CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE LAS ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES PARA CALIFICAR EL ESTADO DE INVALIDEZ – Transgresión al debido proceso y la seguridad social

STEPHANIE DAYAN BRTTON NIETO

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2014

CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE LAS ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES PARA CALIFICAR EL ESTADO DE INVALIDEZ – Transgresión al debido proceso y la seguridad social

STEPHANIE DAYAN BRTTON NIETO

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho- Profundización en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Director:
Doctor Javier Antonio Fernández Sierra
Codirector:
Doctor Hernando Torres Corredor

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2014

AGRADECIMIENTOS

A Dios por guiar mi camino y mostrarme que todo en la vida tiene un momento.

Debo agradecer a mis padres por mi formación en valores y principios, a mi esposo por su acompañamiento y paciencia en las largas jornadas de estudio.

A los maestros que con su entrega y sabiduría fortalecieron el interés por este proceso académico.

RESUMEN

La calificación de la pérdida de la capacidad laboral, constituye la piedra angular en el reconocimiento de la pensión de invalidez. Mediante aquella se evalúan los aspectos funcionales del hombre y se determina no sólo el grado de afectación a la salud sino además se establece la prestación económica y su monto, la cual, según lo establecido estará en cabeza de una de las instituciones de la seguridad social.

En este contexto, se determinan normativa, jurisprudencial y doctrinariamente los lineamientos a través de los cuales la facultad para calificar el estado de invalidez en cabeza de las Administradoras de Riesgos Laborales, resulta inconstitucional en cuanto ostentar la calidad de juez y parte frente a la determinación de derechos conlleva al desconocimiento de postulados constitucionales como el derecho al debido proceso y a la seguridad social.

Palabras clave: Calificación, Invalidez, Debido Proceso, Seguridad Social, Imparcialidad, Independencia.

ABSTRACT

The qualification of the loss of disabled is the cornerstone in the recognition of the disability pension. Through that the functional aspects of man are evaluated and determined not only the degree of affectation of health but also the economic benefit and the amount, which is established will be in charge of the institutions of social security.

In this context, this research identifies legislation, jurisprudence and doctrinally guidelines through which the authority of the Insurance Companies to qualify the degree of invalidity is unconstitutional because the display quality of judge and jury against the determination of rights, leads to ignorance of constitutional principles such as the right to due process and social security.

Keywords: Qualification, Disability, Due Process, Social Security , Fairness, Independence

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 6

CAPÍTULO 1. COMPETENCIA DE LAS ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES PARA CALIFICAR EL ESTADO DE INVALIDEZ 13

1.1. Invalidez y protección del estado frente a los riesgos del trabajo 13

1.2. Calificación de la invalidez. Competencia y procedimiento. 19

1.2.1. Manual Único de Calificación de Invalidez – MUCI 27

1.3. Administradoras de riesgos laborales – estructura, funcionamiento y financiación 30

1.4. Conclusiones preliminares 35

CAPITULO 2. 38

DEBIDO PROCESO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL 38

2.1. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD COMO ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO 38

2.2. Impugnación de las decisiones de las administradoras de riesgos laborales relacionadas con la determinación de la pérdida de capacidad laboral 43

2.3. Entidades idóneas para determinar la pérdida de capacidad laboral - jurisprudencia 49

2.4. Conclusiones preliminares 52

CAPITULO 3. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FACULTADES OTORGADAS A LAS ARL PARA CALIFICAR EL ESTADO DE INVALIDEZ. 54

3.1. Derechos constitucionales violados 54

3.1.1. Derecho a la igualdad 54

3.1.2. Derecho a la seguridad social 56

3.2. Instrumentos internacionales en materia de seguridad social 63

3.3. Legislación de Argentina, independencia institucional para determinar la pérdida de capacidad laboral 68

3.4. Acción pública de inconstitucionalidad 72

3.5. Conclusiones alpreliminares 74

CONCLUSIONES FINALES Y APORTES 77

BIBLIOGRAFÍA 81

INTRODUCCIÓN Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Previo a inducir al lector sobre el cuerpo, estructura y distribución del presente trabajo, es importante recordar que la seguridad social ha sido entendida desde la concepción de necesidad social y de los medios a través de los cuales satisfacer dichas necesidades, (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977). En un sentido amplio, puede indicarse que la seguridad social como rama del derecho es el resultado de las relaciones sociales y por lo tanto su origen y evolución se encuentran íntimamente ligados al desarrollo del Estado y la Sociedad misma.

Aunado a lo anterior, es loable afirmar que la seguridad social concierne a la necesidad social de un determinado sujeto; en el entendido que las necesidades de un niño por ejemplo, atañen a la alimentación, educación y recreación, mientras que para la tercera edad, la seguridad social está estrechamente relacionada con la garantía de su supervivencia en la vejez y la satisfacción de las necesidades básicas frente a la presencia de problemas de salud, (Franco, 2000).

Desde tal perspectiva, el sistema de seguridad social puede ser entendido como la herramienta que le proporciona al hombre los medios de asistencia y protección relacionados con la afectación de la salud, la vejez, la invalidez y la muerte; sistema para el cual el Estado se constituye en el actor principal pues a este corresponde la determinación de los sujetos y condicionamientos bajo los cuales se hace efectivo.

En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política de 1991, a través de la ley 100 de1993 fue instituido el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, norma que estableció la organización del sistema en tres grandes subsistemas y los servicios complementarios; el Régimen General de Pensiones, el Régimen General de Salud y el **Régimen General de Riesgos Profesionales – hoy riegos**

laborales[1], creado con la finalidad de prevenir, direccionar y proteger a los trabajadores de las contingencias provenientes de los accidentes y las enfermedades laborales y en tal sentido se estableció no sólo la organización y estructura sino las competencias y procedimientos propios del sistema.

En ese orden de ideas, se asignó a las administradoras de riesgos laborales, las competencias generales de afiliación, cobro de cotizaciones, prevención de contingencias, protección de las enfermedades y accidentes de origen laboral y reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas, atribuyéndoles además la facultad de valorar en sus propios afiliados, las secuelas derivadas de un accidente o enfermedad laboral, siendo este último aspecto el objeto de la presente investigación.

Ahora bien, una de las consecuencias más comunes derivadas de accidentes y enfermedades laborales corresponde a la invalidez, condición que implica no sólo la afectación de la salud, sino la incidencia de tal afectación en la ejecución del trabajo, *"lo decisivo a estos efectos es el juicio médico acerca de si la alteración de la salud del trabajador le incapacita o no para realizar su trabajo, y no tanto la existencia o no de una alteración de la salud",* (Sala Franco & Salas Baena, 2007, pág. 22)

Dentro de este marco, el problema de investigación se centra en determinar si la facultad otorgada a las Administradoras de Riesgos Laborales –ARL- para calificar el estado de invalidez de sus afiliados vulnera derechos Constitucionales[2], tales

[1] El artículo 139 numeral 11 de la Ley 100 de 1993, le otorgó potestad al gobierno nacional a efectos de reglamentar el régimen de riesgos profesionales; en atención a ello, el 2 de junio de 1994, empieza a regir el Decreto – Ley 1295, a través del cual se estableció la estructuración, organización y administración del sistema general de riesgos profesionales – hoy laborales en Colombia, disposición objeto de diversos cambios legislativos. Pese a encontrarse aún vigentes algunos de sus preceptos, la Ley 1562 de 2012, constituye hoy por hoy la norma medular en materia de riesgos laborales.

[2] Entiéndase por derechos constitucionales aquellos derechos consagrados en la Constitución Política y que tienen el carácter de fundamentales, derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos; estatus que les asigna un especial trato y protección.

como el debido proceso y la seguridad social, como quiera que dichas instituciones actúan como juez y parte dentro de una misma coyuntura.

A efectos de evidenciar en casos y jurisprudencia la existencia del problema jurídico planteado, a continuación se describirán algunas sentencias de la Corte Constitucional y Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en las que se vislumbra que los dictámenes emitidos por las Administradoras de Riesgos Laborales carecen de criterios de imparcialidad e independencia, veamos:

1. Sentencia T- 119 de 2013, de fecha 12 de marzo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en el presente asunto el actor luego de sufrir un accidente de trabajo y culminado el proceso de rehabilitación es valorado por la ARP POSITIVA, entidad que emite dictamen mediante el cual se calificó la pérdida de capacidad laboral del accionante en un **0.0%** en relación con el accidente acaecido el 30 de septiembre de 2003, posteriormente la impugnación interpuesta contra dicho dictamen fue resuelta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo calificó con un porcentaje del **55.08%,** finalmente, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la ARP POSITIVA la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó un 0.0%; cabe aclarar que el dictamen de dicha Junta, se basó erróneamente en un estudio radiográfico de columna anterior a la fecha del accidente de trabajo.

Para resolver de fondo el asunto, la Corte Constitucional, dejó sin efectos el dictamen emitido por la Junta Nacional y en consecuencia ordenó a dicha entidad, iniciar un nuevo trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral al accionante.

2. Sentencia del 18 de septiembre de 2012, identificada con el radicado No. 35450, M.P. Jorge Mauricio Burgos; se resumen los hechos de la siguiente forma; luego de padecer dos accidentes de trabajo el primero el 18 de marzo de 1996 y el segundo el 14 de agosto de 2001, el demandante es valorado por

Colmena Riesgos Profesionales, ARP quien el 24 de agosto de 2001 determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del **10,9%** como consecuencia de la limitación por luxofactura de cadera izquierda.

Para resolver la impugnación presentada por el actor, el 9 de octubre de 2001, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, dictaminó al demandante pérdida de capacidad laboral de **55,05%** .

Posteriormente, en instancia de apelación la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, rindió dictamen estableciendo la pérdida de capacidad laboral en un 15,71%"

Las decisiones de la primera y segunda instancia en el caso anterior, fueron unísonas al acoger el dictamen efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez que dispuso que los accidentes de trabajo padecidos por el demandante le generaron pérdida de capacidad laboral del **55,05%.**

Al desatar el recurso de casación presentado por la ARP COLMENA, la Corte Suprema de Justicia, decide mantener incólume la sentencia objeto del recurso, basándose en el criterio según el cual los dictámenes de las Juntas de Calificación ostentan la calidad de prueba pericial y por ende la misma queda sometida a la libre apreciación del juez. En tal sentido indicó:

> De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión **aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente**, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (Resaltado fuera de texto)

3. Pese a no referirse específicamente a la determinación de la “invalidez”, en la sentencia de fecha 8 de mayo de 2013, radicación No. 40050, M.P. Jorge Mauricio Burgos, se corrobora una vez mas el problema de investigación; en este caso, la ARP SURATEP determinó en el demandante pérdida de capacidad laboral del 20,3% a causa de enfermedad profesional Hipoacusia Neurosensorial Bilateral – sordera severa; en este caso, el actor no hizo uso de los recursos de ley, no obstante decide realizarse una valoración ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la cual arrojó un porcentaje de perdida de capacidad laboral correspondiente al **41.10%.**

En concordancia con lo anterior, la sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó a la ARP demandada a reliquidar la indemnización reconocida al actor en atención a el nuevo porcentaje fijado. Si bien la segunda instancia revocó tal decisión por considerar que la demandada no fue notificada legalmente por lo que le fue vulnerado el debido proceso, la Corte Suprema de Justicia, casó dicha sentencia y confirmó la sentencia de primer grado.

4. Sentencia de fecha 24 de mayo de 2011, radicación No. 327777, acta No. 15, M.P. Gustavo Jose Gnecco Mendoza; en esta oportunidad, la ARP COLPATRIA calificó la pérdida de la capacidad laboral del accionante con un porcentaje de 34.60%, la Junta Regional de Calificación de Invalidez certificó un porcentaje del 41.51% y posteriormente la Junta Nacional dictaminó un porcentaje de **59,39%.**

Lo anterior constituye sólo una muestra de las múltiples situaciones en las cuales los porcentajes referentes a la pérdida de capacidad laboral determinados en los dictámenes efectuados por las Administradoras de Riesgos Laborales no se compadecen en forma alguna con aquellos que posteriormente emiten las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.

Observamos por ejemplo como en el primer caso, la diferencia de dichos porcentajes es abismal, pasar del **0.0%** al **55,08%** en término de derechos significa tener plena capacidad laboral a pasar a un estado de invalidez con todas las implicaciones que tal estado conlleva.

Luego, al ser las Administradoras de Riesgos Laborales instituciones de la seguridad social, que tienen a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la calificación de la invalidez, sus determinaciones carecen de criterios de imparcialidad, objetividad e independencia y, al constituir la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral el pilar principal al momento de reconocer una pensión de invalidez o establecer su monto, la competencia de calificación de la invalidez en cabeza de dichas instituciones resulta **inconstitucional**.

Para argumentar tal planteamiento, la investigación se desarrollará siguiendo un método investigativo descriptivo fundamentado en el estudio de textos, sentencias y artículos cuyos principales avances y resultados se plasmarán en tres capítulos.

El primero, describirá la competencia de las Administradoras de Riesgos Laborales para calificar el estado de invalidez; en este capítulo se abordarán temas como la protección por parte del Estado frente a los riesgos del trabajo y el estado de invalidez, la competencia y procedimiento para calificar el estado de invalidez y se realizará una breve exposición sobre la estructura y funcionamiento de las administradoras de riesgos laborales.

En el segundo capítulo, se abordará el debido proceso en la determinación de pérdida de capacidad laboral, respecto de la doble calidad de las Administradoras de Riesgos Laborales, para lo cual se analizarán los principios de independencia e imparcialidad como elementos integrantes del debido proceso.

En el tercer capítulo, se explicarán las razones que fundamentan el concepto de violación de derechos constitucionales y se hará una sucinta reseña del mecanismo mediante el cual puede someterse a control de constitucionalidad las normas que otorgaron facultades a las ARL para determinar la pérdida de capacidad laboral.

Por último se expondrán las conclusiones que permitan corroborar la hipótesis inicial planteada y se formularán consideraciones que contribuyan a la aplicación práctica de los fundamentos teóricos expuestos en el cuerpo de este trabajo.

Objetivo General

Formular diversas hipótesis a través de las cuales se pueda controvertir la constitucionalidad de las normas que otorgan competencia a las administradoras de riesgos laborales para establecer la calificación de la invalidez.

Objetivos específicos

1. **Describir** el procedimiento establecido en la legislación para la calificación de la invalidez en cabeza de las administradoras de riesgos laborales.
2. **Explicar** las razones por las cuales la calificación de la invalidez en cabeza de las administradoras de riesgos laborales vulnera el derecho al debido proceso y a la seguridad social.
3. **Identificar** la violación de derechos constitucionales a través de la facultad de las Administradoras de riesgos laborales para calificar el estado de invalidez.

