…)".*

La H. Corte Constitucional frente al pago de incapacidades y la entidad que debe asumirlo, ha dicho al respecto[5].

*"Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.*

*A su vez, la Corte Constitucional estableció que "el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia..*

*De esa forma, este Tribunal reconoció la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la afectación de un derecho de carácter fundamental, como por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna.*

*Por último, cabe señalar que en la sentencia T-404 de 2010.* ***Se reiteró que ante la falta de salario, el pago de incapacidades se constituye como la única fuente de ingresos del trabajador, a través de la cual puede suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. La Sala primera de revisión aseguró que de declararse la improcedencia de la acción de tutela, se estaría dejando al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable****.*

*Adicionalmente, en la misma ocasión señaló que el incumplimiento en el pago de dicha prestación puede conllevar a que el accionante no consiga un estado de recuperación adecuado y opte por volver a trabajar ante la falta de ingresos. Además presentó dos casos en los que se recurrió a la tutela como un medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades laborales. Al respecto indicó:*

[5] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-097 de 2015. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

> ***Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable***" (Destacado de la Sala).

En síntesis el Máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional, concluyó respecto al tema que, la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades, y puntualmente aquellas que superan los 180 días, señaló que, surgen varias hipótesis a saber: **i)** que el trabajador sea calificado con pérdida de capacidad laboral de menos del 50% o, **ii)** que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%.

En el primer escenario, corresponde el reintegro del trabajador a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, en este caso el vínculo laboral solo puede ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo. Por otro lado, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral[6].

## III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA REVISAR DECISIONES EMITIDAS POR LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Aunque si bien es cierto, la vía normal para discutir todas las decisiones emitidas por las Juntas de Calificación de Invalidez es la jurisdicción ordinaria

[6] Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-404 de 2010, T—727 de 2011, T-729 de 2012, T-733 de 2013 y T-004 de 2014.

laboral, también lo es que dada la naturaleza especial y la trascendencia de estas decisiones en personas que tienen protección reforzada por parte del Estado, es viable en casos excepcionales y con el cumplimiento de parámetros claramente establecidos otorgar el amparo solicitado por vía de la tutela cuando se pretenda impedir la consumación de un daño actual, grave e inminente a los derechos fundamentales, de manera transitoria o definitiva, siempre y cuando se establezca que para el caso concreto dichos medios no resultan tan eficaces como la tutela para la protección inmediata de los derechos conculcados o amenazados. De tal manera, se ha precisado que no es suficiente que existan otros medios de defensa judicial para debatir un asunto, sino que es preciso, además, que tales medios sean idóneos para garantizar la efectiva protección de los derechos reclamados.[7]

Ahora bien, si se trata de evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia ha sido igualmente clara en determinar los criterios que debe observar el juez de instancia para verificar su configuración, pues no cualquier hecho lo constituye como tal, pues hacer esto sería contravenir los principios de excepcionalidad de la acción de tutela. En este sentido se expuso que era necesario verificar la inminencia, gravedad y la exigencia de tomar medidas urgentes e impostergables. En este sentido, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-857 de 2004 determinó:

> *"(…) (i) es inminente un perjuicio cuando 'esté próximo a suceder de modo que el juez debe contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón de la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia'; (ii) grave porque su comisión implica 'el detrimento de un bien altamente significativo para la persona, que puede ser moral o material, y que sea en todo caso susceptible de determinación jurídica'; (iii) que exija la adopción de medidas urgentes e impostergables, 'es decir, que por su entidad el perjuicio requiera de una acción pronta y oportuna, y no cuando se haya presentado un desenlace con efectos antijurídicos'. En este sentido, las medidas que se adopten además deben ser una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, deben armonizar con las particularidades de cada caso y su carácter debe ser tal que no puedan posponerse en el tiempo para una oportuna y eficaz prevención del daño".*

Igualmente, en Sentencia T-290 de 2005, la Honorable Corporación analizó los factores relevantes a estudiar cuando se alega la existencia de un perjuicio irremediable que afecta a un sujeto de especial protección constitucional. Al respecto en dicha jurisprudencia se afirmó lo siguiente:

