

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda De Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17-001-33-33-006-2022-00238-02
Clase:	Tutela Segunda Instancia
Accionante:	Franky Serrano Castaño
Accionado:	Nueva EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 161

Revisa la Sala por vía de impugnación, la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 18 de julio de 2022, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la tutela promovida por el señor Franky Serrano Castaño contra la Nueva EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

I. Antecedentes

1. La solicitud de tutela.

Solicita el señor Franky Serrano Castaño le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, salud, dignidad humana, petición e integridad física y moral, los cuales considera vulnerados por las entidades accionadas; en consecuencia, reclama de la nueva EPS y de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, que de manera conjunta procedan a practicar los exámenes complementarios requeridos para la calificación de pérdida de la capacidad laboral del accionante. A su vez, reclama de Colpensiones que no sea cerrada la actuación administrativa a nombre del accionante de tal manera que, realizados los exámenes complementarios, se proceda a emitir y notificar el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

2. Sustento Fáctico.

Se indica en el escrito genitor que el accionante tiene 54 años de edad y actualmente padece de las siguientes patologías: *“PRESBICIA AMBOS OJOS, CONJUNTIVITIS CRÓNICA AMBOS OJOS, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, OTROS PROBLEMAS ESPECIFICADOS RELACIONADOS CON CIRCUNSTANCIAS*

PSICOSOCIALES, EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PERSISTENTE, TRASTORNOS DE ADAPTACIÓN, FIBROMIALGIA, RADICULOPATÍA, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, CERVICALGIA, TUMOR BENIGNO EN ENCÉFALO, GOTA, NO ESPECIFICADA, HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA y TENDINOPATIA, TENDON PATELAR IZQUIERDO”.

Cuenta que, producto de sus patologías, solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones el inicio de la actuación administrativa para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Al respecto, la referida entidad mediante oficio BZ2022_5333682-1296132 del 26 de abril último le informó que para su calificación requería de los siguientes exámenes complementarios *“VALORACIÓN OTORRINOLARINGOLOGÍA, AUDIOMETRÍAS SERIADAS 3, COPIA DE LA HISTORIA CLÍNICA DE PSIQUIATRÍA DE LOS ÚLTIMOS 3 AÑOS”*.

Expone que el 2 de mayo de la presente anualidad elevó petición a la Nueva EPS y Colpensiones solicitando que, de manera conjunta y coordinada, realizaran los exámenes complementarios ya mencionados. Así mismo, solicitó se concediera prórroga de los términos establecidos para que el caso no fuera cerrado.

Reprocha que a la fecha no ha recibido respuesta alguna por parte de aquellas entidades, por lo que, dado su estado de salud y situación económica, ello implica una afectación a su mínimo vital.

3. Admisión e intervenciones.

Mediante auto del 7 de julio de 2022, el Juzgado admitió la demanda mediante auto notificado a las entidades accionadas y al Ministerio Público.

3.1. Intervención de la Nueva EPS.

Indica que la Coordinadora de Medicina Laboral brindó respuesta a la petición del actor, indicándole que los exámenes requeridos no fueron ordenados por médicos adscritos a su red de prestadores de salud. Le explica que *“debe acercarse hacia su IPS de atención primaria (E.S.E Hospital La Merced –La Merced) para solicitar consulta por Medicina General; una vez esta le sea asignada, deberá indicar al profesional médico que atienda la solicitud, la valoración/exámenes requeridos por COLPENSIONES y sus procedimientos pendientes para que de esta forma, el médico que lo atiende en primera oportunidad conozca el motivo del porqué de las valoraciones y proceda a emitir según su criterio y pertinencia las respectivas autorizaciones para las especialidades y pruebas/exámenes diagnósticos requeridos. Dichas autorizaciones deberá radicarlas en nuestra entidad para que de esta forma el área respectiva (Salud) proceda a realizar las gestiones pertinentes para el agendamiento de las citas con los especialistas.”*

Expone que las pretensiones de la presente acción constitucional sólo podrán ser resueltas por el fondo de pensiones, como encargado de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y por ende debe ser éste quien tramité ante su grupo de interconsulta las pruebas solicitadas.