CAPÍTULO 1. COMPETENCIA DE LAS ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES PARA CALIFICAR EL ESTADO DE INVALIDEZ

1.1. Invalidez y protección del estado frente a los riesgos del trabajo

Una de las contingencias que ampara el sistema, es la invalidez, entendida en un sentido amplio como la disminución de las funciones físicas y síquicas que le impide al ser humano ejecutar de forma normal sus actividades individuales, sociales y profesionales, (Arenas Monsalve, 2011)

En lo esencial, la invalidez corresponde a una categoría de incapacidad. El autor Almansa Pastor, así lo ha calificado:

> **b)** La expresión invalidez, por el contrario, reviste mayor especificidad, como una categoría de incapacidad, toda vez que la falta de los medios psicosomáticos requiere las siguientes concreciones:
> **-** Ha de ser patológica, no fisiológica, razón por la que de ella se excluye, y a la vez se distingue, de la vejez y la minoría de edad.
> **-** Se refiere a incapacidad sobrevenida, en cuanto contingencia propia del trabajador que desarrolla o ha desarrollado una actividad laboral.
> **-** Normalmente hace referencia a incapacidades superiores a la transitoria (provisional o permanente)y alude a una consideración de mayor gravedad que la incapacidad.
> **-** Por último, es explicable que en la terminología legal se hable escuetamente de la contingencia de invalidez, porque su mayor concreción le permite prescindir del calificativo laboral:
>
> La doctrina italiana, mas rica en expresiones, distingue dentro de la incapacita, la inhabilita y la invalidita. La primera hace referencia a la incapacidad fisiológica (DE LITALA) o a la incapacidad menos grave de duración temporal (DURANTE),

> mientras que la segunda se refiere a la incapacidad de origen patológico (DE LITALA) o a la incapacidad más grave de duración definitiva (DURANTE).
>
> En tal sentido, CORDINI acepta la definición de invalidez acuñada por la Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social, según la que es inválido todo individuo cuya capacidad psicofisiológica para el ejercicio de cualquier profesión correspondiente a un individuo de su mismo sexo, edad, oficio o profesión en el mercado de trabajo no le permita, después de ser sometido a los procesos de readaptación o reeducación, obtener un sueldo o salario sustancial. (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, págs. 308,309)

Más general y en un sentido netamente positivo, la legislación colombiana ha definido como persona en estado de invalidez a aquella *"(…) que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de capacidad laboral",* (Decreto 917 de 1999, artículo 2°). Entendida esta última como:

> "(…) el complejo de medios intelectuales, volitivos y físicos, que permiten utilizar provechosamente la propia eficiencia física en el desarrollo de una actividad laboral. Esto es, la concurrencia de la integridad psicosomática y de la aptitud para emplearla en una determinada actividad profesional. (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, pág. 308)

En ese orden de ideas, el sistema de seguridad social integral en Colombia, efectuó una diferenciación legal de la invalidez teniendo en cuenta si sus causas tuvieron origen o relación con el trabajo, o si por el contrario fueron ajenas a la actividad laboral desempeñada. Como consecuencia de ello, las prestaciones y normativa corresponden al sistema general de riesgos laborales y al sistema general de pensiones, respectivamente.

El sistema de riesgos laborales ha definido la invalidez de origen laboral de la siguiente forma:

> Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación, (Ley 776 de 2002, artículo 9°)

El análisis precedente a cerca de los conceptos - invalidez, capacidad laboral e invalidez laboral - , permite discernir sobre el impacto que para el ser humano implica la condición de invalidez y así mismo, colegir los lineamientos en virtud de los cuales el Estado debe propender por su protección.

Cabe considerar que a la condición o estado de invalidez, le ha sido otorgado un especial tratamiento y protección constitucional, puesto que se ha considerado que los individuos que soportan una discapacidad, invalidez e incluso la familia doliente de una persona fallecida en atención a tales condiciones, son grupos manifiestamente débiles, en los cuales la custodia debe ser materializada de forma reforzada, así lo ha establecido la Corte Constitucional:

> El artículo 13 Constitucional establece que "... El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, **física** o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan ". Igualmente, el artículo 5° Constitucional determina "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y **ampara a la familia** como institución básica de la sociedad". Finalmente, el artículo 47 de la Constitución señala que "El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran", (Corte Constitucional de Colombia, 2012)

En tal medida corresponde al Estado como garante de los derechos de los coasociados, garantizar la asistencia económica y asistencial a un trabajador que

ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral como consecuencia de un accidente de trabajo[3] o una enfermedad laboral[4], ello con el fin de asegurar la continuidad de vida de la persona afectada con el daño, en condiciones dignas.

A título ilustrado, se expondrá brevemente la evolución normativa atinente a la protección del trabajador frente a los riesgos del trabajo:

En el año 1915, fue introducida al sistema normativo colombiano la Ley 57, denominada Ley Uribe y relativa a accidentalidad laboral y enfermedades profesionales, siendo la primera ley que protegiera a los trabajadores en virtud de los peligros a los que son expuestos durante la ejecución de su trabajo habitual. (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011)

Posterior a la Ley Uribe, el Estado desarrolló una serie de normas con el fin de fortalecer la protección a los trabajadores frente a los riesgos del trabajo, estas normas en su orden fueron: Ley 49 de 1918 sobre medidas de higiene y sanidad,

[3] **Ley 162 de 2012 Artículo 3°.*Accidente de trabajo.*** Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

[4] **Ley 162 de 2012 Artículo 4°. Enfermedad laboral**. Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

Ley 37 de 1921 que estableció un seguro de vida colectivo para trabajadores, Ley 10 de 1934 que se ocupó de las enfermedades profesionales, Ley 96 de 1938 mediante la cual se crea el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, hoy Protección Social, Ley 44 de 1939 mediante la cual se crea el seguro social obligatorio, Ley 6 de 1945 por la cual se crea la Ley General del Trabajo, Ley 90 de 1946 por la cual se crea el Instituto de Seguros Sociales, Acto Legislativo 77 de 1948 por el cual se crea la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, Ley 9 de 1979 por la cual se dictan medidas sanitarias, Constitución Política de 1991, Ley 100 de 1993 por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social, Decreto 1295 de 1994, por la cual se crea el Sistema General de Riesgos Profesionales, Ley 776 de 2002 por la cual se dictan normas sobre organización, administración y prestación del sistema de riesgos profesionales, (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011). Recientemente fue expedida la ley 1562 de 2012 por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan disposiciones sobre salud ocupacional.

En desarrollo de los principios y derechos Constitucionales característicos de un Estado Social de Derecho[5] como lo es Colombia, se garantizó a grupos minoritarios y manifiestamente débiles e indefensos -*entre los cuales se encuentran los sujetos en condición de invalidez*-, el acceso a una pensión mínima que protegiera a aquellas personas que han padecido el deterioro de su capacidad laboral[6] y que por sus circunstancias no pueden auto proveerse lo mínimo para

[5] La Constitución Política de 1991, estableció a Colombia como un Estado Social de Derecho, fundado en principios tales como la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la igualdad y la prevalencia del interés general.

[6] LEY 776 DE 2002, ARTÍCULO 10. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;

b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;

sobrevivir. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional, en sentencias T-1291 de 2005 y T-092 de 2010 :

> *'la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable', debido a que ésta se convierte en la única fuente de ingresos y, por tanto, el medio por excelencia para obtener, ante la adversidad, lo necesario para mantener una familia y subsistir en condiciones dignas y justas… frente a estas condiciones esta Corporación ha concluido que 'El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud'.*
>
> *Bajo los términos anteriores la pensión de invalidez se concreta como una medida de justicia social que refuerza los principios constitucionales orientados hacia la protección especial de las personas discapacitadas, que por situaciones involuntarias o trágicas 'requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2º y 3º del artículo 13 de la C.N.)'.*
>
> *Tenemos, en conclusión, que la naturaleza de la pensión de invalidez tiene su sustento más claro en la dignidad del discapacitado y es, sin duda, uno de los elementos esenciales a través del cual se predica, en términos reales, la protección especial de éste y su integración a la sociedad, es decir, tal y como se anotó, constituye una verdadera estrategia para hacer frente a la minusvalía. En la medida en que dicha prestación constituya el único medio para que el discapacitado derive su subsistencia, adquiere una connotación fundamental que merece ser resguardada a través de la acción de tutela.*

Ahora, la materialización de los derechos positivos Constitucionales y legales relativos a la protección de la invalidez de origen laboral por parte del Estado, no pueden relevarse exclusivamente a la función de la Rama Judicial y Constitucional en su facultad de administrar justicia, es decir, la presencia del Estado debe ir más

---

c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

allá del poder coercitivo que despliega mediante sus sentencias para constreñir a entidades privadas que prestan el servicio de seguridad social.

Las funciones y procedimientos administrativos que despliegan las Administradoras de Riesgos Laborales, por mandato Constitucional, son aquellas relacionadas con la administración del sistema y la prestación del servicio, correspondiendo al Estado la disposición frente a los derechos de los afiliados.

1.2. Calificación de la invalidez. Competencia y procedimiento.

La calificación de la pérdida de la capacidad laboral constituye un factor definitivo en la configuración de derechos prestacionales de carácter asistencial y económico en favor de un afiliado; puesto que de ella depende la determinación del monto de la prestación, el origen y el momento a partir del cual se estructura la contingencia. Lo anterior implica entonces preciar el concepto de calificación:

> La Real Academia de la Lengua Española define el concepto de calificación como la puntuación obtenida en un examen o en cualquier tipo de prueba, este concepto es subsecuente al concepto de valorar, que hace referencia a estimar, apreciar, calcular el valor de algo; así pues, la calificación se vincula al concepto de valoración en la medida que la calificación es el resultado expresado en términos cualitativos o cuantitativos de la valoración realizada, en este caso, de la pérdida de capacidad ocupacional y laboral. (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011, págs. 25,26)

Establecido lo anterior, a continuación se describirá el desarrollo normativo desplegado en la legislación colombiana a efectos de establecer las competencias y procedimientos bajo los cuales se debe llevar a cabo la calificación de pérdida de capacidad laboral, en aras de definir la gravedad del daño sufrido y el origen del mismo.

Breve Reseña Histórica

Un recuento de las normas más relevantes que reglamentaron la calificación de la pérdida de capacidad laboral, puede sintetizarse de la siguiente manera:

Los conceptos de accidente de trabajo y calificación de pérdida de capacidad laboral en un sentido amplio, fueron introducidos al ordenamiento jurídico Colombiano por primera vez mediante el Decreto Ley 3743 y la creación del Código Sustantivo del Trabajo en el año 1950 (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011)

Según señalan los autores, el Decreto Ley 3743 y la creación del Código Sustantivo del Trabajo de 1950 establecieron las tablas mediante las cuales se determinaba la pérdida de capacidad laboral de una persona; posteriormente, en el año 1967 en desarrollo del Plan Nacional Hospitalario se dictó el Acuerdo 258 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el cual fijó las tablas que permitían evaluar las incapacidades originadas en virtud de una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

En el año 1983 se establecieron los Comités Nacional y Seccional de Salud Ocupacional mediante el Decreto 586, de igual forma, las tablas de evaluaciones resultantes de accidentes de trabajo fueron modificadas mediante Decreto 776 de 1987 (Ayala Cáceres, 2004) en el año 1984 se promulgó el Decreto 614, que en conjunto con la Resolución 1016 de 1989 creó el Comité de Evaluación Funcional, tal comité tenía dentro de sus funciones evaluar la relación existente entre un trabajador, su capacidad funcional y su ocupación habitual, así como también la valoración de secuelas de la enfermedad o accidente y su incidencia con su vida habitual. (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011)

La Calificación del estado de invalidez con posterioridad a la Constitución de 1991.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se transformó de forma estructural, el Estado establecido desde el año 1886; se otorgó vital importancia a los derechos de carácter fundamental y la forma de hacerlos efectivos, se determinó marcada y sistemáticamente la separación de poderes y la autonomía en cada uno de los órganos que integran las Ramas de Poder Público. Dentro de éstas grandes reformas y la demanda de un Estado Social de Derecho, no podían escapar los derechos relativos a la seguridad social.

En virtud del artículo 48 Constitucional se expidió la ley 100 de 1993 por la cual se configura el Sistema de Seguridad Social Integral; mediante ésta ley se delegó a los particulares[7] gran parte de las competencias y obligaciones que inicialmente estaban en cabeza del Estado, de ésta forma, además del Instituto de Seguros Sociales, la administración y prestación del servicio denominado *"seguridad social"* estaría a cargo de: los fondos privados de pensiones, los fondos de pensiones solidarios, las aseguradoras privadas y las Entidades Promotoras de Salud, entes a quienes posteriormente se les otorgaría competencia para calificar y determinar el estado de invalidez de sus afiliados.

Primigeniamente, los artículos 41, 42, y 43 de la Ley 100 de 1993 otorgaron competencias para calificar el estado de invalidez a las Juntas Regionales de

[7] Entiéndase por particulares a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Entidades Promotoras de Salud, Fondos de pensiones, Administradoras de Riesgos Laborales. Frente a la posibilidad de los particulares de cumplir funciones administrativas ha señalado la Corte Constitucional; "(…) *dicha prestación puede revestir tres modalidades: la primera, cuando la ley se los autoriza de manera directa; en segundo lugar, cuando la ley autoriza a las entidades públicas para que mediante acto administrativo entreguen a los particulares el ejercicio de ciertas funciones públicas, con las restricciones y condiciones fijadas por el legislador, y finalmente, cuando los particulares se incorporan a las entidades públicas para trabajar mancomunadamente con ellas"* (Corte Constitucional de Colombia, C-1002-2004)

Calificación de Invalidez, en primera instancia, y, a la Junta Nacional de Calificación en segunda; a su vez, el artículo 47 del Decreto 1295 de 1994, ordenó remitirse a lo establecido en lo normado para tales efectos en la Ley 100 de 1993, es decir, las Juntas Regionales y Nacional en primeria y segunda instancia, respectivamente, luego, mediante el artículo 3° del Decreto 1346 de 1994, se reformaron los artículos 41, 42 y 43 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que *"el estado y el origen de la invalidez, así como el origen de la enfermedad y la muerte, serían determinados por el Instituto de Seguros Sociales, las compañías de seguros y las entidades que asuman los riesgos de invalidez y sobrevivientes (…)"* y que en caso de controversia, conocerían las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de invalidez, según la instancia que corresponda.