> *"Por ello, por ejemplo, en el caso de los sujetos de especial protección constitucional, a favor de los cuales la jurisprudencia constitucional ha*

[7] Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2009

> *dispuesto un tratamiento singular, la existencia del perjuicio irremediable se somete a reglas probatorias más amplias, derivadas de la sola condición del afectado, lo cual implica una apertura del ángulo de presunción."*

Luego entonces, es claro que aunque la vía ordinaria para controvertir los dictámenes proferidos por las Juntas de Invalidez es la vía ordinaria, también lo es que en determinados casos es dado estudiarlos por vía de tutela como mecanismo definitivo o transitorio para evitar un perjuicio irremediable, dejando claro que este debe aparecer plenamente acreditado en el proceso, pues no basta la mera afirmación de tal hecho, ya que como también se ha establecido, es necesario que se pruebe así sea con pruebas sumarias lo dicho en el escrito de tutela. No cumplir con la anterior carga probatoria obliga declarar la improcedencia de la acción impetrada y fuerza abstenerse para estudiar de fondo el asunto.

## IV. LA NATURALEZA Y EL RÉGIMEN DE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Resulta claro y así lo ha establecido la jurisprudencia que los dictámenes que realizan las juntas de calificación de invalidez se constituyen en el elemento técnico para el reconocimiento de cualquier prestación de carácter económico del sistema de seguridad social, como la pensión de invalidez, así ha quedado señalado en Sentencia T-701 de 2008, a saber:

> *"Estas decisiones constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión".*

Según lo anterior, resulta palmaria la importancia que tienen estos conceptos, dada su trascendencia en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas sobre las cuales se practican, pues por medio de estos podrían ver afectados derechos como el pensional. Es por esto que el legislador ha decidido establecer unos requisitos mínimos que deben ser revisados al momento de determinar la aptitud de dicho concepto como documento idóneo para otorgar o denegar una prestación de contenido económico.

En este orden de ideas, el Decreto No. 2463 de 2001 estableció los principios

rectores que rigen la materia, principios que en consonancia con la Ley 100 de 1993 han dispuesto que los dictámenes que adopten las Juntas de Calificación deben contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión[8] y debe igualmente establecer la fecha de estructuración de la invalidez[9]. Así mismo es claro e incuestionable que el procedimiento para adoptar los dictámenes señalados se rigen por las pautas del debido proceso y por ende están sujetos al trámite especial que ha sido señalado en varias normas tales como la Ley 100 de 1993, el Decreto No. 917 de 1999 que contiene el Manual Único para la Calificación de Invalidez y el Decreto No. 2463 de 2001 por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Adicionalmente, en aplicación del debido proceso hacen parte fundamental de este procedimiento todos los derechos adscritos a una actuación administrativa, incluido obviamente el hecho de poder controvertir las decisiones contenidas en la valoración que se da por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez, así quedó establecido en la Sentencia T-436 de 2005, providencia en la que se expuso:

> *"Tal como lo ha señalado la Corte el interesado tiene los derechos propios de todo interviniente en una actuación administrativa, y especialmente el derecho a que se dé la oportunidad de controvertir la calificación o valoración médica relativa a la disminución de su capacidad laboral, lo cual determina que se le considere o no como invalido y a que se le otorgue o no la respectiva pensión de invalidez. Este derecho está garantizado por los artículos 11, 35 y 40 del Decreto 2463 de 2001".*

Es así como la ley ha previsto dos etapas diferentes en las cuales se pueden controvertir los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación, una denominada extrajudicial que se surte ante las Juntas Regionales en primera instancia y la Junta Nacional en segunda instancia; y otra denominada judicial teniendo en cuenta que la ley no prevé la presencia de más recursos para que la propia entidad revise sus decisiones, por lo que es necesario acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral[10], para que sea esta la que determine el ajuste legal de dicho dictamen.

De esta forma, quedó dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005. Este determinó que las

[8] Artículo 41 de la Ley 100 de 1993.
[9] Artículo 3 del Decreto 917 de 1999.
[10] En principio.

primeras autoridades encargadas de definir la pérdida de porcentaje de la capacidad laboral son aquellas que asumen el riesgo de la invalidez, las ARP y también las EPS, entre otras.