3.2. Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Informa que el señor Frankie Serrano Castaño, efectivamente, solicitó se le iniciara proceso de pérdida de la capacidad laboral. Indica que con Oficio N° 2022_53333682 del 9 de mayo de 2022 le solicitó al accionante se allegara una documentación y se practicara unos exámenes complementarios. Afirma que el accionante, a través de petición del 3 de junio de 2022, solicitó prórroga para allegar la documentación requerida y que con oficio 2022_7235855 del 5 de julio siguiente le fue concedida. Considera que la presente acción de tutela no cumple con el carácter subsidiario pues a su juicio, existe otros mecanismos judiciales en la jurisdicción ordinaria para dirimir la controversia que plantea. Solicita se deniegue la demanda por improcedente.

4. Fallo de primera instancia.

La Juez de primera instancia, mediante sentencia proferida el 18 de julio de 2022, resolvió la presente Litis en los siguientes términos:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales constitucionales a la salud y seguridad social y petición del señor **FRANKIE SERRANO CASTAÑO**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que brinde respuesta de fondo a lo solicitado por el señor Frankie Serrano Castaño el 3 de junio de 2022 en lo relacionado a practicar de manera conjunta y coordinada los exámenes complementarios y a su vez actualizar su historial clínico.

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS que de forma inmediata: ((i) entregue, si no lo ha hecho, “copia de la historia clínica completa y actualizada o resumen de la misma”, y (ii) programar y realizar “copia de la historia clínica completa y actualizada o resumen de la misma”, y (ii) programar y realizar los exámenes de “Audiometrías seriadas (No 3), con intervalo de una semana entre una y otra, y reposo auditivo de 12 horas. Se solicita valoración por otorrinolaringología no mayor a 6 meses en donde se especifique, con respecto a la patología “hipoacusia neurosensorial”: Diagnóstico actualizado, tratamientos instaurados y pendientes. Interpretación de la última audiometría realizada, por el otorrinolaringólogo. Historia clínica de psiquiatría de los últimos tres años realizadas por la EPS, en las cuales se especifique: Diagnostico (sic), examen mental, tratamientos instaurados y pendientes, pronóstico funcional”. Igualmente, se ordena a COLPENSIONES a que, una vez allegados los resultados de los exámenes complementarios solicitados, proceda sin dilaciones injustificadas a dictaminar la pérdida de la capacidad laboral al accionante.

PARÁGRAFO: COLPENSIONES deberá, una vez allegados los resultados de los exámenes complementarios solicitados, proceder sin

dilaciones injustificadas a dictaminar la pérdida de la capacidad laboral del accionante.

[...]"

La Juez encontró demostrado que el señor Franky Serrano Castaño se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud a través de Nueva EPS y que su administradora de fondo de pensiones es Colpensiones; que el 3 de mayo de 2022 solicitó a Colpensiones iniciar proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral; que Colpensiones con Oficio BZ2022-5333582-1296137 del 9 de mayo de 2022 le comunicó al accionante que debía aportar, para efectos de tramitar su solicitud, los exámenes complementarios ya referidos; que el señor Serrano Castaño elevó petición el 3 de junio último a Colpensiones y Nueva EPS solicitando se realice de manera conjunta y coordinada los exámenes complementarios y a su vez se actualice su historial clínico. Aunado a lo anterior, solicitó a Colpensiones una prórroga de los términos, para poder aportar la documentación exigida; que Nueva EPS dio respuesta a la petición el 8 de julio de 2022, exponiendo razones por las que considera no tiene obligación de practicar los exámenes solicitados por médicos no adscritos a su red de prestadores de servicios; que Colpensiones, a través de oficio del 5 de julio de 2022, brindó respuesta indicándole que se le concedió prórroga hasta el 12 de julio de 2022 para allegar los exámenes complementarios.

Frente al derecho de petición presentado ante la Nueva EPS, el *a quo* estimó configurada una carencia actual de objeto por hecho superado debido a que la misma fue respondida el 8 de julio de 2022 de forma completa pese a negar lo solicitado.

En cuanto a Colpensiones se halló una transgresión parcial al derecho de petición en la medida que el fondo de pensiones con oficio del 5 de julio le resuelve conceder la prórroga solicitada pero no brinda respuesta frente a la solicitud de practicar los exámenes complementarios de forma coordinada con la EPS.

En lo que tiene que ver con el segundo de los problemas jurídicos planteados, considera el Juzgado que la práctica de los exámenes complementarios requeridos por la Junta Médica de Colpensiones le corresponde a Nueva EPS, entidad en la que se encuentra afiliado el accionante. Lo anterior, con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional que para el efecto se sirve citar.