El artículo 3º del Decreto 1346 de 1994, fue el primero en otorgar competencias a los entes de la seguridad social, para calificar la invalidez de sus propios afiliados, sin embargo, tal decreto fue declarado NULO por el Consejo de Estado, mediante sentencia de fecha abril 24 de 1997, en la cual consideró:[8]

> (…) no sería lógico conferir una nueva instancia a las entidades eventualmente obligadas al pago de la prestación para que definan el origen de las contingencias, permitiéndoles autocalificar su responsabilidad para pagar o no; recordó además que "según los artículos 42 a 45 de la Ley 100 de 1993, inequívocamente son las Juntas Regionales y la Nacional las que deben determinar la calificación y el origen de la invalidez en primera y segunda instancia, respectivamente. Esto es, que no previó la Ley que pudiera ser la misma entidad que asume el riesgo, la que lo calificara.
>
> (…)
> y es que la inconveniencia de que esas entidades pudiesen participar en la calificación de la invalidez, es elemental, de bulto, ostensible, pues de alguna

[8] Consejo de Estado, Expediente No. 11801, 24 de abril de 1997, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

manera terminarían siendo juez y parte frente a una misma coyuntura"; finalmente procedió a decretar la nulidad alegada, (Consejo de Estado - Sección Segunda,, 24/04/1997)

Pese a la anterior declaratoria de nulidad, en el año 2001 sería proferido el Decreto 2463 que nuevamente otorgó potestades a las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras de Riegos Laborales para calificar el estado de invalidez, para lo cual en los siguientes términos:

Calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral. Corresponderá a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:

(…)

3. Las entidades promotoras de salud y las entidades administradoras del régimen subsidiado, podrán calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en el evento previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

4. Las entidades administradoras de riesgos profesionales, sólo cuando se requiera determinar la incapacidad permanente parcial de sus afiliados.

5. Las juntas regionales de calificación de invalidez en primera instancia, en los siguientes casos:

a) Cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones;

b) Cuando se presenten controversias relacionadas con los conceptos o dictámenes sobre incapacidad permanente parcial, emitidos por las entidades administradoras de riesgos profesionales;

c) Cuando se presenten controversias relacionadas con los dictámenes emitidos por las entidades promotoras de salud o entidades administradoras del régimen subsidiado, respecto de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, en el evento previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993;

d) En la calificación de pérdida de la capacidad laboral de trabajadores de empresas privadas no afiliados al sistema de seguridad social, cuando se

encuentren en proceso de reclamación ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social;

e) En la calificación de pérdida de la capacidad laboral, para solicitar el pago de subsidio familiar ante las cajas de compensación familiar;

f) Para efectos de calificación de pérdida de la capacidad laboral de las personas, en la reclamación de beneficios para cotización y pensiones por eventos terroristas otorgados por el Fondo de Solidaridad Pensional y en la reclamación de beneficios en casos de accidentes de tránsito y eventos catastróficos otorgados por el Fondo de Solidaridad y Garantía;

g) Cuando se requiera calificar la pérdida de la capacidad laboral de las personas para reclamar los beneficios otorgados por la Ley 361 de 1997.

La anterior calificación no se requiere cuando una entidad administradora de riesgos profesionales, entidad promotora de salud o entidad administradora del régimen subsidiado, la hubiera calificado previamente, si esa calificación sirviera para efecto de la reclamación u otorgamiento de estos beneficios.

6. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez en segunda instancia, cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las juntas regionales de calificación de invalidez.

En el artículo 4° del mismo decreto se estableció, que las decisiones que tomen las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las administradoras de riesgos profesionales, las juntas regionales de calificación de invalidez y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sobre el grado de pérdida de la capacidad laboral, se emitirán con base en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez o en las tablas de calificación vigentes al momento de la estructuración de dicha pérdida, según sea el caso; de tal manual nos ocuparemos en líneas subsiguientes; en el mismo sentido se pronunció la Ley 776 de 2002.

Posteriormente sería promulgada la Ley 962 de 2005, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y a su vez otorgó competencia 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, **para determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias**, dejando la competencia de las Juntas Regionales y Nacional, para efectos de desatar controversias que se susciten con ocasión de la calificación realizada en primera instancia.

A continuación, se expediría el Decreto 019 de 2012 cuyo artículo 142 modificaría nuevamente el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y de paso subrogaría el artículo 52 de la ley 962 de 2005, en lo que a calificación de la pérdida de capacidad laboral así:

> **ARTICULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.**
> 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.

> 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.
>
> (…)

Es decir, se reitera la facultad que tiene el Instituto de Seguros Sociales, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, para determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

Finalmente, la Ley 1562 de 2012 - norma mediante la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional-; adicionó a través de su artículo 18, el 142 del Decreto 019 de 2012, previamente señalado.

Dicha norma al establecer la competencia para determinar en primera oportunidad el estado de invalidez y su origen, evidentemente crea una confusión procedimental pues si bien el primigenio artículo 142 otorgaba tal competencia al ISS hoy COLPENSIONES, a las ARL y a las EPS, ésta nueva disposición literalmente estipula, que "(…) *sin perjuicio de ello, la calificación en primera oportunidad corresponde a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y en caso de controversia a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez*" (Ley 1562

de 2012, artículo 17), luego, resulta ambigua la interpretación sobre a quién corresponde realmente realizar éste peritaje médico en primera oportunidad.

En lo que atañe a la estructura y ejercicio de las Juntas de Calificación de Invalidez, dicho ámbito fue reglamentado por el Decreto 1352 de 2013, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones.

1.2.1. Manual Único de Calificación de Invalidez – MUCI

Las normas que otorgan competencias a las Entidades de la seguridad social para calificar en primera instancia la invalidez, comparten algo en común: el procedimiento con base en el cual se llevará a cabo la calificación o valoración que permita establecer el grado de invalidez y su origen; este procedimiento se encuentra consignado en el Manual Único de Calificación de Invalidez – MUCI.

El primer MUCI fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto 692 de 1995, fue ésta la primera norma que dio nociones de integralidad y objetividad a los procesos de calificación de invalidez, estableciendo características técnicas de los evaluadores y dejando de lado el concepto meramente anatomista del daño para acoplarse a estándares internacionales en aras de obtener una calificación integral, (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011)

La calificación adoptada por el MUCI del año 1995, tenía como referencia tres variables adoptadas de la Asociación Médica Americana: *Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía,* variables que fueron acogidas por el Manual de Calificación que se encuentra vigente en la actualidad, desarrollado mediante Decreto 917 de 1999.

El Decreto 917 de 1999 implementó los requisitos y procedimientos para la calificación de la invalidez y la fundamentación del dictamen, así, consignó que el

concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad permanente parcial, la invalidez o la muerte de un afiliado debe fundamentarse en consideraciones de orden fáctico y el diagnóstico clínico de carácter técnico-científico, soportado en la historia clínica, la historia ocupacional y las ayudas de diagnóstico requeridas de acuerdo con la especificidad del problema.

En cuanto a los criterios para la calificación integral de la invalidez el Decreto 917 de 1999 incluyó componentes funcionales biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos de la siguiente manera:

> a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.
> b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.
> c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales,

económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.

La distribución porcentual de los criterios para la calificación total de la invalidez se efectúa teniendo en cuenta el 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

CRITERIO	PORCENTAJE (%)
Deficiencia	50
Discapacidad	20
Minusvalía	30
Total	100

En lo restante, el Manual está conformado por tres libros: el primero trata sobre las Deficiencias. Consta de catorce (14) capítulos que corresponden a la evaluación del daño o ausencia parcial o total de los diferentes sistemas orgánicos. Contiene una serie de criterios y tablas especiales de valores para calificar el daño ocasionado; el segundo trata sobre las Discapacidades, desglosadas en siete (7) categorías, que incluyen el nivel complementario de gravedad; y el tercero, define siete (7) categorías de minusvalías.

En relación con la competencia para calificar el estado de invalidez el MUCI, estableció que la calificación y expedición del dictamen sobre el estado de la invalidez corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez, en los siguientes asuntos:

a) La calificación y revisión de la pérdida de la capacidad laboral y la incapacidad permanente parcial, en caso de controversia.
b) La calificación del origen, el grado, la fecha de estructuración y la revisión del estado de invalidez.

c) La calificación del origen del accidente y de la enfermedad, con base en la Ley 100 de 1993, el Decreto-ley 1295 de 1994 y demás normas reglamentarias, en caso de controversia.
d) La calificación del origen de la muerte en caso de controversia.

Bajo el anterior compendio normativo, que comprende tanto instituciones como procedimientos, se encuentra consagrado el sistema de calificación de invalidez en Colombia, quedando indiscutiblemente clara, la competencia que les asiste a las Administradoras de Riesgos Laborales para calificar el grado y origen de la invalidez.

1.3. Administradoras de riesgos laborales – estructura, funcionamiento y financiación

El sistema de riesgos laborales en Colombia tiene las características propias de un seguro comercial, es decir, que su operación y actividad económica está enfocada en prestar servicios de seguridad, a través de la cobertura de determinados riesgos, *"En cuanto a su estructura, el sistema fue diseñado bajo un esquema de aseguramiento, asumido por entidades especializadas previo pago de un aporte a cargo exclusivo del empleador, pero siempre bajo la dirección y administración del Estado",* (Corte Constitucional de Colombia,, 2005)

Frente a los elementos y esquema de dicho sistema de seguro, ha señalado el tratadista Arenas Monsalve:

> El sistema de riesgos profesionales está diseñado esencialmente como un sistema de aseguramiento, en el cual el tomador del seguro es el empleador, por lo cual la decisión sobre la entidad a la cual se hará la afiliación corresponde exclusivamente a él; la *aseguradora* es la administradora de riesgos (ARP); los asegurados son los trabajadores, considerados en su totalidad pues se trata de un seguro colectivo, de modo que el empleador queda obligado a afiliar a todos los trabajadores a la entidad escogida; los beneficiarios del seguro son los mismos trabajadores o su

> núcleo familiar; la *prima del aseguramiento* es la cotización, cuyo costo se sitúa exclusivamente en cabeza del empleador, y – como ocurre con otros seguros- varía en función de las posibilidades de ocurrencia del riesgo; el *riesgo asegurado* propiamente dicho, es la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional y, finalmente, los *beneficios* en caso de ocurrencia del riesgo, son las prestaciones asistenciales y económicas a que tiene derecho los trabajadores que sean víctimas del accidente o enfermedad. (Arenas Monsalve, 2011, pág. 641)

En atención a lo expuesto, las administradoras de riesgos laborales, fueron creación del estatuto de seguridad social en el año 1993 y fueron concebidas como las instituciones encargadas de administrar el sistema de riesgos laborales. *"Están conformadas por empresas o compañías aseguradoras de vida autorizadas por la Superintendencia Bancaria para explotar el ramo de los seguros",* (González Rodríguez, 2006, pág. 29)

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha considerado el rol de las ARL en el marco normativo, financiero y material del sistema de riesgos laborales en Colombia; en sentencia del 3 de julio de 2003 señaló: *"Las ARP constituyen el elemento central del sistema general de riesgos profesionales, pues son ellas entidades especializadas encargadas de manejar los aportes del empleador y asegurar su correcta utilización",* (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Como se señaló en párrafos precedentes, el Decreto 1295 de 1994 fue la norma que dio paso al establecimiento del sistema general de riesgos profesionales hoy laborales en Colombia, definiéndolo e introduciendo las directrices propias del mismo y determinando a su vez, la organización y administración del sistema. En tal sentido, el artículo 77 de dicho estatuto, estableció como entidades administradoras del sistema al Instituto de Seguros Sociales y a las entidades aseguradoras de vida autorizadas por la superintendencia Bancaria; luego, se fijaron los requisitos mínimos que debían ser reunidos por las entidades

aseguradoras a efectos de funcionar como administradoras del sistema de riesgos laborales.

Es por eso que el artículo 79 del Decreto 1295 de 1994, señaló los requisitos mínimos para la conformación de las administradoras de riesgos laborales así:

> **Artículo 79**. Requisitos para las compañías de seguros.
> Las entidades aseguradoras de vida que pretendan obtener autorización de la Superintendencia Bancaria para la explotación del ramo de seguro de riesgos profesionales deberán:
> a) Acreditar un patrimonio técnico saneado no inferior a la cuantía que periódicamente señale el Gobierno Nacional, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, en adición a los montos requeridos para los demás ramos.
> b) Disponer de capacidad humana y técnica especializada suficiente para cumplir adecuadamente con la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.
> c) Conformar, dentro de su estr5uctura orgánica, un departamento de prevención de riesgos profesionales, que será el responsable de la planeación, organización, ejecución y supervisión de las actividades de que tratan los numerales 6 y 7 del artículo siguiente, o alternativamente contratar a través de terceros esta función.
> **Parágrafo transitorio.** Durante el año de 1994 las entidades aseguradoras de vida que soliciten autorización a la Superintendencia Bancaria para la explotación del ramo de seguro de riesgos profesionales, deberán acreditar un patrimonio técnico saneado no inferior a quinientos millones de pesos ($500.000.000), en adición a los requerimientos legalmente previstos para los demás ramos.

En todo caso, las administradoras de riesgos laborales desempeñan un servicio público, en cuanto son las encargadas del reconocimiento de derechos y prestaciones de los usuarios del sistema general de riesgos laborales; **servicio público en cabeza del Estado**, que por disposición de la ley ha sido conferido a particulares para su ejercicio.

Lo cierto es que la constitución de dichas entidades comprende la voluntad y la participación netamente particular y por lo tanto su estructura no se encuentra definida por la ley, sino que corresponde a la iniciativa privada señalar su composición interna, excepto la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, la cual fue establecida como estatal-[9]. No obstante, fundamentado en el servicio público que prestan, **en el reconocimiento de derechos irrenunciables y de rango constitucional**, el Estado ejerce un control directo frente a sus actuaciones.

Para efectos de la operatividad, capitalización y financiación, las ARL, deben ceñirse a las normas generales de carácter legal y administrativo fijadas por el gobierno nacional para el funcionamiento de la actividad aseguradora en el país. Las principales normas de tal ramo lo constituyen las emitidas por la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, entre las que encontramos el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto 663 de 1993, Circular externa 007 de 1996 y Circular externa 100 de 1995.

Estructura para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral

Frente a la determinación de la pérdida de la capacidad laboral, las Administradoras de Riesgos Laborales **deben contar con un grupo interdisciplinario**, el cual está conformado por profesionales de distintas ramas de la medicina y salud ocupacional, así:

- Un médico con experiencia mínima de un año específica en medicina laboral.
- Un médico especialista en medicina física y rehabilitación con experiencia mínima de dos años.