El inciso segundo de dicha norma expresamente 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 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".*

Lo anterior fue corroborado por el artículo 11 del Decreto No. 2463 de 2001 que señala que las controversias que surjan a partir de los dictámenes que emitan las juntas no son actos administrativos y, en consecuencia, deberán ser ventilados y decididos ante la citada jurisdicción ordinaria laboral. Al respecto dispone la norma en cita:

> *"Artículo 11. Las juntas de calificación de invalidez son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones son de carácter obligatorio. Sus integrantes son designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo señalado en el artículo 17 del presente Decreto, no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente Decreto. Los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y sólo pueden ser controvertidos ante la justicia laboral ordinaria con fundamento en el artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral".*

De la misma manera, el artículo 40 del citado Decreto No. 2463 de 2001 dispone:

> *"Artículo 40. Controversias sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de Seguridad Social Integral (...)".*

Quedan claramente establecidas la naturaleza de las Juntas de Calificación de Invalidez y el trámite que estas deben llevar a cabo para adoptar sus decisiones; igualmente se reitera que en caso de inconformidad con la decisión tomada por esta y después de haber agotado el debate al interior de estas, debe necesariamente acudirse ante la jurisdicción ordinaria laboral para que sea esta la que dirima el conflicto que se pueda seguir presentando.

Lo anterior, haría parecer inocua cualquier interposición de una acción de tutela para revisar las decisiones de las Juntas de Calificación, no obstante y en aras de la protección de los derechos fundamentales de las personas en condición de debilidad manifiesta, como se anotó previamente, se ha permitido que en casos excepcionales se pueda presentar su revisión por vía de tutela siempre que se cumplan determinados requisitos, que de no ser atendidos lleva a abstenerse de estudiar el fondo del asunto puesto a consideración del Juez constitucional.

Por lo anotado, la Sala trascribe uno de los últimos pronunciamientos respecto al tema y donde se enumeran una serie de reglas que determinan la conducta de estas juntas y que posibilitan el amparo constitucional ante su inobservancia:

> ***"REGLAS BASICAS EN LA ACTUACIÓN DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-****Deben respetar el debido proceso*
>
> *Esta Corporación al desarrollar las normas mencionadas anteriormente ha establecido cuatro reglas, las cuales deben ser observadas por las Juntas de Calificación al momento de expedir los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral. La primera regla establece que el trámite de calificación sólo puede adelantarse una vez se haya terminado la rehabilitación integral y el tratamiento o se compruebe la imposibilidad de realizarlo. El segundo parámetro establece que la valoración para determinar el estado de salud de la persona sea completa e integral; lo anterior implica el deber de las juntas de realizar un examen físico y el estudio de la historia clínica del paciente. La tercera regla señala que si bien los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral no son considerados actos administrativos, los mismos deben estar debidamente motivados; esto implica que el dictamen debe contener los fundamentos de hecho y de derecho. La última regla supone un respeto por el derecho de defensa y contradicción de los interesados, de tal manera que se les brinde la posibilidad de controvertir todos los aspectos relacionados con el dictamen.*
>
> *(…)*
>
> *6.3.* ***La primera regla establece que el trámite de calificación sólo puede adelantarse una vez se haya terminado la rehabilitación integral y el tratamiento o se compruebe la imposibilidad de realizarlo****. Para esto, es indispensable allegar el certificado correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 25-3 del Decreto 2463 de 2001.*
>
> *6.4. Sin embargo, frente a la regla mencionada anteriormente, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 estableció una excepción consistente en que cuando una persona requiera la calificación para acceder a los beneficios de cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios de la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez.*
>
> *6.5. A su vez, las ARL y los fondos de pensiones antes de cumplirse el término de incapacidad permanente que es de 150 días, deberán remitir a las juntas de calificación estos casos. Vencido este término las ARL podrán posponer el*

*trámite ante las juntas de calificación de invalidez hasta por 360 días, siempre y cuando le paguen al usuario una prestación económica equivalente al valor de la incapacidad que venía disfrutando.*