5. La Impugnación.

5.1. Nueva EPS.

Como primera medida señala que la historia clínica del afiliado no reposa en las bases de datos de Nueva EPS, S.A., ya que su custodia se encuentra en cabeza de las

Instituciones Prestadores de Salud (en adelante I.P.S.) que le prestan directamente la atención de servicios médicos, en consecuencia, las I. P. S. tienen la obligación de documentar y consolidar toda la información y antecedentes de salud de sus pacientes, por tener a su cargo la prestación del servicio de salud. Como sustento, cita el artículo 13 de la Resolución No. 1995 de 1999; la Ley 23 de 1981 en su artículo 34; el Decreto 1725 de 1999 Artículo 5º; y el Decreto 019 de 2012 artículo 110.

Considera que sólo en dos eventos las EPS tiene acceso a las historias clínicas de sus afiliados: i) Cuando en el marco de una labor de auditoría, la EPS tenga la necesidad de acceder al contenido de una historia clínica en particular, que está siendo custodiada por la I. P. S. auditada y, ii). En el caso en que el custodio natural, es decir la I. P. S., se liquide, caso en el cual, la historia clínica pasará a custodia del paciente o de su representante legal, pero, si ello no es posible, el liquidador la remitirá a la EPS en la cual estaba afiliado el paciente. Sin embargo, los dos eventos anteriores, no se han presentado, por lo tanto, estima que dicha entidad no cuenta con los documentos solicitados y por lo tanto no es posible actualizar una historia clínica en los términos ordenados por el Despacho.

Agrega que las pretensiones elevadas por la parte actora solo pueden ser resueltas por el fondo de pensiones, quien tiene a cargo la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, así como aplazar o no los términos dispuestos para la entrega de exámenes. De otro lado, indicar que los exámenes requeridos por el accionante y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral están a cargo del fondo de pensiones conforme se regula por la ley (Decreto 1352 de 2013, art. 17 y Decreto 780 del 2015 Artículo 2.2.5.1.14.) en tanto prevén la posibilidad de acudir a un equipo interconsulta externo de las juntas de calificación de invalidez. Todas las juntas deben llevar un directorio de profesionales o entidades Inter consultoras independientes de las instituciones de seguridad social relacionadas con el caso sobre el cual se va a emitir el dictamen, a quienes se les solicitará la práctica de exámenes complementarios o valoraciones especializadas, la confirmación de los resultados de aquellas pruebas practicadas en la primera oportunidad cuando no existe claridad sobre los mismos y otras pruebas que en concepto de la junta se requieran para emitir el dictamen.

Así pues, considera que en virtud del principio de la analogía como fuente de derecho, los gastos de traslado, las valoraciones especializadas, los exámenes médicos o pruebas complementarias que se generen en el marco del proceso de calificación de invalidez, estarán a cargo de la entidad administradora correspondiente, esto es, del Fondo de Pensiones que tenga a su cargo el proceso de calificación, y no puede asumirse que el conjunto normativo antes descrito aplique exclusivamente para el proceso de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez, pues, ante la ausencia de norma expresa que regule estas contingencias en la calificación de

primera instancia ante el fondo de pensiones, es claro que el espíritu del legislador es el de atribuir la carga económica de dichos gastos a la AFP.

5.2. Colpensiones.

Informa que el accionante se encuentra dentro de los términos para allegar la documentación faltante solicitada y que en caso de no allegarla, se procederá a dar aplicación al artículo 17 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 1755 de 2015, cerrando la actuación por entenderse desistida tácitamente; lo anterior, sin perjuicio de que, una vez el accionante cuente con la completa documentación pueda radicar nuevamente su solicitud en cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano - PAC de Colpensiones. Precisa además que Colpensiones, como entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida - RPM, no tiene injerencia alguna en los trámites tendientes a la expedición de historias clínicas o de los servicios de salud, competencia que atañe exclusivamente a las entidades promotoras de salud, EPS, por lo que, no se encuentra dentro del marco de sus competencias ni jurídicas ni funcionales lo que dispone el fallo que se ataca en ese aspecto.

Alude también a la tutela como mecanismo subsidiario y a las competencias del juez constitucional para solicitar, finalmente, la revocatoria del fallo en lo que a dicha AFP respecta.

II. Consideraciones de la Sala

El fundamento constitucional de la acción de tutela se encuentra contenido en el artículo 86 de la Carta Política, que a la letra expresa:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...) Esta acción sólo 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 (...).”