[9]http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/elministerio/RendicionCuentas/AudienciaPublica/2010-2011/POSITIVA.pdf

- Un profesional diferente del área de medicina con formación en áreas de salud ocupacional con experiencia de dos años, (Ayala Cáceres, 2004, págs. 153-154)

En este marco, el Decreto 2463 de 2001 a su turno estableció:

> El equipo interdisciplinario de las entidades administradoras de riesgos profesionales deberá ser registrado en las direcciones territoriales de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, anexando las respectivas hojas de vida de sus integrantes e informando las modificaciones que sucedan al respecto.
>
> Las entidades administradoras de riesgos profesionales llevarán a cabo el trámite de determinación de la incapacidad permanente parcial y comunicarán su decisión, en un término máximo de treinta (30) días, siempre y cuando se haya terminado el proceso de rehabilitación integral o posterior al tiempo de incapacidad temporal, según lo establecido en las normas vigentes. Los interesados a quienes se les haya notificado la decisión de la entidad administradora calificadora, podrán presentar su reclamación o inconformidad dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, debiéndose proceder al envío del caso a la junta regional de calificación de invalidez, para lo de su competencia.
>
> Cuando exista controversia por los dictámenes emitidos por las entidades administradoras legalmente competentes, todos los documentos serán remitidos directamente a la junta regional de calificación de invalidez, dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la reclamación.
>
> La entidad calificadora no podrá adelantar trámite diferente al que está obligado para la remisión del caso ante la junta de calificación de invalidez, (Decreto 2463 de 2001, artículo 5)

Finalmente, frente a la financiación de las prestaciones económicas a cargo de las ARL, a través del Decreto 2347 de 1995, se fijaron normas relacionadas con la constitución de reservas tendientes a garantizar el cubrimiento de los siniestros en el ramo de riesgos laborales, tales reservas son:

1. **Reserva de siniestros avisados:** corresponde al valor estimado de los pagos por concepto de siniestros avisados de invalidez o de sobrevivientes sobre la parte retenida del riesgo. Se calcula de manera individual para cada siniestro y se libera una vez se determine la obligación de reconocer la pensión de invalidez y sobrevivientes.
2. **Reserva matemática:** Se constituye de manera individual a partir de la fecha en que se determine la obligación de reconocer la pensión de invalidez o de sobrevivientes. El monto corresponde al valor esperado actual de las erogaciones a cargo de la ARP por concepto de mesadas.
3. **Reserva de desviación de siniestralidad:** Es acumulativa y se incrementa trimestralmente con un monto equivalente al 4% de las cotizaciones devengadas del período en la porción retenida del riesgo. Esta reserva se puede utilizar para el pago de siniestros que por su monto o naturaleza puedan injustificadamente ser considerados como catastróficos.
4. **Reservas especiales:** Se utilizan para atender los casos propios ya reconocidos por la ARP por enfermedad profesional con el fin de cubrir las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la atención. No es obligatoria, algunas ARP las constituyen y otras no.
5. **Reservas de siniestros no avisados:** Es la suma del valor promedio de la parte retenida de los pagos efectuados en los últimos tres años por concepto de siniestros no avisados de vigencias anteriores expresados en términos reales; es decir, eliminando el efecto de la inflación, quedando expresados en términos de un período base, calculados de acuerdo con el índice de precios al consumidor del último año del período considerado.
6. **Reserva de enfermedad profesional:** Es la constitución de forma gradual de una reserva que permita el cumplimiento de las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional. Esta reserva es de carácter acumulativo y sólo podrá destinarse a cubrir los montos que la ARP transfiera a otras ARP que repitan contra ella por prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional. No se puede usar para atender casos propios. (González Rodríguez, 2006, págs. 50-52)

1.4. Conclusiones preliminares

Como quedó visto, la invalidez es una de las contingencias que mayor impacto genera en el ser humano, pues le impide desarrollar con normalidad actividades cotidianas relacionadas con la vida en sociedad, familiar y laboral que antes le resultaban connaturales. En virtud de la importancia que reviste el estado de invalidez, tanto la ley como la jurisprudencia han previsto el especial amparo que merecen los sujetos inmersos en una situación de discapacidad absoluta, dada su imposibilidad para proveerse de lo necesario para sobrevivir.

La invalidez, tal y como se explicó puede originarse por accidentes o enfermedades comunes, o, por accidentes o enfermedades de origen laboral, siendo ambas amparadas mediante la posibilidad de acceder a una pensión mínima que le suministre los recursos básicos en asistencia médica y medios económicos.

El estado de invalidez de origen laboral, se configura cuando una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral, siempre y cuando la misma esté relacionada con las actividades propias de su actividad laboral; ahora para determinar la pérdida de capacidad laboral la legislación interna ha definido competencias y procedimientos a los cuales deben ceñirse las entidades calificadoras.

La evolución normativa da cuenta que primigeniamente, la intención del legislador fue la de otorgar la facultad de determinar la pérdida de capacidad y el origen de la misma a un tercero, que para tales efectos serían las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez[10], sin embargo, mediante la expedición del Decreto 1346 de 1994 se trasladaría esa facultad a las instituciones de la seguridad social y, pese a que éstas facultades fueron anuladas por el Consejo de Estado, el Decreto 2463 de 2001, la Ley 776 de 2002, la ley 962 de 2005, el Decreto Ley 019 de 2012 y la ley 1562 de 2012, en oposición de lo allí establecido,

[10] Ley 100 de 1993, artículos 41, 42 y 43 (Texto Original) y Decreto 1295 de 1994.

a ratificar las competencias de calificación en cabeza de las EPS, ARL y Fondos de Pensiones.

Para el caso de las Administradoras de Riesgos Laborales, la ley ha definido su funcionamiento semejante al de una entidad aseguradora, quien se encarga de recaudar una prima, que para efectos de la seguridad social se denomina *cotización* y que es sufragada en forma total por el empleador, de la cual se desprenden derechos y obligaciones para las partes; dentro de las obligaciones de la entidad aseguradora se encuentra la de garantizar el cubrimiento de los siniestros por la ocurrencia de accidentes y enfermedades laborales mediante la disposición de reservas especiales que la misma entidad administra. Si bien las ARL cuentan con una estructura, funcionamiento y financiación acorde a los requerimientos legales, lo cierto es que se **su doble función de calificar y reconocer prestaciones**, pone en tela de juicio el respeto de las garantías mínimas consagradas en el derecho al debido proceso; tema objeto de estudio del siguiente capítulo.

CAPITULO 2.
DEBIDO PROCESO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

2.1. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD COMO ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El derecho al debido proceso comporta el conjunto de garantías con que cuenta toda persona que se somete a un proceso judicial o administrativo, en virtud del cual se determinan derechos u obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El debido proceso ha sido definido por la Honorable Corte Constitucional, "*como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia"*, (Corte Constitucional de Colombia, C-248 de 2013)

En el mismo sentido ha señalado como elementos integradores del debido proceso, los siguientes: a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; **b) el derecho al juez natural;** c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; **e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario,** (Corte Constitucional de Colombia, C-248 de 2013)

Las normas constitucionales y de derecho internacional que regulan lo relativo al derecho al debido proceso, se encuentran consignadas de la siguiente manera:

Artículo 29 Constitución Política de 1991

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil

Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La interpretación y aplicación del artículo 8.1 citado en el párrafo inmediatamente anterior, fue desentrañado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en

sentencia 19 de fecha 19 de septiembre de 2006, caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile,* en el sentido de precisar que el debido proceso no es exclusivo de jueces y tribunales judiciales, dado que **el debido proceso debe ser observado por todos los órganos que adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas**, en virtud de la delegación de competencias por parte del Estado hacia autoridades administrativas, colegiadas y unipersonales, para adoptar decisiones que determinen derechos.

Las anteriores disposiciones nos indican que el derecho al debido proceso se predica de las actuaciones tanto judiciales como administrativas, perspectiva bajo la cual deberá entenderse que cuando los artículos 14.1 del PIDCP y 8.1 de la CADH se refieren al juez, tribunal o corte competente, tal categorización debe hacerse extensible a cualquier autoridad pública, administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013)

Las actuaciones de la administración, inclusive al haberse efectuado delegación de funciones hacia entidades particulares, deben desarrollarse en estricto cumplimiento al debido proceso, fijando todas las garantías mínimas que permitan obtener una decisión justa en aquellos asuntos en los que se decida la configuración o pérdida de derechos de cualquier ciudadano.

En efecto, dos de los elementos del debido proceso que deben garantizarse tanto en las actuaciones judiciales como administrativas, refrieren a la **independencia e imparcialidad** del juez, órgano **o *funcionario* competente**. Bajo estos principios se garantiza a todos los ciudadanos del derecho de acudir ante una persona independiente e imparcial (Juez), para que restablezca el derecho que le ha sido violado por otra persona o entidad, por más poder económico, físico, militar, material o jurisdiccional que ésta tenga, (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013).

Independencia e imparcialidad

La independencia constituye una característica del debido proceso en virtud de la cual, el juez, árbitro o funcionario que adelanta el proceso particular, se encuentra totalmente alejado de cualquier tipo de poder y/o influencia que condicione su pronunciamiento:

> La independencia marca el respeto por la libertad de decisión, solo limitada en cuanto a la obediencia al sistema jurídico, sin que se acepten presiones, órdenes o sometimiento a otros poderes institucionales o no institucionales –como grupos económicos o medios masivos de comunicación- sean o no sujetos del proceso (…). En el supuesto particular de los árbitros, a estos fines sus honorarios y gastos deben ser depositados o garantizados por las partes *ab initio* del proceso, para evitar que la mayor o menos solvencia de una de ellas influya en el resultado del laudo con el objetivo de asegurarse el cobro de sus estipendios, (Calvinho, 2013)

En el mismo sentido, en el *Seminario de Argumentación Jurídica* que tuvo lugar en México D.F., entre los días 23 y 28 de septiembre de 1996, se señaló:

> El deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos, a ser juzgados desde el derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho. El principio de independencia protege no sólo la aplicación del derecho, sino que además exige al juez que falle por las razones que el derecho le suministra, (Aguiló, 1996).

Por esto, el principio de independencia de los jueces no está dirigido a otorgarles beneficios personales, pues su finalidad consiste en la protección de abusos de poder frente a los ciudadanos, evitando que los jueces actúen de acuerdo con sus preferencias personales, (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013).

Ahora, en cuanto a la imparcialidad como principio y elemento *sine qua non* del debido proceso, tenemos que:

> No basta con que los jueces sean independientes, tienen también que ser imparciales, esto es que deben estar por encima de las partes o lo que es lo mismo, no pueden ser o comportarse como partes dentro del proceso. **Si el juez es parte los ciudadanos no tienen ninguna garantía de sus derechos**; ya que si un juez toma partido contra un ciudadano su derecho será siempre vulnerado así sea realmente inocente de aquello que se le acusa. **Con el fin de conservar la imparcialidad de los jueces es que el estado de derecho ha separado la función de investigación de la función de juzgamiento.** *(subrayas y negritas fuera del texto original)* (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013)

En esta perspectiva, la Publicación sobre principios internacionales relacionados con la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales señaló con respecto a la imparcialidad lo siguiente:

> El derecho a un juicio justo requiere que los jueces sean imparciales. El derecho a ser juzgado por un tribunal independiente implica que los jueces así como los miembros del jurado no tengan intereses en juego en un caso particular, y que no tengan opiniones formadas con respecto a las partes. Los casos solo podrán decidirse "basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna". A tales efectos, el Estado, otras instituciones y los particulares tienen la obligación de abstenerse de presionar o inducir a los jueces a que decidan de una determinada manera y los jueces tienen la obligación correlativa de comportarse en forma imparcial, (Comisión Internacional de Juristas, 2007).

La magnitud que encierra la palabra imparcialidad, incluye la ausencia de prejuicios raciales, religiosos, de amistad y sentimientos caritativos, la independencia de cualquier opinión, la ajenidad frente a cualquier dádiva o soborno, cualidades que exigen una absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser

practicada en todo asunto en el que se disponga sobre un derecho, (Alvarado Velloso, 2007).

Como puede observarse tanto independencia como imparcialidad son elementos sin los cuales no puede predicarse la existencia de un debido proceso, su desnaturalización deslegitimaría el sentido último de la justicia y la credibilidad en un Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto, es obligación de la administración fijar parámetros razonables y proporcionados bajo los cuales la función pública pueda resolver aquellos asuntos en los que se disponga sobre los derechos de los ciudadanos, de forma imparcial e independiente.

2.2. Impugnación de las decisiones de las administradoras de riesgos laborales relacionadas con la determinación de la pérdida de capacidad laboral

Los actos humanos están impregnados de la posibilidad de error, motivo que los hace susceptibles de rectificación; la impugnación se establece como la actividad predominante a través de la cual, se controvierten las decisiones administrativas o judiciales bien sea para que sean modificadas, revocadas o anuladas; *"el vocablo impugnación proviene de la raíz latina impugnatio o impugnare que significa objeción, refutación, contradicción*" (Canosa Torrado, 2009, pág. 59).

> El proceso de impugnación recibe, en general, el nombre de recurso.
>
> La idea elemental de la impugnación es que se vuelve a trabajar sobre la materia procesal, ya decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones procesales primeramente obtenidas. Tal nuevo curso o 'recurso' define el proceso montado con una finalidad impugnativa, lo cual no quiere decir, sin embargo, que ello suponga una reproducción del proceso primitivo, puesto que la impugnación puede consistir en una alteración o modificación de ese proceso, de manera abreviada o de manera modificada, aunque siempre la idea de que el trabajo procesal, en cierto modo, se repite, justifica la denominación del recurso que aquí se emplea.

> Entendida con esa amplitud la categoría de la impugnación procesal, tiene, ciertamente carácter doctrinal y no de derecho positivo estricto. Cada derecho positivo conoce sólo los tipos concretos de procesos de impugnación que su sistema legal admite, es decir, los recursos particulares que ordena. Mas es evidente que, por encima de esos tipos particulares, tiene que afirmarse la existencia de una noción general, a la que todos ellos, pertenecen, que es precisamente la del proceso de impugnación que, como concepto abstracto, es ahora manejado. (Guasp, 1968, págs. 710,711)

Así las cosas, se tiene que el mecanismo para subsanar la fiabilidad de las decisiones administrativas o judiciales son los recursos o "remedios procesales que la ley concede a quien se considera perjudicado por una resolución, para requerir, dentro de un plazo determinado, que en el mismo proceso, el mismo órgano que la dictó u otro de grado superior, la modifique o la deje sin efecto" (Arazi, 1988, pág. 226).