*6.6. En los eventos que (i) exista concepto favorable de rehabilitación; (ii) que sean de enfermedad común o accidente; (iii) que los fondos de pensiones tengan autorización de la aseguradora que haya expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, se podrá prolongar el trámite de calificación ante las juntas de calificación por un lapso de 360 días adicionales a los de la incapacidad temporal, siempre y cuando le cancelen un subsidio equivalente al de la incapacidad.*

*6.7. El concepto de rehabilitación lo otorgará el fondo de pensiones o la ARL cuando el trabajador no este afiliado a una EPS o haya sido desvinculado laboralmente. Las juntas de calificación se abstendrán de calificar y devolverán el caso a la entidad que corresponda cuando se percate de que el proceso de tratamiento y rehabilitación está incompleto.*

*6.8.* ***El segundo parámetro establece que la valoración para determinar el estado de salud de la persona sea completa e integral; lo anterior implica el deber de las juntas de realizar un examen físico y el estudio de la historia clínica del paciente (artículo. 28 Decreto 2463 de 2001****).*

*6.9. Las EPS, las AFP o los beneficiarios, según corresponda, deben aportar la historia clínica, los exámenes diagnósticos, evaluaciones técnicas y demás relevantes; la certificación sobre el proceso de rehabilitación integral, cuando haya lugar; y los certificados de cargos y labores, cuando se requiera (Artículo 25 a del Decreto 2463 de 2001). Cuando se presenten solicitudes incompletas, las Juntas tienen la obligación de indicar al peticionario cuáles son los documentos faltantes, para que éstos completen la información. Si una vez iniciado el estudio se evidencia la ausencia de documentos, la Junta deberá requerirlos por escrito a quien se encuentre en la posibilidad de aportarlos o al peticionario.*

*6.10. Cuando el dictamen haya sido emitido sin tener todos los documentos necesarios, el interesado podrá posteriormente presentar una nueva solicitud, evento en el cual se iniciará nuevamente el trámite (Artículo 26 del Decreto 2463 de 2001).*

*6.11.* ***La tercera regla señala que si bien los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral no son considerados actos administrativos, los mismos deben estar debidamente motivados; esto implica que el dictamen debe contener los fundamentos de hecho y de derecho. Los fundamentos de hecho son los que tienen relación con la ocurrencia de determinada contingencia, esto supone la valoración de la historia clínica, reportes, exámenes médicos periódicos y todo aquello que pueda servir de prueba para certificar una determinada relación causal entre la patología y el trabajo desempeñado, tales como certificado de cargos, actividades laborales, funciones, manejo de equipos, entre otros.*** *Los fundamentos de derecho son todas las normas que son aplicables al caso concreto.*

*6.12. Así mismo, la jurisprudencia constitucional y la ley, han definido las pautas bajo las cuales los miembros de las juntas de calificación de invalidez deben proferir sus dictámenes. Por ejemplo, el artículo 2, del Decreto 2463 de 2001 sostiene:*

*"**La actuación de los integrantes de la junta de calificación de invalidez estará regida por los postulados de la buena fe y consultará los principios establecidos en la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993**, las disposiciones del Manual único para la Calificación de la Invalidez, así como las contenidas en el presente decreto y demás normas que lo complementen, modifiquen, sustituyan o adicionen".*

*6.13. En el mismo sentido, el artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, prescribe que los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez "deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral".*

*6.14.* ***La última regla supone un respeto por el derecho de defensa y contradicción de los interesados, de tal manera que se les brinde la posibilidad de controvertir todos los aspectos relacionados con el dictamen****. Artículos 11, 35 y 40 del Decreto 2463 de 2001*[11]*-*[12]*"* (Destacado de la Sala)

## 3. CASO CONCRETO.

Recapitulando, en el sub examine, se controvierte la sentencia de tutela de primera instancia, en dos aspectos puntuales, a saber: **i)** la orden dada a COLPENSIONES para que continúe pagando la incapacidad laboral del actor, desde el momento en que dejó de hacerlo hasta cuando el médico tratante emita un concepto en el que se determine en qué condiciones debe reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y, **ii)** la orden emitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, para que iniciara el procedimiento de calificación de la pérdida de capacidad laboral del demandante y procediera a expedir un nuevo dictamen de calificación de invalidez, en el cual se evalúe la totalidad de la historia clínica, lo que supone revisar las incapacidades y demás pruebas, en cumplimiento al debido proceso.