Pretendió entonces el Constituyente, garantizar mediante la acción de tutela, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que se encuentren vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos legalmente previstos, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial igualmente eficaz y oportuno para protegerlos; incluso en presencia de otro mecanismo judicial, es procedente la

protección por vía de tutela, cuando de evitar un perjuicio irremediable se trata. Con todo, la acción de tutela está instituida como mecanismo especial y supletorio.

1. Problemas Jurídicos.

En el presente caso habrá de resolver la Sala, conforme a los argumentos de las impugnaciones, los siguientes problemas jurídicos:

- 1.1. ¿Es la tutela el mecanismo judicial procedente para exigir un pronunciamiento de fondo por parte de la entidad de previsión social en relación con la solicitud de calificación de la pérdida de la capacidad laboral?
- 1.2. ¿Cuáles son las competencias de Nueva EPS y de Colpensiones dentro de la actuación administrativa iniciada por el accionante para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral?
- 1.3. ¿Atendiendo lo anterior, hay lugar a modificar el fallo de primera instancia en relación con las órdenes impuestas a cada una de las entidades accionadas?

2. Procedencia de la acción de tutela en el sub examine.

Teniendo en cuenta que uno de los argumentos planteados por Colpensiones en la impugnación del fallo de tutela es, precisamente, el relacionado con el incumplimiento de los requisitos para la procedencia de este mecanismo constitucional en el presente caso, dado que no existe la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante que le impida acudir a la vía ordinaria laboral, se hará el examen pertinente con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al respecto indica¹:

Como exigencia general de procedencia de la acción de tutela, conforme con el artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, se destaca el carácter subsidiario del cual está revestida, y que, tal como lo ha expresado la Corte en varias de sus sentencias, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo; (ii) dicho mecanismo no resulta eficaz ni idóneo para la protección del derecho; o cuando, incluso, (iii) a pesar de brindar un remedio integral, sea necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Como supuesto básico en el examen de procedencia, este Tribunal ha objetado la valoración genérica de los medios ordinarios de defensa judicial, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo puede ser considerado eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-427/18. Referencia Expediente: T-6.592.082. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. 19 de octubre de 2018.

Por esta razón, la jurisprudencia ha sido enérgica en afirmar que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto.

En el asunto sub-judice, la discusión que se propone gira en torno a la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral pretendida por el señor Vélez Cardona, cuya realización le fue negada por parte de Porvenir S.A., bajo el argumento de que le debían remitir un concepto de rehabilitación integral y copia de las incapacidades médicas que hubiere tenido el peticionario, a fin de dar inicio a dicho procedimiento.

4.4.4.1 En materia de controversias que pueden suscitarse con ocasión de la prestación de los servicios de seguridad social entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras, el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo señala que la competencia para resolverlas está en cabeza de la jurisdicción ordinaria laboral. Asimismo, el legislador atribuyó a los jueces de la misma especialidad la resolución de conflictos entre otros actores del sistema, como beneficiarios, usuarios y empleadores, exceptuando aquellos conflictos que se deriven de la responsabilidad médica y las relacionadas con contratos[23].

De esta manera, la calificación por pérdida de capacidad laboral constituye una obligación derivada del sistema de seguridad social, de suerte que los eventuales conflictos que puedan surgir entre las entidades que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se encuentran obligadas a emitir tal dictamen[24], y el afiliado que lo solicita, son ejemplos de controversias que corresponde conocer a la jurisdicción ordinaria laboral, según la regla de competencia previamente mencionada y que hace parte del Código Procesal del Trabajo[25].

4.4.4.2. En la cuestión que ocupa a la Sala, se observa que si bien existe la posibilidad de que el señor Vélez Cardona acuda ante la jurisdicción ordinaria para reclamar la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral, tal mecanismo de defensa no es idóneo ni eficaz para resolver la problemática planteada por el accionante. Ello es así, en primer lugar, porque Porvenir S.A. alega la existencia de un condicionamiento de naturaleza legal que le impide realizar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, referente a que dicho trámite exige la acreditación de incapacidades previas y del concepto desfavorable de recuperación proferido por la EPS a la cual se encuentra afiliado el actor[26], requisitos que si bien hacen parte del ordenamiento jurídico, no pueden ser satisfechos por este último, dado que en su actual condición se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud, en donde no es posible proferir tales documentos, circunstancia que obliga a abordar el estudio de este caso desde una perspectiva eminentemente constitucional, con miras a determinar si dicha limitación supone, en el asunto sub-judice, una actuación arbitraria que sacrifica los derechos a la seguridad social y al debido proceso del actor.