Frente a la definición y uso propiamente dichos del término "recurso" existen distintas acepciones y posturas doctrinarias. Así, la postura del derecho español asegura que se está de cara a un recurso cuando se pretende reparar una imposición proferida por una decisión injusta o ilegal, mientras que si lo que se busca es la reparación de una contrariedad procesal lo correcto es señalar que se trata de un remedio (Canosa Torrado, 2009), en el mismo sentido, Francisco Carnelutti, ha distinguido entre "proceso de reparación" y "proceso de renovación", señalando con respecto al primero, que constituye la corrección de una falencia en el juicio, y con respecto al segundo, que constituye el reemplazo de la providencia impugnada; por tanto quien debe resolver la inconformidad en uno u otro caso es el juez que adoptó la decisión y un juez distinto a aquel, respectivamente.

Visto de esta forma, independiente de la interpretación, para el caso colombiano, la distinción entre remedios y recursos resulta poco relevante pues no obedece a una necesidad social, ni ha sido adoptada legislativa ni doctrinariamente. (Murcia

Ballén, 1981), por lo que resulta acertado señalar entonces, que los recursos constituyen el medio para ejercer control sobre los actos de la administración cualquiera sea su motivación y naturaleza y por ende el uso inadecuado o el no uso de ellos, configura la aceptación y saneamiento de las irregularidades y planteamientos en que haya podido incurrir la autoridad.

El uso de los recursos como instrumentos procesales para garantizar derechos, ha sido concebido por instrumentos normativos internacionales con los cuales se ha conculcado su relevancia. En la Opinión Consultiva OC – 9/87, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló al respecto:

> En ese sentido debe subrayarse que, para que el recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la Ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.
> (…)
> La comisión considera que el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1. y lo dispuesto en el artículo 8.1, debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado – sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado- , de obtener una investigación a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada". (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013, págs. 96,97)

Determinado el esquema general frente a los recursos como mecanismos de impugnación, se analizará la naturaleza y procedencia de los mismos en relación con las decisiones adoptadas en primera oportunidad por las administradoras de riesgos laborales al momento de determinar la pérdida de la capacidad laboral.

Como se estableció, bajo criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalía se evalúan los componentes funcionales del ser humano, y en concreción de dicha función, las instituciones de la seguridad social emiten sus conceptos mediante documentos denominados "dictámenes" en los cuales se determinan los grados de pérdida de capacidad laboral de los asegurados.

En dichos dictámenes, se describen además de los criterios arriba señalados para concluir el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, el origen (común o profesional) y la fecha en la cual se estructura dicha pérdida.

Entre las modificaciones introducidas por el Decreto – ley 019 de 2012 al procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral, se encuentra el trámite a seguir en caso de inconformidad frente a lo dispuesto por las instituciones de la seguridad social (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), al momento de calificar en primera oportunidad; para lo cual estableció:

> (…)
> 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. (Decreto - Ley 019 de 2012, artículo 142)

De lo señalado en el texto normativo, se evidencia que el legislador pretendió consagrar el principio de la doble instancia a efectos que el superior jerárquico de las instituciones de la seguridad social (Juntas regionales y Nacional) revise y si hubiere lugar modifique la decisión impugnada, sin embargo no se puede pasar por alto, que *"para que el recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la Ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla"* (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013),

Aunque las decisiones adoptadas por las ARL son impugnables ante las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, es importante tener en cuenta que uno de los requisitos exigidos por tales entidades a efectos de emitir un concepto, consiste en la cancelación previa de los honorarios de los miembros de las juntas, los cuales en principio, por disposición legal deben ser sufragados por las entidades de previsión social:

> Los honorarios que se deben cancelar a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, de manera anticipada, serán pagados por la Administradora del Fondo de Pensiones en caso de que la calificación de origen en primera oportunidad sea común; en caso de que la calificación de origen sea laboral en primera oportunidad el pago debe ser cubierto por la Administradora de Riesgos Laborales, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Trabajo.
>
> El Ministerio de Trabajo dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará la materia y fijará los honorarios de los integrantes de las juntas, (Ley 1562 de 2012, artículo 17)

De lo anterior resulta claro que los honorarios de las juntas debían ser sufragados por las respectivas entidades de previsión social, criterio que ha compartido la H. Corte Constitucional en sentencias como: C-154 de 2000, T-236A de 2002, T-033 de 2004, T-142 de 2008, T-208 de 2010 y T-043 de 2013, sentando ésta última lo siguiente:

> Bajo ese entendido, queda claro que según lo señalado por la ley y la jurisprudencia de este tribunal, las Juntas de Calificación de Invalidez, tienen derecho a recibir el pago de sus honorarios; sin embargo, va en contra del derecho fundamental a la seguridad social exigir a los usuarios asumir el costo de los mismos como condición para acceder al servicio, pues son las entidades del sistema, ya sea la entidad promotora de salud a la que se encuentre afiliado el solicitante, el fondo de

pensiones, la administradora o aseguradora, la que debe asumir el costo que genere este trámite, para garantizar de manera eficiente el servicio requerido.

El pasado 26 de junio de 2013 fue publicado el Decreto 1352 de 2013, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez y se dictan otras disposiciones; respecto de los honorarios de las juntas de médicos dispuso:

> (…)
> Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez recibirán de manera anticipada por la solicitud de dictamen, sin importar el número de patologías que se presenten y deban ser evaluadas, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente de conformidad con el salario mínimo establecido para el año en que se radique la solicitud, el cual deberá ser cancelado por el solicitante.
> (…)
> Cuando el pago de los honorarios de las Juntas Regional y/o Nacional de calificación de invalidez hubiere sido asumido por el interesado, tendrá derecho al respectivo reembolso por parte de la entidad que conforme al resultado del dictamen le corresponda asumir las prestaciones ya sea la Administradora de Riesgos Laborales, o Administradora del Sistema General de Pensiones, en caso que el resultado de la controversia radicada por dicha persona, sea a favor de lo que estaba solicitando, en caso contrario, no procede el respectivo reembolso, (Decreto 1352 de 2013, artículo 20)

En todo caso, y pese a estar plenamente legal y jurisprudencialmente establecido que corresponde a las administradoras de riesgos laborales, asumir los honorarios que ocasiona la remisión de la controversia a las Juntas de Calificación de Invalidez, no basta señalar que dichas entidades al omitir la realización de dicho trámite o al hacerlo de forma tardía, dilatan de forma injustificada el procedimiento de calificación de los afiliados, situación que conlleva al desconocimiento del acceso eficaz al derecho a la seguridad social.

2.3. Entidades idóneas para determinar la pérdida de capacidad laboral - jurisprudencia

A raíz de los múltiples vacíos normativos e interpretativos que ha conllevado la formulación de la ley de seguridad social en Colombia - Ley 100 de 1993 - y sus decretos reglamentarios, las Cortes Constitucional y Suprema en su Sala Laboral se han visto abocadas a llenar dichos vacíos y a plantear fórmulas y soluciones frente a temas específicos.

El sistema general de riesgos laborales no ha sido ajeno a tales formulaciones, razón por la cual se avanzará en el análisis de las sentencias proferidas por las altas Cortes a cerca de la competencia para determinar la pérdida de la capacidad laboral en primera oportunidad.

Al respecto, se destacan los reiterados pronunciamientos a través de los cuales se ha precisado no sólo la calificación de la invalidez como pilar fundamental para el reconocimiento de derechos de la seguridad social, sino también y principalmente el marco de competencia para el desarrollo del mismo.

En una confrontación de las normas propias de la calificación de la invalidez, a partir del año 1997, la Corte Suprema de Justicia – en su sala de casación Laboral, ha establecido una línea jurisprudencial predominante, según la cual el estatuto general de seguridad social fue diáfano al encuadrar el procedimiento de calificación en dos instancias. En el cerco de esas instancias, erigió la competencia para determinar la disminución de la capacidad laboral en cabeza exclusiva de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, en primera instancia y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en segunda. Al respecto concluyó, en sentencia del 16 de diciembre de 1997:

> Es por lo anterior que bien puede afirmarse que el querer del legislador del año de 1993 fue, en primer lugar, sacar de la órbita de las mismas entidades o personas

> llamadas a cubrir el riesgo de invalidez, la determinación de ese estado y, en segundo término, que una discusión respecto a un hecho que requiere ser dilucidado de una manera científica, fuera del conocimiento y tratado desde esa óptica por personas expertas en la materia, inclusive facilitando el acceso al mismo porque valga resaltar los costos que implica esa actuación, al tenor del artículo 43 de la ley 100 y 37 del decreto reglamentario 1346 de 1994, deben ser cubiertos por la entidad administradora a que esté afiliado el solicitante, (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 1997)

Bajo las anteriores premisas, la Corte Suprema de Justicia, **hace alusión a la tan mentada sentencia del 24 de abril de 1997 proferida por el Consejo de Estado mediante la cual dicha corporación decretó la nulidad del numeral 1º del artículo 3º del decreto 1346 de 1994**, por considerar que el sentir del legislador al promulgar la ley 100 de 1993 no fue el de otorgar a las mismas entidades encargadas de reconocer las prestaciones de la seguridad social la facultad de calificar el estado invalidez.

Según la anterior línea argumentativa y con fundamento en lo dispuesto en la sentencia 9978, las sentencias 11910 del 29 de septiembre de 1999, 40050 del 8 de mayo de 2013 fueron claras al establecer que los únicos entes revestidos legalmente para emitir el dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral de una persona son las Juntas regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, en primera y segunda instancia, respectivamente, así lo expresó el órgano de cierre:

> “Los artículos 41, 42 y 43 de la ley 100 de 1993 no manejan el tema del reconocimiento de la pensión de invalidez como presupuesto procesal. El 41 establece que el estado de invalidez de un asegurado se determina con base en lo dispuesto por los artículos 42 y 43, siguientes. El 42 dice que en las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen. Y el artículo 43 crea la Junta Nacional para la Calificación de los Riesgos de Invalidez en orden a resolver las

> controversias que en segunda instancia sean sometidas a su decisión por las Juntas Regionales o Seccionales respectivas.
>
> Nada indica entonces en esos tres preceptos la intención siquiera tácita de crear un procedimiento, gubernativo o de otra naturaleza, previo al juicio y ante entes privados. Pero aún suponiendo que lo hubiera pretendido, operaría por fuerza la excepción de inconstitucionalidad y la consiguiente inaplicación de esa preceptiva por ser contraria al esquema constitucional que sitúa en el órgano jurisdiccional la facultad del Estado para la definición de los conflictos y el del reconocimiento de una pensión es uno de ellos, (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 1999)

A través de la sentencia C- 1002 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993. Al efecto, fue contundente al señalar que el fin de las Juntas de Calificación de Invalidez no es otro que efectuar la evaluación técnico – científica del grado de pérdida de la capacidad laboral de los asegurados, evaluación que se constituye en el elemento fundamental para el reconocimiento o rechazo del derecho en juego; al tenor literal señaló:

> No obstante, del texto de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 se tiene que mientras las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez califican en primera instancia la invalidez y determinan su origen, la Junta Nacional de calificación de Invalidez resuelve en segunda instancia las controversias que sean sometidas para su decisión por las juntas regionales o seccionales respectivas, lo cual, en principio, sugiere que dichos organismos ostentan una potestad de resolución de conflictos que podría catalogarse como jurisdiccional.
> (…)
> Los procedimientos adelantados por las juntas de calificación de invalidez no tienen naturaleza administrativa ni jurisdiccional, porque su finalidad es exclusivamente la certificación de la incapacidad laboral para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales que la requieren.
> (…)

> Como las competencias asignadas a las juntas de calificación de invalidez son exclusivas, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral con efectos obligatorios no ha sido asignada por el legislador a otro particular, lo cual da a entender que la función asignada es una función pública, en donde no convergen las fuerzas de la iniciativa privada ni las disposiciones sobre competencia comercial, (Corte Constitucional de Colomia, 2004)

Al realizar el estudio de constitucionalidad del artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, frente al procedimiento para determinar el origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional en cabeza de las instituciones de la seguridad social, la Corte Constitucional apoyó su decisión en la tesis según la cual:

> "(…) resulta lógico que quienes tienen la obligación de atender las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la declaratoria de un siniestro por accidente o riesgo profesional sean quienes puedan establecer la ocurrencia del mismo con el fin de asegurar una rápida y eficiente prestación de los servicios y solo en caso de controversia se acuda a otras instancias. Esta es una alternativa por la que optó el legislador extraordinario para organizar la administración del sistema de riesgos profesionales y asegurar la eficiente prestación de sus servicios que se enmarcaba claramente dentro de las facultades que le fueron conferidas y en este sentido mal puede considerarse vulnerada la Constitución", (Corte Constitucional de Colombia, 2005)

Cabe reiterar que la Corte consideró que el legislador con la formulación de esta norma – Decreto 1295 de 1994 - pretendió organizar el sistema de riesgos profesionales y asegurar la prestación de sus servicios de forma eficiente, mas no establecer un sistema de calificación de la invalidez, pues el mismo se encontraba reglado en las normas de la ley 100 de 1993.

2.4. Conclusiones preliminares

El debido proceso es un conjunto de garantías que se predica tanto de procedimientos judiciales como administrativos, haciéndose extensible su

obligatoriedad a cualquier autoridad pública, administrativa, legislativa o judicial, inclusive cuando la administración ha delegado sus funciones a entidades particulares como es el caso de las Administradoras de Riesgos Laborales.

Dentro de las principales garantías del debido proceso, garantías sin las cuales este simplemente no existiría, se encuentran, la garantía de un juez independiente e imparcial y el uso efectivo e idóneo de los medios de impugnación. La independencia judicial debe ser entendida como la ajenidad del juzgador frente a presiones u órdenes de cualquier persona o entidad, incluso si esta no presenta interés alguno frente al asunto a resolver.

La imparcialidad en un sentido amplio significa que el juez no puede ser ni comportarse como parte en el proceso y, el derecho al uso efectivo de los medios de impugnación, hace referencia a la posibilidad que tienen las partes de controvertir las decisiones adoptadas bien sean de carácter administrativo o judicial.

Expuesto lo anterior, es claro para que se predique la existencia de un debido proceso debe respetarse *la imparcialidad* como el principio fundamental del mismo; en virtud de tal principio se busca que el juez, tribunal, autoridad administrativa o particular con funciones públicas y capacidad de disposición de derechos, actúe con total independencia sobre el asunto sometido a su juicio y así evitar que se convierta en juez de la propia causa.

Finalmente, resalta la jurisprudencia que se ha ocupado de establecer como entidades idóneas para determinar el estado de invalidez a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, bajo el argumento según el cual para la realización de éste procedimiento el legislador únicamente previó dos instancias, de competencia exclusiva de las juntas.

CAPITULO 3. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FACULTADES OTORGADAS A LAS ARL PARA CALIFICAR EL ESTADO DE INVALIDEZ.