- **ANALISIS DE LA SALA.**

Revisada la recolección probatoria y las premisas sentadas en acápites precedentes, la decisión de primera instancia habrá de ser confirmada por las siguientes razones:

Respecto al pago del subsidio económico que cubre las incapacidades médicas laborales, si bien se demostró por parte de Colpensiones, que mediante Resolución N° 457 del 12 de noviembre de 2015 y Resolución N° 483 del 23 de noviembre de 2015, se le reconoció y ordenó el pago al demandante del subsidio económico de los periodos comprendidos entre el 18 de febrero al 13 de octubre de 2015, para un total de 212 reconocidos, también es cierto que de conformidad con las disposiciones de la jurisprudencia constitucional trazada sobre la materia, es menester que esta

[11] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-093 de 2016. M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO
[12] También se puede consultar, Corte Constitucional. Sentencia T-713 de 2014. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

entidad siga cancelando dicho emolumento, habida cuenta que, el accionante ha seguido incapacitado para laborar[13], continuando el Fondo de Pensiones con la obligación de pagar la incapacidad del trabajador hasta tanto el médico tratante determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.

Lo anterior, tal como lo dejó sentado el análisis jurisprudencial hecho a lo largo de esta providencia, puntualmente cuando dicta que, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones[14] el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral, por consiguiente, este Tribunal ha de confirmar lo dispuesto por la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, en lo que respecta al trámite de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, encuentra la Sala que en efecto, al actor se le practicó examen por Junta Médica Laboral, el 5 de abril de 2016, y se le dictaminó un 41.44% de pérdida de capacidad laboral[15].

Inconforme con la decisión el accionante interpone recurso de reposición y subsidio apelación, para que el dictamen sea revisado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folio 35).

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, expide el dictamen de pérdida de la capacidad laboral el día 22 de febrero de 2017, confirmado el dictamen No. 9550 de fecha 5 de abril de 2016, emanado de la Junta Regional de Calificación (folio 31 a 34).

Revisados los dictámenes descritos, encuentra la Sala que en efecto, al demandante no se le tuvieron en cuenta en las evaluaciones de ambas Juntas médicas realizadas, las valoraciones del Médico Cirujano Vascular de fecha 04 de noviembre de 2015, tal como consta en la Historia Clínica obrante a folio 24 del expediente, pues en dichas Juntas solo se limitaron a evaluar FRACTURA DE LA EPICRISIS SUPERIOR DE LA TIBIA Y GONARTROSIS NO

[13] Obsérvese historia clínica folio 24 y ss.
[14] Consultar, Corte Constitucional Sentencia T – 140 de 2016.
[15] Acta de Junta Regional de calificación de invalidez de Bolívar (dictamen No. 9550 del 5 de abril de 2016) folio 36 a 38 C.Ppal.

ESPECIFICADA.

Igualmente, no se tuvo en cuenta por parte de la Junta Nacional de Calificación de invalidez, la evolución en el estado de salud del demandante, tal como consta de la historia clínica aportada al plenario, pues data de fecha 31 de mayo de 2016, estudios hechos por el Médico Radiólogo-RX de Columna Dorso-Lumbar, donde se dictaminó, (Cifosis Fisiológica Dorsal, aumento de la Lordosis Fisiológica de la Columna, Lumbosacra-Angulo Lumbosacro de Ferguson de 45 grados y desviación de Columna Lumbar hacia la Derecha)[16]

También a folio 18 del expediente se evidencia, valoración por el Médico Radiólogo-RX de Rodilla Izquierda, donde se dictaminó, (Fractura de Tibia Izquierda con Formación de Callo Óseo, Pinzamiento Articular Femorrotibial, Baja Densidad Mineral Ósea y Engrosamiento de Tejidos Blandos, Osteocitos Articulares-Calcificación de Tejidos Blandos y Alargada Cara Interna Femoro-Tibial)

Así mismo, a folio 19 se observa impresión diagnóstica del especialista radiólogo- musculo-esquelético, donde se resalta, múltiples colaterales musculares a nivel de la pierna con aparente obliteración del flujo de las arterias tibial posterior, y peroné con persistencia del flujo a nivel de la arteria tibial anterior, además, fractura en proceso de consolidación de platillos tibiales, se recomienda realización de arteriografía de miembro inferior derecho.