Y, en segundo lugar, porque la Sala observa que el señor Vélez Cardona padece una enfermedad autoinmune y degenerativa (síndrome de Guillain-Barré), que hace que con el paso del tiempo su estado de salud se deteriore y, en consecuencia, carezca de las condiciones físicas necesarias para esperar los resultados de un proceso ordinario, dado su clara condición de persona en situación de debilidad manifiesta.

La condición de salud que actualmente enfrenta el actor le llevó a solicitar la calificación de la pérdida de su capacidad laboral ante la instancia correspondiente; no obstante, durante dicho trámite se ha visto expuesto a diversos obstáculos de naturaleza

administrativa que han retardado una decisión de fondo al respecto y han comprometido derechos fundamentales como el de petición y debido proceso. Es por ello que, acudir a la vía ordinaria para reclamar una pronta respuesta frente a su petición de calificación, implica una prolongación de un procedimiento que afecta desproporcionadamente el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales como el de la seguridad social y mínimo vital. En estas circunstancias, la tutela desplaza a la acción ordinaria para procurar una respuesta oportuna del Sistema frente al requerimiento del ciudadano aquí accionante.

3. Entidad encargada de determinar inicialmente la PCL.

En orden a resolver lo pertinente, sea lo primero señalar que, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 se ocupa de establecer las entidades encargadas de determinar en primera instancia la pérdida de la capacidad laboral, calificar el grado de invalidez y el origen de la contingencia, tal y como pasa a verse a continuación:

ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Ver modificaciones directamente en la Ley 100 de 1993> El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-**, 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 una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.** 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. /Negrillas de la Sala/

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener 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 esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

[...]"

En una primera oportunidad, la determinación de la pérdida de la capacidad laboral y el origen de la misma, corresponde entre otras autoridades, a la Administradora Colombiana de Pensiones como ocurre en este caso. Ahora bien, puede suceder que, para resolver de fondo sobre tal petitum, dicha entidad requiera información adicional o actualización de la historia clínica del paciente a calificar, con el propósito de tener un panorama completo y preciso de las condiciones físicas y mentales de aquel, que le permitan arribar a conclusiones fiables.

4. Competencia frente a los exámenes complementarios.

En este sentido, comoquiera que la discusión en esta instancia se centra precisamente en determinar a cargo de quien está la **realización de exámenes** necesarios para proseguir con el mencionado trámite de calificación, se procede a citar a la Corte Constitucional², quien sobre el tema ha indicado lo siguiente:

De las obligaciones de las Empresas Promotoras de Salud como actor fundamental en el proceso de calificación de invalidez.

En la sentencia T-043 de 2007 la Corte Constitucional definió la pensión de invalidez como “la prestación económica destinada a cubrir las contingencias generadas por la enfermedad común o el accidente de trabajo que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral.” En la misma sentencia se habló de los requisitos exigidos y se dijo que “para obtener el reconocimiento y pago de esta prestación, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía el acceso a la pensión para los afiliados que fueran declarados inválidos con una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y que, a su vez, se encontraran en alguno de los siguientes eventos: Estuvieren cotizando al régimen y tuvieran aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; o hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaran aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

Así entonces el reconocimiento económico a causa de la invalidez representa para las personas un medio indispensable para su supervivencia, teniendo en cuenta que la capacidad laboral se ha visto disminuida a consecuencia de la invalidez y quienes cumplan con los requisitos contemplados en la norma tiene el derecho de acceder a ella. Por eso cuando este derecho se ve truncado por las entidades a cargo de reconocerlo de manera directa o indirectamente se atenta contra los derechos a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana.

Respecto de las pautas para determinar el estado de invalidez, la ley 100 de 1993 estableció que la misma sea determinada con base en el “Manual Único para la calificación de la invalidez” regulado por el decreto 917 de 1999, normatividad que establece los criterios para la valoración del daño corporal. Este precepto regula el proceso de calificación pérdida de la capacidad laboral y contempla la fase donde se realiza una valoración médica, se analiza y estudia la historia clínica, exámenes y todos los documentos que recojan el diagnóstico del solicitante. Esta etapa es dirigida por el médico laboral especialista en Salud Ocupacional, quien posteriormente debe rendir un informe final que será empleado por las Juntas de Calificación de Invalidez para determinar la pérdida de la capacidad laboral.