3.1. Derechos constitucionales violados

Las normas expuestas en el capítulo anterior, las cuales otorgan competencia a las Administradoras de Riegos Laborales para calificar en primera instancia el grado y origen de la invalidez se constituyen en violatorias de derechos constitucionales.

3.1.1. Derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política[11], establece la obligación constitucional del Estado Colombiano de materializar la igualdad real y efectiva, entre los grupos que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental.

En este aspecto, se recuerda que las personas que padecen un accidente de trabajo y/o enfermedad laboral, son consideradas sujetos de especial protección por parte del Estado; su condición de discapacidad e invalidez generalmente les

[11] **ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

impide un desenvolvimiento igualitario de las actividades que normalmente desarrolla una persona en óptimas condiciones de salud, sumado a la inevitable merma de una actividad laboral que permita obtener su sustento.

La pensión de invalidez de origen laboral como una contingencia cubierta por el sistema general de seguridad social debe encontrarse encaminada a la protección de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, así las cosas, pese a que la prestación del servicio denominado *seguridad social* actualmente se encuentra en cabeza de varios entes de carácter privado, como las Administradoras de Riesgos Laborales, lo cierto es que el Estado debe dirigir y supervisar la prestación de tal servicio.

Las normas que facultan a las Administradoras de Riegos Laborales para calificar en primera instancia la invalidez de los afiliados, no garantiza la obligación Constitucional de protección a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, pues pese a que el proceso de valoración médica se torna más *eficiente* al ser directamente la entidad aseguradora quien emita un concepto médico, la expedición rápida de un dictamen por parte de las ARL no garantiza *per se* la veracidad del mismo, por el contrario deja en entredicho su objetividad, debido a que es la misma administradora quien asumirá el pago de la prestación.

La capacidad con que cuentan las Administradoras de Riegos Laborales para eventualmente disponer de los derechos pensionales de los afiliados, no es una medida que garantice la efectividad de la igualdad real frente a personas discapacitadas o inválidas, por el contrario sitúa al afiliado en una situación de desventaja frente al prestador del servicio, siendo obligación del Estado adoptar todas las medidas que considere necesarias para disminuir las condiciones desiguales en que se encuentra el asegurado frente a la empresa privada.

3.1.2. Derecho a la seguridad social[12]

Almansa Pastor, hace una diferenciación entre la seguridad social vista desde lo político y de lo jurídico; desde lo político la concibe como el *"fin perseguido de protección de la necesidad social"* (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, pág. 74) y desde lo jurídico hace una sub categorización según la cual la seguridad social puede concibe en tres escenarios:

El primero y en términos restrictivos se puede considerar como un *"instrumento protector dirigido a remediar las contingencias derivadas de los riesgos sociales a través principalmente de la mecánica de los seguros sociales",* esto es: Medida protectora del riesgo, (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, pág. 75).

El segundo escenario, el futurista, entendiendo que sus letras fueron escritas en el año 1977, el autor la concibe *"como instrumento protector, que garantiza el bienestar material, moral y espiritual de todos los individuos de la población, aboliendo todo estado de necesidad social en que éstos puedan encontrarse. O bien como sistema estatal normativo, orgánico e instrumental, que permite a todos los ciudadanos mantenerse establemente libres de toda necesidad (PETRILLI)"*, (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, pág. 76).

[12] El artículo 48 de la Constitución Política establece: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.
El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.
La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.
La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.
Texto adicionado mediante Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo texto no es relevante para la acusación de violación.

Frente a los principios básicos sobre los cuales debe cimentarse la seguridad social, cita el de universalidad, igualdad, solidaridad, **unidad de gestión, entendido este bajo el sistema de política pública en cabeza del Estado, *"en virtud de la responsabilidad directa y exclusiva de éste"*** y un principio que denomina de "*Generalidad objetiva*".

En tal perspectiva, los primeros cuatro principios están inmersos en el ordenamiento jurídico colombiano, fundamentados en el artículo 2 de la Constitución Política al conceptualizar como fines del estado entre otros, promover la prosperidad general, "*y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…), entre ellos los de la seguridad social, la cobertura en pensión y salud bajo principios de universalidad, solidaridad y eficiencia; siendo el deber ser de la autoridades de la República, el de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, **y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares**".*

En el mismo sentido y de forma tácita lo consagran los artículos 50, 52, 53 y 54 y, de forma expresa los artículos 48 y 49 constitucionales. Tales postulados fueron adicionalmente desarrollados en la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias.

La tercera concepción jurídica vista por el autor, como "presente", *"depende de cada ordenamiento en concreto y de la medida en que haya podido desprenderse de los lastres de la previsión social para acercarse a los principios de la seguridad social arquetípica. Pero ya sabemos que ese acercamiento se halla condicionado por los medios financieros (…) que (…) (…) limitados*", (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, pág. 78)

En este marco conceptual, el autor propone como definición de la seguridad social desde una perspectiva jurídica: *"como el instrumento estatal especifico protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección preventiva reparadora y recuperadora, tienen derechos los individuos, en la extensión, límites y condiciones que las normas dispongan, según permite su organización financiera"*, (Almansa Pastor, Derecho de la seguridad social, 1977, pág. 80)

Por su parte, la legislación colombiana la denomina "Seguridad Social **Integral**" y la concibe como

> "El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad", (Ley 100 de 1993, Preámbulo)

En una concepción mas amplia, resulta ineludible el estudio del derecho Fundamental a la Seguridad Social a la luz de los derechos fundamentales al mínimo vital, y la igualdad; al respecto la Honorable Corte constitucional, en sentencia T–658 de 2008, manifestó:

> "(…) el diseño y funcionamiento del Sistema general de seguridad social no sólo encuentra sustento en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, sino adicionalmente en el artículo 13 de la Carta, en la medida en que su implementación sigue el ineludible compromiso asumido por la organización estatal consistente en la erradicación de todas las formas de marginación social y discriminación que se opongan a la realización plena de la dignidad humana."

Adicionalmente se hace necesario verificar las disposiciones y pronunciamientos internacionales en torno al derecho a la Seguridad Social, al respecto el Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la observación No 19 "El derecho a la seguridad social (artículo 9)" y expresó: *"El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto"*.

Habida cuenta de lo anterior podemos dar cuenta que la calidad de fundamental de la Seguridad Social está íntimamente relacionada con el goce y disfrute de los derechos humanos, teniendo en cuenta que con la protección de éste derecho, para el caso de la invalidez, se intenta menguar el impacto negativo que naturalmente produce la falta de recursos económicos para cubrir necesidades básicas, tales como alimentación, vestuario, salud y sostenimiento de un hogar.

Del análisis precedente, cabe preguntarse; ¿la facultad de las Administradoras de Riesgos Laborales, para calificar en primera instancia, el estado de invalidez vulnera el derecho fundamental a la Seguridad Social?

Las Administradoras de Riesgos Laborales fungen **como juez y parte dentro del proceso de reconocimiento y pago de una pensión de invalidez**, esto significa que su posición inexorablemente se encuentra comprometida con la configuración y disposición frente a derechos de la seguridad social, específicamente el derecho a la pensión de invalidez[13].

De igual forma es importante destacar los siguientes presupuestos:

[13] Es preciso reiterar que la pensión de invalidez tiene por finalidad la protección de las personas que han sufrido una mengua significativa en su capacidad laboral, razón por la cual el ordenamiento ubica a estas personas en un sector de especial protección dada su condición de debilidad manifiesta como quiera que dicha condición mental o física impacta categóricamente en su calidad de vida, en su dignidad, mínimo vital y la eficaz materialización de otros derechos fundamentales.

1. El “dictamen”[14] o calificación de la pérdida de capacidad laboral, es la evaluación médica que determina el estado de salud.
2. Como se indicó previamente, el estado de salud de una persona, en consideración al grado de afectación, requiere de una protección específica por parte del Estado a través del Sistema de Seguridad Social Integral.
3. Si el origen de la afectación es de origen laboral, está en cabeza de la aseguradora –ARL-, la prestación económica y asistencial.
4. Si el grado de afectación de la salud por riesgo laboral lo determina la misma entidad obligada a suministrar la prestación económica, como ya se dijo, puede ser determinado en beneficio de esta y no del calificado.
5. En este orden, la probable parcialidad de la entidad que actúa como juez y parte afecta directamente el derecho a la seguridad social de quien es calificado.

Cabe considerar que pese a haberse delegado a las ARL la administración del sistema general de riesgos laborales, no les es dado constitucionalmente, determinar quienes y bajo qué condiciones se configuran derechos de la seguridad social derivados de los riesgos laborales, tales como la pensión de invalidez.

La razón no es otra que en un Estado social de Derecho, a través del voto, loS ciudadanos delegamos al Congreso de la República la función de **delimitar los derechos**, es decir, para que estableciera a cargo de quien, los sujetos, la forma como se protegen los derechos, el procedimiento, entre otros, sin que pueda

[14] En la página 46 de este documento se señaló: “Como se estableció, bajo criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalía se evalúan los componentes funcionales del ser humano, y en concreción de dicha función, las instituciones de la seguridad social emiten sus conceptos mediante documentos denominados “dictámenes” en los cuales se determinan los grados de pérdida de capacidad laboral de los asegurados. En dichos dictámenes, se describen además de los criterios arriba señalados para concluir el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, el origen (común o profesional) y la fecha en la cual se estructura dicha pérdida.

subrogar dicha función a un ente público diferente al Presidente de la República[15], mucho menos a uno particular.

En efecto, si las Administradoras de Riesgos Laborales tal como están reguladas en la actualidad, ostentan la calidad de juez y parte y, en consecuencia, establecen los sujetos de derecho y las condiciones de reconocimiento, **extralimitarían las funciones para las cuales fueron creadas en contravía del propio marco constitucional.**

El Estado en su calidad de garante tiene la potestad y función de **regular**, ello significa que no es dable permitir que alguien ajeno a el pueda regularlo; situación que se presentó cuando se asignó a las Administradoras de Riesgos Laborales la calificación de la invalidez, convirtiéndolas se reitera, en juez y parte.

Respalda lo anterior, lo establecido en los artículos 2 y 48 de la Carta Política en cuanto señalan:

> Son **fines[16] esenciales[17] del Estado**: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

---

[15] El numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política estableció la posibilidad de revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir por ejemplo normas con fuerza de ley siempre que la necesidad o la conveniencia pública lo requieran. Sin embargo esta facultad no es absoluta, puesto que la misma no puede conferirse para la expedición de códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las relacionadas con los servicios administrativo y técnicos de la ¿s Cámaras, ni para decretar impuestos.

[16] La Real Academia de la lengua define el término “fin” como el “Objeto o motivo con que se ejecuta algo”

[17] La Real Academia de la lengua define el término “esencial” como “sustancial, principal, notable”

> **Las autoridades de la República** están instituidas para **proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra**, bienes, creencias, y **demás derechos y libertades**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En el mismo sentido el artículo 48 constitucional establece:

> **Se garantiza** a todos los habitantes el **derecho irrenunciable a la Seguridad Social**.
>
> **El Estado**, **con la participación de los particulares**, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.
>
> La **Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley**. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.
>
> La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

En resumen, las competencias de radicadas en cabeza de las Administradoras de Riesgos Laborales, solamente competen a la administración y prestación de los servicios; por tanto, la facultad de calificación de la invalidez desvía la obligación del Estado frente a la dirección, coordinación y dirección en la prestación del servicio denominado seguridad social, pues deja en manos de Particulares no sólo la prestación del servicio, sino además y de forma irresponsable la calificación de requisitos para la determinación de un eventual derecho.

3.2. Instrumentos internacionales en materia de seguridad social

Son variadas las normas de derecho internacional, que se han ocupado de plasmar y garantizar el desarrollo de la seguridad social y los derechos que de ella devienen. Tales normas han conferido un tratamiento de tal magnitud al tema de la seguridad social, que sus textos han sido recogidos a nivel universal; argumento suficiente para en el presente acápite hacer un recuento de las más relevantes disposiciones en la materia.

> Parecería que la globalización, tan mentada y tan presente en el mundo de los negocios, el de la información o de las comunicaciones, también lo está siendo en el mundo del Derecho. A la luz de esta evolución el Derecho Internacional, que hasta hace relativamente poco tiempo parecía formar parte de un deber ser teórico y, para algunos, puramente declamatorio, ha adquirido una nueva vitalidad, para asumir todas las características de una fuente de Derecho tan indispensable de conocer como la propia ley nacional. (Bronstein, 2010, pág. 97)

Sobre la incorporación de las normas de derecho internacional en el ordenamiento interno, “La mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos no indica la forma precisa en la que han de ser incorporados a los ordenamientos internos; el derecho internacional ha dejado a los Estados, según su organización, sus sistemas normativos y la forma que hayan designado para asumir los convenios internacionales en su legislación, la posibilidad de diseñar mecanismos propios”, (Corte Constitucional de Colombia, T-568 de 1999).

Cabe destacar que para el caso de Colombia, la mayoría de normas internacionales tienen su fundamentación y aplicación a través del denominado bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93 de la Carta Política, según el cual los tratados y convenios internacionales ratificados constituyen el patrón interpretativo de los derechos y prerrogativas de orden constitucional; siendo la Corte Constitucional la encargada de determinar la integración o no de un tratado a la legislación interna.

Tratándose de los convenios internacionales ratificados y relacionados con el derecho al trabajo, el artículo 53 de la Carta establece que los mismos hacen parte de la legislación interna.

Colorario a lo anterior, a continuación se expondrán las normas que en el contexto internacional responden al enfoque y salvaguarda de la seguridad social:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos[18] en sus artículos 22° y 23° consagra la seguridad social como derecho, su satisfacción y la protección al trabajo; específicamente el artículo 25 hace relación al "derecho que tiene toda persona a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"

En el artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") "Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social (…). En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. (…)", aprobado por la Ley 319 de 1996.

A su vez, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[19], establece la protección al derecho a la salud a través de medidas sanitarias y sociales como la asistencia médica[20], igualmente establece el derecho al trabajo en condiciones dignas y bajo una remuneración que le permita llevar un nivel de vida conveniente[21]. En lo que ha seguridad social concierne, el artículo 16° la

[18] Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

[19] Adoptado en el año 1948 por la Organización de Estados Americanos.

[20] Artículo 11°, Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre.

[21] Ídem artículo 14.

establece como una prerrogativa a través de la cual se proteja a las personas frente a eventos como “la desocupación, a la vejez y la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[22], este instrumento fue concebido a efectos de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y las libertades humanos, razón por la cual prima el derecho de igualdad ante la ley y la protección de la ley en el marco de la igualdad, por ende se prohíbe cualquier tipo de discriminación frente a una condición social determinada.

El Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales[23], basado en el reconocimiento y prevalencia de la dignidad humana, establece en sus artículos 6°, 7° y 8°, el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren una remuneración (a igual trabajo, igual salario), condiciones de existencia dignas tanto para el trabajador como para su familia, **seguridad e higiene en el trabajo**, promoción en el empleo, descanso y limitación de la jornada laboral, en lo que a seguridad social se refiere, el artículo 9° lo reconoce como derecho de toda persona; concretamente el artículo 12° hace alusión al derecho a la salud y señala entre las medidas tendientes a asegurar su protección y garantía, “b). El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo - OIT, a través de distintos instrumentos normativos ha desarrollado el tema de la seguridad social y sus alcances de forma declarativa; entre ellos, destacamos:

[22] Instrumento adoptado en 1966 por la Organización de las Naciones Unidas.

[23] Instrumento adoptado en 1976, por la Asamblea General de las Naciones Unidas

El Convenio 017 de 1925, en este Convenio, se establece la obligación a los Estados miembros de garantizar una indemnización a los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo; claramente los artículos 5° y 7°, señalan que en caso que los accidentes de trabajo ocasionen una **incapacidad permanente** en el trabajador, la indemnización correspondiente debe pagarse en forma de renta y en el evento de requerir la ayuda de una tercera persona una indemnización adicional; es decir, estos artículos hacen relación tácitamente al reconocimiento de una pensión en caso de invalidez de origen laboral. Así mismo, prevé el compromiso de cada país en adecuar su legislación a efecto de salvaguardar el pago a las víctimas de las indemnizaciones a que haya lugar.

En lo que ha enfermedad profesional se refiere, los artículos 1° y 2° del Convenio 18 de 1925, consagran la garantía de una indemnización a efectos de reparar la ocurrencia de aquella-, de igual forma enumeraron algunas sustancias productoras de enfermedades profesionales.

Algunos Convenios como el 62°, 167°, 170° y el 174°, se ocuparon de las directrices sobre seguridad y salud en sectores de la industria específicos como la edificación, construcción, utilización de productos químicos e industrias mayores.

El Convenio 102 de 1952, es considerado la norma mínima en seguridad social, en ella se instituyen elementos como la asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por desempleo, prestaciones por vejez. La parte VI del Convenio en sus artículos 31° a 38° y parte XI, artículos 53° a 58°, prevén lo relacionado con las prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional y las prestaciones de invalidez, con relación a este último estado señaló:

> La contingencia protegida deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta

ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad.

En cuanto a las prestaciones por vejez, invalidez y muerte, el Convenio 128 de 1967, precisó, las características y condicionamientos de cada una de las prestaciones; así, el artículo 35° fijó:

1. Cada Miembro deberá asumir la responsabilidad general respecto al suministro conveniente de las prestaciones que se concedan en aplicación de este Convenio y deberá adoptar todas las medidas necesarias a este efecto.
2. Cada Miembro deberá asumir la responsabilidad general respecto de la buena administración de las instituciones y servicios encargados de la aplicación de este Convenio.

Por su parte, el Convenio 159 de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, se encarga de definir el concepto de inválido en los siguientes términos:

Parte I. Definiciones y campo de aplicación.
Artículo 1°.

1. A los efectos del presente Convenio, se entiende por ***persona inválida*** toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

Los Convenios 155 de 1982 y 187 de 2006, dispone el primero, lo relativo a la seguridad social, salud, higiene y medio ambiente en el trabajo, mientras que el segundo consagra la promoción y prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Atendiendo a lo reglado en las anteriores herramientas normativas y con miras a salvaguardar el derecho a la seguridad social, las legislaciones internas han

adoptado de forma acertada y coherente las directrices recogidas en tales compendios internacionales.

3.3. Legislación de Argentina, independencia institucional para determinar la pérdida de capacidad laboral

Desde tiempos antiguos por medio de leyes y estatutos, los Estados y sus sistemas de poder han buscado la forma de reconocer los daños soportados por los coasociados y al mismo tiempo reparar sus consecuencias a través de una compensación o beneficio. (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 241)

Para discutir el problema de investigación y destacar argumentos que conlleven al respaldo de la hipótesis planteada, resulta indefectible el estudio de la competencia de calificación de la pérdida de la capacidad laboral en legislaciones con estructura análoga a la colombiana, para tales efectos la legislación objeto de estudio corresponderá al país de Argentina. En esa línea, el presente apartado pretende describir de forma somera, el procedimiento para calificar la pérdida de capacidad laboral y en ese orden establecer que institución o ente se encuentra revestido de tal competencia dentro del sistema de seguridad social del país analizado.

Cada país ha adoptado un sistema de calificación específico basado en normas, instituciones y procedimientos idóneos teniendo en cuenta criterios de orden fáctico, jurídico, técnico y administrativo.

> Los sistemas de calificación pueden estar conformados por las entidades que califican, el Estado que define la normatividad al respecto de la calificación, así como otra serie de procesos administrativos y legales a través de los cuales las personas pueden acceder a: ser valoradas por el instrumento, a la compensación generada de acuerdo al resultado del instrumento y además a controvertir en caso de un desacuerdo frente a la forma o resultado en que se ha determinado el monto de esa compensación. (Moreno, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 235)

En Argentina el sistema de riesgos del trabajo, fue creado como un subsistema de la seguridad social a través de la Ley No. 24.577 promulgada el 3 de septiembre de 1995. Con la promulgación de dicha norma, se dio paso a una concepción de prevención de los riesgos del trabajo pues anteriormente su estructura estaba contemplada bajo un esquema netamente de reparación de las enfermedades y accidentes laborales. “Como pregunta el profesor Mosset Iturraspe: “¿Puede haber un incentivo más fuerte para ‘no dañar’ que la amenaza de una condena judicial por resarcimiento? No de una ‘condena simbólica’ a pagar unas monedas sino de una que importe una traducción razonable del perjuicio” (Shick, 2013, pág. 54)

La Ley 24.557 denominada Ley de los riesgos del Trabajo, estableció los parámetros generales de organización, situaciones cubiertas, prestaciones reconocidas y demás del subsistema de riesgos. Adicionalmente la Ley general determinó los sujetos intervinientes dentro del sistema y determinó las funciones propias de cada institución.

Como actores del sistema de riesgos del trabajo y en cuya cabeza encomendó la gestión de las prestaciones señaló:

1. Aseguradoras de Riesgo del Trabajo – ART; son entidades privadas con ánimo de lucro que tienen a su cargo la gestión de las prestaciones y demás acciones previstas en la Ley de riesgos del Trabajo. Las Superintendencias de Riesgos del Trabajo y de Seguros de la Nación son los organismos facultados para autorizar el funcionamiento de las ART, previo el cumplimiento de requisitos mínimos tales como solvencia financiera, infraestructura, entre otros.

   Es explícita la norma al señalar que el único objeto que tendrán las ART es el otorgamiento de las prestaciones que establece la ley, de igual forma indica los derechos, deberes y obligaciones frente a los afiliados, las

entidades de vigilancia y el sistema en general[24]. Nótese que en ninguno de sus apartados la norma de riesgos del trabajo argentina otorga facultades a los entes administradores para calificar y determinar la pérdida de capacidad laboral de los afiliados.

2. La misma Ley 24.577 crea la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), como entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. Su principal función se enmarca en el ámbito de supervisión, vigilancia y regulación del cumplimiento de la ley de riesgos del trabajo.

En cuanto las contingencias protegidas se refiere, la legislación argentina las clasifica de conformidad con la severidad del daño sufrido y su afectación en la realización de las tareas habituales del trabajador; así, cuando el daño sufrido por el trabajador le impida temporariamente la realización de sus tareas habituales se configura una incapacidad laboral temporaria[25] que puede cesar o convertirse en una incapacidad mayor.

---

[24] **Ley 24.577 - ARTICULO 31.** — Derechos, deberes y prohibiciones.
1. Las Aseguradoras de Riesgos del Traba)o:
a) Denunciarán ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluido el Plan de Mejoramiento;
b) Tendrán acceso a la información necesaria para cumplir con las prestaciones de la LRT:
c) Promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas:
d) Mantendrán un registro de siniestralidad por establecimiento:
e) Informarán a los interesados acerca de la composición de la entidad, de sus balances, de su régimen de alícuotas, y demás elementos que determine la reglamentación:
f) No podrán fijar cuotas en violación a las normas de la LRT, ni destinar recursos a objetos distintos de los previstos por esta ley;
g) No podrán realizar exámenes psicofísicos a los trabajadores, con carácter previo a la celebración de un contrato de aflicción

[25] Ley 24.577 - ARTICULO 7° — Incapacidad Laboral Temporaria.
1. Existe situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cuando el daño sufrido por el trabajador le impida temporariamente la realización de sus tareas habituales.
2. La situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cesa por: .
a) Alta médica:
b) Declaración de Incapacidad Laboral Permanente (ILP);
c) Transcurso de un año desde la primera manifestación invalidante;
d) Muerte del damnificado.

El artículo 8° de la norma de riesgos del trabajo argentina, define la incapacidad laboral permanente como aquella situación en la que el daño sufrido por el trabajador le ocasiona una disminución permanente de su capacidad laborativa, señala además que "será total, cuando la disminución de la capacidad laborativa permanente fuere igual o superior al 66%, y parcial, cuando fuere inferior a este porcentaje"[26]

Frente a la determinación de la incapacidad laboral permanente y la garantía de aplicación de criterios frente a la evaluación de las incapacidades, señala los incisos 3° y 4° del artículo 8°:

> 3. El grado de incapacidad laboral permanente será determinado por las **comisiones médicas de esta ley, en base a la tabla de evaluación de las incapacidades laborales**, que elaborará el Poder Ejecutivo Nacional y, ponderará entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral. (Subrayado nuestro)
> 4. El Poder Ejecutivo nacional garantizará, en los supuestos que correspondiese, la aplicación de criterios homogéneos en la evaluación de las incapacidades dentro del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) y de la LRT.

¿Qué son las comisiones médicas en la legislación Argentina?, la definición legal de estas comisiones se encuentra establecida en el artículo 51° de la Ley 24.241 según el cual:

> **Artículo 51.—** Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central estarán integradas por cinco (5) médicos que serán designados: tres (3) por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y dos (2) por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, los que serán

[26] Ley 24.557 – Artículo 8°, numeral 2°

> seleccionados por concurso público de oposición y antecedentes. Contarán con la colaboración de personal profesional, técnico y administrativo.
>
> Los gastos que demande el funcionamiento de las comisiones serán financiados por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en el porcentaje que fije la reglamentación.
>
> Como mínimo funcionará una comisión médica en cada provincia y otra en la ciudad de Buenos Aires.

Como se observa, las comisiones médicas son terceros autónomos que no representan los intereses de las Administradoras de Riesgos del Trabajo, por el contrario dependen de las Superintendencias, en tanto sus actuaciones son independientes e imparciales respecto del asunto puesto a su consideración y sus decisiones son proferidas con total respeto a la ley y al debido proceso.

3.4. Acción pública de inconstitucionalidad

La Constitución Política de 1991 consagró la acción de inconstitucionalidad, comúnmente llamada acción de inexequibilidad, como la facultad que tienen todos los ciudadanos colombianos de acudir ante la el máximo órgano de lo Constitucionalidad, cuando evidencien que la normas expedidas por el legislador contradicen o vulneran normas Constitucionales.

Dentro de las competencias de la Corte Constitucional para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, el artículo 241 de la Carta Política estableció:

> A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
>
> 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
>
> (…)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los **artículos 150 numeral 10** y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. (…)

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. (…)

La acción de inconstitucionalidad se caracteriza por ser pública y no oficiosa, cuyo ejercicio no se encuentra limitado por el fenómeno de caducidad, excepto que se trate de vicios de forma dado que para ello se ha establecido un término de caducidad de un año contado a partir de la publicación del acto.

Los parámetros bajo los cuales debe ser presentada y tramitada la demanda de inconstitucionalidad se encuentran determinados en el Decreto 2067 de 1991; el escrito contentivo de la demanda deberá contener:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.

2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.

3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.

4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, y

5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el control de constitucionalidad no es exclusivo de la vulneración de normas constitucionales, sino que se hace extensible a normas de rango internacional que en virtud del

bloque de constitucionalidad ingresan a nuestro ordenamiento jurídico, así lo recordó (Araujo Rentería, El bloque de constitucionalidad, 2013):

> En la sentencia C- 200 de 2002, la Corte tuvo la oportunidad de reiterar que el control de constitucionalidad no sólo debe realizarse frente al texto formal de la Constitución Política, sino también respecto de otras disposiciones que tienen jerarquía constitucional y, por ende, hagan parte del bloque de constitucionalidad estricto sensu.
>
> Es decir, que en relación con los tratados internacionales, esta Corte ha dejado sentado que salvo remisión expresa de normas superiores, únicamente constituyen parámetros para el ejercicio del control de constitucionalidad aquellas (sic) convenios internacionales, que satisfagan los presupuestos del artículo 93 de la Constitución Política, en cuanto i) hubieren sido ratificados por el Congreso, ii) reconocen derechos humanos y, iii) se prohíba su limitación en los estados de excepción, los cuales prevalecerán en el orden interno.

3.5. Conclusiones alpreliminares

Las normas que facultan a las Administradoras de Riesgos Laborales para determinar la pérdida de capacidad laboral y el origen de la misma, que para el efecto en la legislación colombiana corresponde al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, viola principalmente el artículo 29 de la Constitución de 1991 relativa al debido proceso, de ahí se desprende además la vulneración de derechos como la igualdad y la seguridad social.

Lo anterior, se reitera teniendo en cuenta que la competencia otorgada a las Administradoras de Riesgos Laborales para valorar y/o calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral o estado de invalidez, viola los elementos integrantes del debido proceso, atendiendo que la misma aseguradora tiene disposición sobre futuros derechos pensionales y prestacionales que dependen exclusivamente del resultado que refleje el dictamen médico, en tanto, inexorablemente e independiente de la veracidad de peritajes médicos, la función

de calificación convierte a las ARL en juez y parte dentro del mismo asunto, situación que a la luz del debido proceso resulta completamente reprochable y contrario a la Constitución.

Es evidente que en correspondencia con la realidad social y los desarrollos normativos internacionales, la Constitución Política de Colombia de 1991, consagró un concepto amplio de la seguridad social enunciado por la Corte Constitucional en los siguientes términos; *"incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona"*[27]

En lo esencial, la Carta Política de 1991, confirió rango constitucional a la seguridad social, estableciéndola como derecho irrenunciable de carácter general, esto es, garantizado a todos los habitantes y como servicio público que se presta bajo la dirección, en coordinación y con vigilancia del Estado y que debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La disposición del núcleo de derechos relativos a la seguridad social en cabeza de un ente cuyas decisiones inciden directamente en sus intereses, en este caso económicos, atenta contra la materialización de los fines del Estado constitucional como es la salvaguarda de las garantías mínimas que permitan el desarrollo del hombre en sociedad.