Así las cosas, es claro para esta Magistratura, que los dictámenes expedidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y de la Junta Nacional de Calificación no cumplen con los parámetros tanto legales como jurisprudenciales que se estudiaron de manera detallada en esta providencia, razón por lo que se consideran violatorios del debido proceso del actor.

Lo anterior por cuanto, según el análisis jurisprudencial del caso, la primera regla establece que el trámite de calificación sólo puede adelantarse una vez se haya terminado la rehabilitación integral y el tratamiento o se compruebe la imposibilidad de realizarlo. Para esto, es indispensable allegar el certificado, hecho que no ocurre en el caso de marras, como quiera que se

[16] Folio 17 C.Ppal.

acaba de explicar que para la expedición de los dictámenes no se tuvieron en cuenta una serie de valoraciones médicas que dan cuenta de una clara afectación del estado de salud del actor, además tampoco se tuvo en cuenta los resultados de la cirugía practicada por el médico cirujano vascular de fecha 04 de noviembre de 2015.

La segunda regla de procedencia de la acción de tutela contra dictamen de junta médica, como se advirtió en líneas previas, señala que la valoración para determinar el estado de salud de la persona sea completa e integral; lo anterior implica el deber de las juntas de realizar un examen físico y el estudio de la historia clínica del paciente y en el sub examine, en la realización de los dictámenes, no se tuvo en cuenta la totalidad de la historia clínica del paciente, por consiguiente no se realizó una valoración completa e integral del estado de salud del accionante.

En lo atinente a la tercera regla que indica que los dictámenes deben estar debidamente motivados; es claro que en el sub lite, no se cumple dicho parámetro, pues se observa del dictamen levantado por la Junta Regional de Calificación, que en él se consigna un acápite denominado "fundamentos de calificación" no obstante este adolece totalmente de fundamentos tanto fácticos como de derecho (folio 36 y 37), y en lo que respecta al dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación, se observa que se le imprime un capitulo denominado "fundamentos de derecho" el cual si bien es cierto y resalta una serie de normas relacionadas con trámite de la calificación de invalidez, carece por completo del estudio detallado de los exámenes diagnósticos, controles médicos periódicos, de los conceptos emitidos por los especialistas, no se procuró análisis las exposiciones del recurrente para tratar de desvirtuar las inconformidades con el dictamen hecho por la Junta Regional, esto en aras de resolver las dudas del paciente en su recurso, limitándose a confirmar las decisión sin exponer los fundamentos de hecho y de derecho para la no prosperidad del recurso.

Por consiguiente, valga la pena manifestar que, en efecto, los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación deben exponer los fundamentos de hecho y de derecho, con los que se declara el origen, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la invalidez. Los fundamentos de hecho, conforme al artículo 9º del Decreto 2463 de 2001, *"son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada*

*contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio."* y los fundamentos de derechos son "todas las normas que se aplican al caso de que se trate.

En ese orden, la calificación integral de la invalidez, de la que hace parte la fecha de estructuración, deberá tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales.

En vista de manifestado, la vulneración al debido proceso alegada por el accionante está acreditada en el expediente, porque la valoración probatoria de la Junta no fue integral, sólo se basó en el análisis de aspectos biológicos y funcionales del paciente, y no tuvo en cuenta aspectos ocupacionales del calificado. Tampoco se basó en la totalidad de las valoraciones médicas hechas al paciente, y mucho menos hubo una motivación precisa que determinó la calificación del actor en un 41.44 % razón por la cual la Sala confirmará la decisión adoptada por el *A quo* en este punto.

## 3. DECISIÓN:

**En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 17 de marzo de 2017 por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE., por las razones expuestas en esta Sentencia.

**SEGUNDO: ENVÍESE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de

esta providencia.

**TERCERO:** De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

**CUARTO:** En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI. .

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 71.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**