El decreto 917 de 1999, en su artículo 9º dispone las “Instrucciones generales para los calificadores” y dentro de los principios para determinar la pérdida

² T-854-10. Referencia: expediente T2722551. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C. veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010).

de la capacidad laboral se estableció que **“La calificación de la pérdida de capacidad laboral del individuo deberá realizarse una vez se conozca el diagnóstico definitivo de la patología, se termine el tratamiento y se hayan realizado los procesos de rehabilitación integral, o cuando aun sin terminar los mismos, exista un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría.”**(Negrilla fuera del texto).

En el artículo 10 de la misma normatividad se establecieron las instrucciones para los médicos interconsultores:

“Para la determinación de la pérdida de la capacidad laboral, los calificadores deberán disponer de los antecedentes técnico-médicos objetivos sobre las patologías en estudio. Estos antecedentes los proporcionan los médicos tratantes o interconsultores de las IPS a la cual se encuentre afiliado el paciente.” Para efecto de cumplir con este requisito, los calificadores deben requerir a los interconsultores el concepto técnico-médico correspondiente, cumpliendo los siguientes requisitos:

1.El médico tratante o interconsultor que realiza un peritazgo de su especialidad (reconocimiento y determinación del diagnóstico y estado clínico de determinada patología que presenta un afiliado), debe considerar que su informe será utilizado por el calificador para determinar la pérdida de la capacidad laboral que presenta dicho individuo. (Negrilla fuera del texto).

(...)

6. El médico interconsultor deberá pronunciarse exclusivamente en materia de su especialidad, sobre los puntos solicitados por el Calificador, entre los cuales pueden contenerse por lo menos los siguientes: Fecha de atención, diagnóstico, tratamientos recibidos o sugeridos, concepto y pronóstico. (Negrilla fuera del texto).

En consecuencia, el médico laboral-calificador al momento de realizar la evaluación general deberá contar con la información que determine el diagnóstico y estado clínico del solicitante, ya que el informe rendido por éste es pieza fundamental para la posterior decisión que expida la Junta de Calificación de Invalidez y si dicho profesional no cuenta con la información suficiente y pertinente para determinar en forma más precisa la magnitud y el compromiso de la patología presentada por el aspirante está plenamente facultado para ordenar a la EPS con la cual el solicitante tenga su contrato de afiliación, que suministre todo el material médico, que en el último dará certeza sobre el daño corporal y su posible incidencia en la disminución de la capacidad laboral.

Lo anterior exige, que la información clínica objeto de evaluación y análisis goce de ciertas características, como claridad, certeza, pertinencia y por supuesto ser concluyente respecto del estado actual de salud del aspirante, contar con tales precisiones es indispensable para su correcta interpretación.

De cualquier modo, en el evento que la información enviada no sea suficiente para determinar un diagnóstico definitivo de la patología padecida puede el calificador en esta fase primaria requerir a la EPS o IPS que por conducto del médico tratante o interconsultor se realicen las pruebas, exámenes y procedimientos necesarios con el propósito de emitir un informe exacto. /Resaltado de la Sala/

[...]

Téngase en cuenta, además, que el Decreto 1072 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”, establece en su artículo 2.2.5.1.6, numeral 10, lo siguiente:

Artículo 2.2.5.1.6. Funciones comunes de las juntas de calificación de invalidez. Son funciones de las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez, las siguientes:

[...]

10. Si lo considera necesario y con el fin de proferir el dictamen, **solicitar los antecedentes e informes adicionales a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos laborales, a las administradoras del sistema general de pensiones, compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y demás compañías de seguros así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario.** /Resaltado de la Sala/

Del mismo modo, establece que:

Artículo 2.2.5.1.14. *equipo interconsultor externo de las juntas de calificación de invalidez. todas las juntas deben llevar un directorio de profesionales o entidades interconsultores independientes de las instituciones de seguridad social relacionadas con el caso sobre el cual se va a emitir el dictamen, a quienes se les solicitará la práctica de exámenes complementarios o valoraciones especializadas, la confirmación de los resultados de aquellas pruebas practicadas en la primera oportunidad cuando no existe claridad sobre los mismos y otras pruebas que en concepto de la junta se requieran para emitir el dictamen.*