En ese orden de ideas, la materialización del derecho a la seguridad social, corresponde al Estado, a quien en su calidad de garantista le asiste la obligación de organizar la estructura de las instituciones encomendadas para la prestación del servicio, así como la estructura procedimental en procura de la correcta operatividad y funcionamiento.

[27] Ver, sentencias C-107 de 2002 y C-408 de 1994

La acción pública de inconstitucionalidad que materializa el objeto práctico del presente trabajo, se enfoca en el cuestionamiento del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, teniendo en cuenta que es la norma vigente que determina los lineamientos para llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Es importante aclarar, que si bien la ley 1562 de 2012, es la norma mas reciente en materia de riesgos profesionales, la misma no previó modificación alguna frente a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, sino como quedó visto únicamente adicionó lo ya establecido en el Decreto 019 de 2012, adición que en nada toca la competencia funcional establecida en dicha norma.

CONCLUSIONES FINALES Y APORTES

El estudio realizado a través del cual se estableció la competencia de las administradoras de riesgos laborales para calificar el estado de invalidez, el debido proceso en la determinación de la pérdida de capacidad laboral y la inconstitucionalidad de las facultades otorgada a las ARL para calificar el estado de invalidez, permiten efectuar consideraciones con las cuales se corrobora la hipótesis planteada.

Así, ostentar la condición de juez y parte, genera que las decisiones adoptadas carezcan de criterios de imparcialidad e independencia que permitan el desarrollo efectivo del derecho al debido proceso y consecuencialmente a la seguridad social.

En ese orden, la facultad para calificar el estado de invalidez en cabeza de las Administradoras de Riesgos Laborales transgrede el debido proceso, en tanto tienen a su cargo el eventual reconocimiento económico de prestaciones producto de la calificación que ellos mismos efectúan.

Se puede concluir además que el interés económico conduce a la parcialidad en las decisiones, con base en ello, se recuerda que el capital con el que las Administradoras de Riesgos Laborales funcionan y realizan operaciones económicas, es netamente privado en tanto su régimen financiero corresponde al de una compañía de seguros, cuyas reservas son manejadas por la misma aseguradora dentro de un mercado en el que prima la rentabilidad.

Por otra parte, la facultad de calificación de la invalidez tal como se encuentra consagrada normativamente, vulnera el derecho a la seguridad social por cuanto como se indicó en el desarrollo del trabajo, no es ajustado a la Constitución Política y a los fines del Estado asignarle a un particular la facultad de determinar quiénes son los sujetos de derecho y mucho menos las condiciones bajo los

cuales se protege y asigna el derecho, lo anterior en el entendido que el Estado es el único que constitucionalmente cuenta con la potestad de configurar la protección de los derechos de las personas.

Así mismo, partiendo del principio de la buena fe y sin adentrarse en la discusión de si el acto de calificar se encuentra bien o no ejecutado por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales, lo cierto es que tal facultad resulta riesgosa frente al reconocimiento de prestaciones derivadas de tal calificación puesto que con esta competencia le es dado disponer indiscriminadamente de los derechos de la seguridad social en riesgos laborales de los afiliados.

Pese a que la legislación y la jurisprudencia han sido un tanto **tímidas pero claras** frente a la improcedencia de la facultad de calificar en cabeza de las instituciones de la Seguridad Social, el desarrollo del presente trabajo evidenció la manifiesta vulneración de derechos ante la ejecución de esa competencia.

En este punto vale la pena traer a colación los argumentos esbozados el 24 de abril de 1994, por el H. Consejo de Estado en cuanto decretó la nulidad del inciso 1 del Decreto 1346 del mismo año. La ratio decidendi de ésta sentencia, lo constituye el argumento bajo el cual en palabras literales ***"no sería lógico conferir una nueva instancia a las entidades eventualmente obligadas al pago de la prestación para que definan el origen de las contingencias, permitiéndoles autocalificar su responsabilidad para pagar o no"****;* recordó además que *"según los artículos 42 a 45 de la Ley 100 de 1993,* ***inequívocamente son las Juntas Regionales y la Nacional las que deben determinar la calificación y el origen de la invalidez en primera y segunda instancia, respectivamente****. Esto es, que* ***no previó la Ley que pudiera ser la misma entidad que asume el riesgo, la que lo calificara****.*

Por último concluyó que *"(…) y es que la inconveniencia de que esas entidades pudiesen participar en la calificación de la invalidez,* ***es elemental, de bulto,***

ostensible, pues de alguna manera terminarían siendo juez y parte frente a una misma coyuntura*"*.

En atención a ello, y teniendo en cuenta que la declaratoria de nulidad se profirió solamente frente a la calificación del origen a través de la cual se establece la entidad encargada de la prestación y el tratamiento médico, ahora, frente a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, que es la que permite definir la prestación económica y el monto de la misma, **resulta lógico, elemental, ostensible, de bulto** que esa facultad no puede encontrarse en cabeza de un particular que se verá patrimonialmente afectado con dicha determinación.

El principio de eficiencia bajo el cual se inspiró la determinación de facultar a las entidades de seguridad social para calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, **nunca puede implicar la regresión y desmejora de los derechos de los afiliados**; resulta inadmisible que éste principio prevalezca sobre derechos de rango constitucional fundamental como lo es el debido proceso y la seguridad social.

Establecido que la facultad para calificar el estado de invalidez no puede encontrarse en cabeza de las ARL; por ser como se explicó juez y parte dentro de una misma coyuntura, debe delegarse la ejecución de tal procedimiento a un tercero imparcial e independiente. La solución no es otra que atender a lo previsto primigeniamente por el legislador de 1993 en el entendido que son las Juntas Regionales, en primera oportunidad y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en segunda instancia las entidades idóneas; a efectos de evitar el cercenamiento de derechos fundamentales.

A efectos que la solución planteada no resulte en contravía de los postulados de eficiencia y celeridad, resulta indispensable que un vez recaiga la competencia de calificación en cabeza de las Juntas Regional y Nacional, las entidades de vigilancia y el Ministerio de Protección Social, efectúe los correctivos necesarios a

efectos que las administradoras de riesgos laborales, cancelen en tiempo los honorarios requeridos por las Juntas para llevar a cabo la calificación tal como actualmente está establecido en la ley, ello con miras a que los procedimientos ante las Juntas no se vean represados por dicho fenómeno.

Aunado a lo anterior, en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso y la seguridad social, resulta indispensable que el legislativo establezca una norma específica frente al trámite de calificación consagrando un procedimiento claro y expedito en el que se indique por los menos: las entidades idóneas independientes e imparciales, acciones, etapas, términos, reglas que deben acatar los intervinientes en el proceso de calificación y demás elementos que contribuyan a evitar la vulneración al derecho al debido proceso y el acceso a las prestaciones asistenciales y económicas de la seguridad social.

Por último, el análisis constitucional del artículo 142 del Decreto 019 de 2012 que a su vez subrogo la ley 962 de 2005, y que para efectos prácticos de la presente investigación sería objeto de acción constitucional, es plenamente procedente bajo el entendido de haberse promulgado por el Presidente de la República en uso de las facultades otorgadas por el Congreso de la República, de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política y el artículo 241 ibídem.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, J. (1996). *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. Obtenido de www.cervantesvirtual.com: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_04.pdf

Almansa Pastor, J. M. (1977). *Derecho de la seguridad social* (Segunda ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.

Almansa Pastor, J. M. (1977). *Derecho de la seguridad social.* Madrid: Tecnos.

Alvarado Velloso, A. (2007). *La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa, Colección de derecho Procesal Contemporaneo.* Editar.

Araujo Rentería, J. (2013). El bloque de constitucionalidad. *Congreso Internacional de derecho Procesal Garantista y Constitucional.* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Araujo Rentería, J. (2013). El bloque de constitucionalidad. En C. d. CESJUL, *Derecho Procesal Garantista y Constitucional* (págs. 75-131). Bogotá: Nueva Jurídica.

Arazi, R. (1988). *Elementos de Derecho Procesal.* Buenos Aires: Astrea.

Arenas Monsalve, G. (Septiembre- Octubre de 2002). Situación actual y perspectivas del Sistema de Riesgos Profeisonales. *Actualidad laboral y Seguridad Social*(113), 19-24.

Arenas Monsalve, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social* (Tercera ed.). Bogotá: Legis.

Arenas Monsalve, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social.* Bogotá: Legis.

(artículo 17). *Ley 1562 de 2012*.

Ayala Cáceres, C. L. (2004). *Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales* (Tercera ed.). Bogotá: Ediciones Salud Laboral Ltda.

Bronstein, A. S. (2010). La utilización de los Convenios de la OIT por los tribunales nacionales. *Revista de derecho laboral, Doctrina, Jurisprudencia, Actualidad*, 97-123.

(C-1002-2004). *Corte Constitucional de Colombia*.

Calvinho, G. (2013). Los derechos humanos en la teoría del proceso. *Congreso Inernacional de Derecho Procesal Garantista y Constitucional* (pág. 216). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Canosa Torrado, F. (2009). *Manual de recursos Ordinarios.* Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

Castillo Cadena, F. (2011). La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones. *Vniversitas*, 77-116.

Comisión Internacional de Juristas. (2007). *icj.com*. Obtenido de http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/04/International-Principles-on-the-Independence-and-Accountability-of-Judges-Lawyers-and-Procecutors-No.1-Practitioners-Guide-2009-Spa.pdf

Consejo de Estado - Sección Segunda,. (24/04/1997). Expediente 11.801. *C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora,*.

Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2000). Sentencia C-154/2000. *M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo*.

Corte Constitucional de Colombia. (19 de Marzo de 2002). Sentencia C-200/2002. *M.P. Alvaro Tafur Galvis*.

Corte Constitucional de Colombia. (12 de Junio de 2002). Sentencia C-452/2002. *M.P. Araujo Rentería, Jaime*.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-556/2003. *M.P. Clara Ines Vargas Hernández*.

Corte Constitucional de Colombia. (12 de Octubre de 2004). Sentencia C-1002/2004 . *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*.

Corte Constitucional de Colombia. (22 de Enero de 2004). Sentencia T-033/2004. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C- 855/2005. *M.P. Alvaro Tafur Galvis*.

Corte Constitucional de Colombia. (7 de Diciembre de 2005). Sentencia T-1291/2005. *M.P. Clara Ines Vargas Hernández*.

Corte Constitucional de Colombia. (15 de Febrero de 2008). Sentencia T-142/2008. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*.

Corte Constitucional de Colombia. (23 de Marzo de 2010). Sentencia T-208/2010. *M.P. Juan Carlos Henao Pérez,*.

Corte Constitucional de Colombia. (16 de Febrero de 2012). Sentencia T-092/2012. *González Cuervo, Mauricio*.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-146/2012. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de Abril de 2013). Sentencia C-248/2013. *M.P. González Cuervo, Mauricio*.

Corte Constitucional de Colombia. (12 de marzo de 2013). Sentencia T -119/2013. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.

Corte Constitucional de Colombia. (28 de Enero de 2013). Sentencia T-043/2013. *M.P. Mauricio González Cuervo*.

Corte Constitucional de Colombia (C-248 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia (T-568 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia,. (17 de Agosto de 2005). Sentencia C-855/2005. *M.P. Alvaro Tafur Galvis*.

Corte Constitucional de Colomia. (2004). Sentencia C-1002/2004. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*.

Corte Constituciuonal de Cpolombi. (s.f.).

Corte Consttucional de Colombia. (4 de AbriL de 2002). Sentencia T-236A/2002. *M.P. Jorge Montealegre Lynett*.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (16 de Diciembre de 1997). Radicación 9978. *M.P. Fernando Vásquez Botero*.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (8 de Mayo de 2013). Radicación 40050. *M.P. , Jorge Mauricio Burgos Ruiz*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (16 de Noviembre de 1997). Radicación No. 9978. *M.P. Fernando Vásquez Botero*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (29 de Septiembre de 1999). Sentencia 11910. *M.P. Germán G. Valdez Sánchez*.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (24 de mayo de 2011). Radicación 327777 Acta No. 15. *M.P. Gustavo Jose Gnecco Mendoza*.

Corte Suprema de Justicia, Sala laboral. (18 de Septiembre de 2012). Radicación 35450. *M.P. Jorge Mauricio Burgos*.

Corte Suprema de Justicia, Sala laboral. (8 de mayo de 2013). Radicación 40050. *M.P. Jorge Mauricio Burgos*.

Cortés Hernández, Ó. I. (2007). *Drecho de la seguridad social* (Tercera ed.). Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.

Cortés Hernández, Ó. I. (2011). *Derecho de la seguridad social* (Tercera ed.). Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.

Decreto - Ley 019 de 2012, artículo 142.

Decreto 1352 de 2013, artículo 20.

Decreto 2463 de 2001, artículo 5.

Decreto 917 de 1999 (artículo 2°).

Franco, S. (2000). Seguridad social y salud pública. Reflexiones desde la Universidad. En E. Ardila, *La salud desde la universidad* (págs. 21-29). Bogotá: Unibiblos.

González Cortes, J. C. (2012). *Régimen de los riesgos laborales en Colombia, comentarios a la ley 1562 de 2012* (Primera ed.). Bogotá: Legis.

González Rodriguez, J. L. (2006). *Estado actual del sistema general de riesgos profesionales en Colombia.* Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario.

González Rodríguez, J. L. (2006). *Estado actual del sistema general de riesgos profesionales en Colombia.* Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario.

Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal civil.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Ley 100 de 1993 (Preámbulo).

Ley 776 de 2002 (artículo 9°).

Moreno, M., Rubio, S., & Angarita, D. C. (2011). *Valoración de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional en Colombia.* Bogotá: Universidad Nacional.

Murcia Ballén, H. (1981). *Recurso de revisión civil.* Bogotá: Librería el Foro de la Justicia.

Restrepo Otálvaro, S. (2008). *Pensión de Invalidez - Bareno de la invalidez.* Pereira: Universidad Libre.

Sala Franco, T., & Salas Baena, A. (2007). *La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la seguridad social.* Valencia: Tirant lo balnch.

Shick, H. (2013). *Riesgos del Trabajo - Ley 26.773 .* Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos.

Silva Henao, J. F. (2012). Evolución y origen del concepto "social" incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991. (Unaula, Ed.) *Ratio Juris, 7*(14), 141-158.

Torres Corredor, H. (2002). *Sistema de Seguridad Social, pensiones, legislación y jurisprudencia* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Nacional.