Las referidas normas están destinadas a las actuaciones de las Juntas Regionales y Nacional de calificación de invalidez; sin embargo, si se diera a las mismas una aplicación analógica para los eventos de calificación que en una primera oportunidad le compete hacer a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, ello debe hacerse de manera sistemática y entendiendo que el calificador puede acudir a las entidades promotoras de salud para solicitar informes adicionales en relación con el estado físico y mental del afiliado, sin que ello impida que también, de considerarlo necesario, acuda a “*interconsultores externos independientes de las instituciones de seguridad social relacionadas con el caso sobre el cual se va a emitir el dictamen, a quienes se les solicitará la práctica de exámenes complementarios o valoraciones especializadas, la confirmación de los resultados de aquellas pruebas practicadas en la primera oportunidad cuando no existe claridad sobre los mismos*”; es decir, para despejar dudas o complementar la información ya recaudada en la primera oportunidad por parte de las Instituciones de Seguridad Social.

Resulta válido afirmar que, si las Juntas de Calificación pueden apoyarse en las EPS para obtener información de primera mano en torno a la Historia Clínica del sujeto a calificar -, también lo pueden hacer las Administradoras de Pensiones que tengan bajo su responsabilidad ese mismo cometido en un primer momento o estadio de dicha actuación; ello, son las Entidades Promotoras de Salud quienes disponen de la red prestadora de servicios a la cual se encuentran adscritos los profesionales de la medicina responsables de su tratamiento y seguimiento; pero además, porque cuenta con el recurso humano y físico para realizar las evaluaciones de salud y actualizaciones de los diagnósticos necesarios para ilustrar en debida forma al calificador en cualquiera de sus instancias.

En este caso está demostrado que el accionante ha requerido a su EPS para que realice las valoraciones especializadas y los exámenes complementarios necesarios para actualizar su historia clínica y que sean sus médicos tratantes quienes se

encarguen de ello. Así mismo, se ha podido establecer que la renuencia de la Nueva EPS no encuentra fundamento constitucional ni legal alguno, por lo que incurre en la vulneración de los derechos fundamentales en cabeza del accionante; de ahí que muestre debidamente fundada la orden impartida por el a quo a dicha entidad con el fin de que realice todos los exámenes requeridos por el médico laboral de Colpensiones en aras de obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral deprecada por el afiliado.

5. Actualización de la Historia Clínica.

Tal y como lo señala la Entidad Promotora de Salud accionada al sustentar la impugnación, existe un marco legal que regula los aspectos atinentes al manejo, custodia y actualización de las Historias Clínicas de los pacientes afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es así como, el artículo 4° de la Resolución número 1995 de 1999 dispone al punto lo siguiente:

ARTÍCULO 4.- Los profesionales, técnicos y auxiliares **que intervienen directamente en la atención a un usuario**, tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas, conforme a las características señaladas en la presente resolución. /Negrilla de la Sala/

“La custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes”

Por otro lado, la Ley 23 de 1981 en su artículo 34 prevé que *“la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”*

El Decreto 1725 de 1999 por su parte señala en su artículo 5° que *“Las entidades administradoras de recursos del sistema general de seguridad social en salud tales como EPS, ARS, ARP, etc., tienen derecho a acceder a la historia clínica y sus soportes, dentro de la labor de auditoría que le corresponde adelantar, en armonía con las disposiciones generales que se determinen en materia de facturación.”*

Y el Decreto 019 de 2012³ expresa:

³ “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”

“Artículo 110. Historias Clínicas. El parágrafo 3 del artículo 13 de la Ley 23 de 1981, quedará así:

Parágrafo 3. En caso de liquidación de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas, esta entidad deberá entregar al usuario o a su representante legal la correspondiente historia clínica, para lo cual publicará como mínimo dos (2) avisos en un diario de amplia circulación nacional con un intervalo de ocho (8) días, en el cual se indicará el plazo y las condiciones para que los usuarios retiren sus historias clínicas, plazo que podrá extenderse hasta por dos (2) meses más, contado, a partir de la publicación del último aviso.

Ante la imposibilidad de su entrega al usuario o a su representante legal, el liquidador de la empresa levantará un acta con los datos de quienes no recogieron dichos documentos, y procederá a remitirla en cada caso a la última Entidad Promotora de Salud en la cual se encuentre afiliado el usuario, con copia a la dirección seccional, distrital o local de salud competente, la cual deberá guardar archivo de estas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica. La Entidad Promotora de Salud que reciba la historia clínica la conservará hasta por el término previsto legalmente.”

A partir de lo anterior se le concede la razón a la Nueva EPS cuando alega que *“sólo en dos eventos las EPS tiene acceso a las historias clínicas de sus afiliados: i) Cuando en el marco de una labor de auditoría, la EPS tenga la necesidad de acceder al contenido de una historia clínica en particular, que está siendo custodiada por la I. P. S. auditada y, ii) En el caso en que el custodio natural, es decir la I. P. S., se liquide, caso en el cual, la historia clínica pasará a custodia del paciente o de su representante legal, pero, si ello no es posible, el liquidador la remitirá a la EPS en la cual estaba afiliado el paciente.”*

En el sub examine no se presenta ninguna de dichas hipótesis y por lo tanto no existe fundamento legal para exigirle a la EPS accionada que remita a Colpensiones la copia de la historia clínica del accionante; la historia clínica de éste se encuentra en poder de las Instituciones Prestadoras del Servicio – IPS que lo han atendido durante los últimos años y por lo tanto debe el actor solicitar ante dichas instituciones dicho historial en aras de obtener las copias pertinentes y presentarlas ante la AFP Colpensiones.

Lo anterior no impide que, de ser ello necesario, Colpensiones solicite directamente los antecedentes clínicos que estime necesarios ante las IPS respectivas, en aplicación de la competencia prevista en el Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.5.1.6, numeral 10, para el caso de las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez.

Ahora bien, el hecho de que la historia clínica repose en las Instituciones Prestadoras del Servicio – IPS que han atendido al accionante, no exime a Colpensiones de responder el derecho de petición que para ese efecto le presentó el señor Serrano Castaño, pues independientemente del sentido de la respuesta, lo que se busca es

preservar el núcleo esencial de este derecho fundamental mediante una respuesta de fondo, sea ella positiva o negativa respecto de lo petitionado.

A manera de conclusión ha de decirse que, ciertamente, la protección de los derechos fundamentales invocados por la parte actora requiere de la intervención de las entidades accionadas, de acuerdo con las competencias a cada una de ellas asignadas legalmente. Vale decir, comprende la respuesta oportuna a las peticiones presentadas por el paciente durante el trámite, la realización de las evaluaciones necesarias para actualizar su historia clínica y la emisión de un dictamen de fondo por parte de la Administradora del Fondo de Pensiones.

Luego entonces, solamente estará a cargo de Nueva EPS las valoraciones y exámenes complementarios requeridos por su afiliado, razón por la cual se modificará en tal sentido el ordinal tercero del fallo de primera instancia y se confirmado en lo demás.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Se modifica el ordinal tercero del fallo de tutela de primera instancia, el cual quedará así:

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS que de forma inmediata: (i) programe y realice los exámenes de “Audiometrías seriadas (No 3), con intervalo de una semana entre una y otra, y reposo auditivo de 12 horas. (ii) valoración por otorrinolaringología no mayor a 6 meses en donde se especifique, con respecto a la patología “hipoacusia neurosensorial”: Diagnóstico actualizado, tratamientos instaurados y pendientes. Interpretación de la última audiometría realizada, por el otorrinolaringólogo.

PARÁGRAFO: COLPENSIONES deberá, una vez allegados los resultados de los exámenes complementarios solicitados, proceder sin dilaciones injustificadas a dictaminar la pérdida de la capacidad laboral del accionante.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del trámite de tutela promovido por el señor Franky Serrano Castaño contra la Nueva EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Tercero: Notifíquese este proveído en la forma ordenada por el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 306 de 1.992.

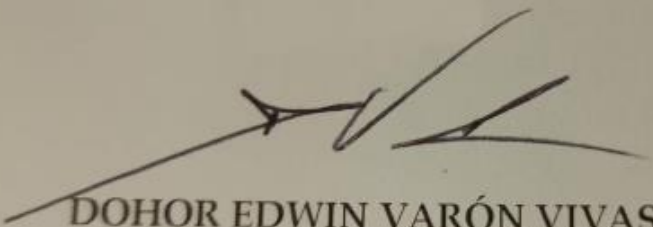
Cuarto: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión en caso de no ser impugnada esta providencia.

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Extraordinaria realizada en la fecha.

Los Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado