

LA CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ: SALUD PÚBLICA, DEBIDO PROCESO Y RESPONSABILIDAD DEL PARTICULAR EN LA FUNCIÓN PÚBLICA¹

JAVIER ENRIQUE MERLANO SIERRA*

Resumen

La cuestión de calificación de invalidez atañe principalmente a quienes se encuentran en la necesidad de ser calificados con el objeto de obtener una prestación económica, como las reguladas por la ley general de seguridad social; considerándose a las Juntas de Calificación como particulares que cumplen una función pública administrativa y conformadas en un órgano de creación legal vinculado a la seguridad social integral. En este artículo se analiza la aplicación de un debido proceso en el trámite de calificación de invalidez, propio de la salud ocupacional, desde la perspectiva del derecho público del Estado. Para ello hemos tenido en cuenta, a partir de una revisión legislativa y jurisprudencial, aspectos pilares del derecho público, como los principios de legalidad y responsabilidad.

Palabras clave: Debido proceso, invalidez, legalidad, responsabilidad.

* Abogado, Especialista en derecho público. Docente Investigador facultad de derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, CUC Barranquilla. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, del programa de Derecho de la CUC. Contacto en: javiermerlano@gmail.com.

¹ Avance del proyecto de investigación “Naturaleza jurídica de las juntas de calificación de invalidez y del acto de calificación pública y el debido proceso.” Realizado con recursos asignados al grupo de investigación en Derecho Política y Sociedad de la Corporación Universitaria de la Costa. 2011. Línea de investigación en asuntos constitucionales y administrativos. Artículo corto.

***DISABILITY RATING: PUBLIC HEALTH, DUE
PROCESS AND RESPONSIBILITY OF THE
PRIVATE SECTOR IN PUBLIC FUNCTIONS***

Abstract

Disability rating mainly concerns to people who are in need of being graded within a scale of disablement in order to obtain an economic benefit regulated by the general law of social security. Considering Rating Boards as private entities performing public administration functions and constituted in a legal creation authority affiliated to the integrated social security system, this article poses the implementation of due process into the procedure of disability grading, characteristic of occupational health, in the perspective of public law provided by the State but directed by the private sector. For that, it has been taken into account, as of a legislative and ruling revision, basic aspects of public law such as the principles of legality and responsibility.

Keywords: Due process, disability, legality, responsibility.

Recibido, mayo 18/2011

Revisión recibida, junio 24/2011

Aceptado, julio 8/2011

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico necesita para su vivencia social, de un eje sólido, de columnas que le permitan desplegar en una estructura adecuada la valoración jurídica del fenómeno social. Una de ellas se forma con el debido proceso.

El debido proceso como concepto, sugiere la idea de competencia reglada para pronunciamientos de la autoridad, de la juridicidad tanto de la decisión que se toma como de la actuación que se adelanta con ese fin. El trámite de calificación de invalidez rige la actuación que se adelanta por expertos en salud humana, en un asunto relacionado con las políticas públicas de discapacidad y protección social, lo que amerita un breve análisis de aquella situación que relaciona el derecho y la medicina en torno al estado de una persona que ha quedado en incapacidad para desarrollar su profesión o un trabajo remunerado.

Acompañados con el análisis conceptual, se pretende ubicar la figura dentro del derecho público del Estado, a partir de las nociones de debido proceso y responsabilidad. La investigación se apoya en la legislación, la jurisprudencia y los pronunciamientos de autoridades administrativas y órganos de control; por lo que se desprende de su contenido médico concreto, en especial de su alea terapéutica.

La relación entre la calificación de invalidez y la salud pública viene dada desde el concierto internacional, que ha abocado conocimiento de la discapacidad como supuesto de discriminación, al representar barreras que limitan la interacción entre sujetos y el medio en el que se desarrolla, siendo la salud pública entendida por Winslow (1920) como la ciencia y arte de prevenir enfermedad, prolongar la vida y promover la salud a través de esfuerzos organizados y de decisiones informadas de la sociedad, de las organizaciones públicas y privadas, de la comunidad y de individuos.

De los análisis de decisiones de calificación de invalidez permite adoptar políticas públicas orientadas a garantizar las mejores condiciones de vida para la población afectada, a la par que establecer las mejores condiciones ocupacionales o laborales que garanticen una salud integral para la población, en materia de deficiencias, discapacidades y minusvalías.

Este artículo; es producto de la investigación adelantada por el autor con el apoyo del Grupo de Investigación en Derecho, Política y Sociedad adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Corporación Universitaria de la Costa CUC, y su respaldo principal está constituido por la legislación y la jurisprudencia nacional; a través del cual, se pretende auscultar acerca de las líneas generales de un debido proceso aplicado a la calificación de invalidez y la responsabilidad aneja a esa función pública.

La investigación se justifica en la medida en que de un adecuado dictamen de calificación de invalidez depende la obtención de prestaciones económicas, principalmente en el marco de la seguridad social integral, o para la acreditación, de un siniestro amparado por un contrato de seguro².

Por la brevedad de este aporte desde el derecho público, se aclara entonces que no encontrará en ellas un manual de calificación de invalidez y de responsabilidad patrimonial, disciplinaria y punitiva de los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez, como sí una referencia breve que permita a los interesados encontrar en su regulación sectorial un orden lógico.

Discapacidad y Políticas Públicas

La Constitución Política de Colombia establece dentro del Capítulo II del Título II, acerca de *Los derechos, las garantías y los deberes*, una especial protección para los discapacitados, disponiendo que *el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requiera* (Constitución Política Nacional:

² La invalidez ostenta la naturaleza de un siniestro. En últimas, la calificación de invalidez resulta trascendental a la existencia de un seguro correspondiente a la seguridad social integral, como los contratados con las A.R.P. (*Administradoras de Riesgos Profesionales*) o la vinculación a un fondo de pensiones; o de un seguro de derecho comercial, contemplando como riesgo la incapacidad total y permanente. En tratándose de seguros comerciales, si no se pactó el dictamen emitido por la Junta, no puede la aseguradora condicionar la libertad del reclamante en la prueba del siniestro. Libertad relativa en la medida en que la prueba médica es técnica y científica, y siempre conforme con lo estipulado en la póliza para la acreditación del mismo.

1991). En el concierto internacional, la Organización de las Naciones Unidas, en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, reconoce la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En armonía con lo anterior, un esfuerzo colaborativo entre el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia (Contrato Interadministrativo No. 391 de 2010 y Contrato Interadministrativo No. 311 de 2009), permitió avanzar en el estudio para la modificación y actualización del Manual Único de Calificación de Invalidez (MUCI), instrumento adoptado mediante el Decreto 917 de 1999, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 44 del Decreto Ley 1295 de 1994 el cual expresa que el Manual deberá ser revisado y actualizado por el Gobierno Nacional por lo menos una vez cada cinco años, obligación que, valga decirlo, no se ha cumplido a cabalidad. La última actualización del Manual data del año 1999 y en más de una década de vigencia se han evidenciado profundos cambios y transformaciones en materia de salud y trabajo, que hacen imperativa la aplicación, como baremos, de las Guías de Evaluación de la Deficiencia Permanente de la Asociación Médica Americana y la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM-1), la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

Como se afirma en la versión para prueba piloto del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional que data de marzo de 2011, producto de la colaboración entre la Universidad Nacional de Colombia y el Ministerio de la Protección Social, encauzado mediante Contrato Interadministrativo Número 391 de 2010, informa que en efecto, los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de la última década en Colombia demuestran que el uso del Manual ya no es exclusivo del campo de la compensación, como requisito para el acceso a prestaciones económicas o asistenciales para la población laboral que ha sido afectada por una enfermedad o accidente de origen profesional o común. El Manual, además de constituirse como una herramienta

indispensable en materia de acceso al sistema pensional, ha extendido su uso a varios ámbitos: como prueba pericial en el campo de la justicia civil y penal, en el otorgamiento de subsidios de cajas de compensación, como metodología para certificar discapacidad y acceder a programas de inclusión laboral (como ocurre con las víctimas de minas antipersonal, por ejemplo), para trámites sobre visas y uso del transporte (exoneración del pico y placa), y para evaluar el derecho al subsidio económico del Fondo de Solidaridad Pensional (Decreto 4942 de 2009 de Diciembre 18) de las personas con discapacidad en situación de extrema pobreza y vulnerabilidad. Se reconocen las múltiples aplicaciones del Manual en el marco de programas y políticas de protección social en las que su uso, se extiende a una diversidad de poblaciones: desde niños, niñas, adolescentes, jóvenes, adultos y adultos mayores, con o sin discapacidad, o en situación de desplazamiento, además de las particularidades étnicas y culturales de las poblaciones en mención. Estas vertiginosas transformaciones involucran también el reconocimiento de nuevos modelos y relaciones laborales de producción —como la tercerización del trabajo o el fenómeno del empleo informal—, que modifican las circunstancias y condiciones de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Como afirman Drum, Krahn & Bersani (2009), los expertos en salud pública han tenido pocas oportunidades para aprender acerca de la discapacidad en el contexto de la salud pública, siendo necesario analizar las causas de discapacidad, deficiencias y minusvalías con miras a desarrollar las estrategias más acertadas para mejorar el acceso de los discapacitados a condiciones adecuadas para el cuidado de su salud y restablecer a un plano de igualdad su calidad de vida.

Las juntas de calificación de invalidez: naturaleza de la actividad y el acto de calificación

Las Juntas de Calificación de Invalidez (J. de C. I.) “son integradas por particulares que ejercen una función pública, contemplados como verdaderos órganos de origen legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de naturaleza privada, sin personería jurídica (...)”, pertenecientes al sector

de la seguridad social, cuyos integrantes, designados por el Ministerio de Protección Social “no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente decreto” (Ley 100 de 23 de Diciembre de 1993)³.

Queda claro, entonces, con el pronunciamiento C-1.002 de 1999 que la naturaleza jurídica de las J. de C. de I. es de particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales, concretamente funciones públicas administrativas.

Aunque sus miembros no son servidores públicos, para efectos del derecho administrativo laboral, como particulares que prestan un servicio público son sujetos disciplinables a la luz de lo establecido en el Artículo 45 del Decreto 2463 de 2001, en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 53 de la Ley 734 de 2002, sobre el régimen disciplinario de particulares que cumplen funciones públicas.

Expresándose la actuación de las juntas en pronunciamientos que por decisión expresa de la ley se excluyen de la categoría de actos administrativos (Decreto 2463 de 20 Noviembre de 2001)⁴, se concreta su naturaleza jurídica calificándolos como dictámenes. Así, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional; reafirma la regla según la cual las decisiones proferidas por las Juntas Calificadoras de Invalidez, no son cosa diferente de un dictamen pericial, cuya apreciación surge de las mismas características estructurales de un peritaje, en cuanto que quien lo expide posee especiales conocimientos científicos y técnicos que usualmente el juez desconoce, así como por la misma complejidad y especialización que implica determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de una persona (Sentencia de Radicación No. 31132; Sentencia de Radicación No. 24017; Sentencia de Radicación No. 26224). Surge aquí una aparente discrepancia entre

³ Ley 100, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones. Arts. 42 y 43. Decreto 2463 de 2001, C-1.002 de 2004

⁴ Decreto 2463, por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de la Junta de Calificación de Invalidez.

las nociones de dictamen de calificación de invalidez y dictamen pericial como concepto jurídico procesal (Arts. 11 y 40)⁵.

El debido proceso de calificación de invalidez

El sistema jurídico necesita para su vivencia social de un eje sólido, de columnas que le permita desplegar en una estructura adecuada la valoración jurídica del fenómeno social. Una de ellas; se forma con el debido proceso.

Siendo propio del sistema anglosajón, el medio de surgimiento del debido proceso como concepto se da en la Inglaterra medioeval, según sostiene Muga Muñoz y Carbonell (1996), citados por Santofimio Gamboa (2004, p. 59), las normas imperativas se entendían bajo la idea de un rey omnímodo, *qui legis solutus est*, en un escenario de inestabilidad política. La brecha social revolucionaria comenzó su marcha con los conflictos entre el monarca y la nobleza, que condujo a limitaciones en el ejercicio del poder soberano, condensados en una Carta Magna (Año 1215) que contempló la renuncia a ciertas prerrogativas reales y el respeto a los

⁵ El dictamen de calificación de invalidez, en el marco de la Seguridad Social en Salud, sólo es justiciable ante la jurisdicción laboral (Decreto 2463 de 2001, Art. 11 y 40, *Op. Cit.*); entre tanto, los proferidos fuera del marco de la Ley General de Seguridad Social Integral, es decir no orientados a obtener el beneficios laborales sino prestaciones económicas de otra naturaleza, no tienen vocación de conocimiento jurisdiccional ordinario. No obstante, garantiza el Código Contencioso Administrativo (C.C.A. *Vid. Infra.*) como regla general de actuaciones administrativas, la procedencia de recursos internos, a que se refiere en especificidad el Decreto 2463 de 2.001 en los artículos 33, 34 y 35. Vale la pena aclarar que, considerando los medios de impugnación como una regla general, no contempla el ordenamiento excepciones a los recursos internos, en caso de que la Junta Regional se abstenga de dar trámite al recurso de apelación, por cualquier causa, el ciudadano puede acudir directamente en apelación ante la Junta Nacional (Art. 34 párrafo Decreto 2463 de 2.001). Por otra parte, en materia procesal la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos técnicos, científicos y artísticos (Art. 233 del Código de Procedimiento Civil -C. de P. C. *Vid. Infra.*), situación que no difiere a propósito de la concepción genérica del acto de calificación como pronunciamiento de expertos en el tema, pero en el que trasciende el asunto del traslado para su contradicción, pudiendo solicitarse su complementación o aclaración, u objetarlo por error grave, cuando se produzca como prueba en el curso de un proceso (Arts. 237 y 238 Código de Procesamiento Civil).

procedimientos legales, en virtud del cual se inicia el diálogo entre la voluntad soberana y el apego a la legalidad.

En el derecho colombiano contemporáneo, el debido proceso es un derecho fundamental que encuentra arraigo positivo en el Artículo 29 de la Constitución Política, al tenor del cual: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Encuentra la Corte y el derecho internacional, en el debido proceso un arma de la democracia para garantizar la seguridad jurídica, apoyándose sólidamente en principios eficaces como la legalidad, la igualdad, la debida integración del acervo probatorio o la procedencia de recursos, aplicables a procesos judiciales o administrativos.

Como concepto jurídico abierto, se concreta su normativa a propósito del derecho administrativo conforme lo dispuesto por el Artículo 35 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A. Decreto 01 de 1984), y en relación con la materia de calificación de invalidez, integrándose con los Decretos 917 de 1999 o Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 917 de 1999), y el Decreto 2463 de 2001, por medio del cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Los Artículos 25, 26 y 30.2 del Decreto 2463 de 2011, establecen los requisitos de la petición de calificación relacionadas con pérdida de la capacidad laboral y para la determinación del origen del accidente, de la enfermedad, de la invalidez o de la muerte; y los requisitos sustanciales y formales del peritazgo.

El término para el reparto, la sustanciación y la ponencia están regulados en los Artículos 27 y 28 del Decreto 2463 de 2011, ordenando la evaluación personal del sujeto a calificar y el plazo para la misma, sin perjuicio de que vencido el mismo, proceda la Junta a calificar con base en las pruebas allegadas oportunamente (Decreto 2463 de 2001, Arts. 29 y 30)⁶. Contempla la normativa los supuestos de falta de documentos

⁶ Decreto 2463. Decidiendo en audiencia privada por votación de la mayoría absoluta de los miembros, pero con la participación y el derecho a intervenir de los interesados, que deberán ser informados sobre la fecha y hora de la audiencia y los temas a tratar.

o solicitudes incompletas y términos para subsanar y allegar *pruebas*, vencido el cual se proferirá Dictamen de Calificación.

Con un sano criterio, no contempla el ordenamiento supuestos de rechazo a las peticiones, pero se deberá advertir las consecuencias de la ausencia de medios de convicción. No obstante y ello, luego de proferido el dictamen el interesado puede solicitar nuevamente, en cualquier momento, un nuevo dictamen, en el cual se observará, desde su inicio, el debido proceso⁷.

Vemos entonces, como la legislación especial se integra y precisa a la regulación general de derecho de petición en el Código Contencioso Administrativo, como forma de iniciar una actuación administrativa (Regula en el Capítulo Segundo lo relacionado con las peticiones Arts. 5, 10 y 11).

Los dictámenes que emitan las Juntas de Calificación, deben contener expresamente los fundamentos de hecho (Sentencia T-424 de 2007)⁸ y de derecho (Sentencia T-424 de 2007)⁹ que dio origen a la decisión. En su pronunciamiento T-424 de 2007, la Corte Constitucional colombiana se refiere al debido proceso ante las J. de C. de I., afirmando que:

⁷ Si la ausencia se percibe con posterioridad al acto de recibo, la junta los requerirá por una sola vez con toda precisión y en forma escrita a quien se encuentre en posibilidad de aportarlos y al peticionario, para que se alleguen ellos o se justifique la razón por la que no pueden ser aportados; en el término de diez (10) días. Vencido este plazo sin que se hayan aportado los documentos, la junta de invalidez procederá a decidir con base en documentos de que se disponga, salvo cuando técnica y científicamente se constatare que los exámenes requieren de un plazo especial, evento en el cual la junta suspenderá por una sola vez la calificación hasta que se aporte dicho documento. Contra el dictamen así emitido proceden los recursos regulados en el presente decreto. En cualquier caso, el interesado puede solicitar un nuevo pronunciamiento, evento en el cual se iniciará nuevamente el trámite establecido en el presente decreto.

⁸ Los fundamentos de hechos son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio.

⁹ Los fundamentos de derecho son todas las normas que se apliquen al caso de que se trate.

A las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde [de conformidad con el Artículo 14 Decreto 2463 de 2001]. (...) emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidez o del aspirante a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada calificación.

En similar sentido se pronuncia la Corporación en Sentencia T-328 de 2008.

El debido proceso contempla entre sus múltiples aristas el respeto por un debido proceso en cuanto al acervo probatorio, que debe ser un respaldo ético, técnico y científico de la decisión (Decreto 917 de 1999), pudiendo incluso hacerse uso de las potestades inquisitivas reguladas en los Artículos 13, Numeral 7° y 36 del Decreto 2463 de 2001. A este respecto, manifiesta la Sala Laboral en jurisprudencia reiterada, que en cuanto al aspecto probatorio al interior del trámite de calificación: el diligenciamiento de la prueba está estructurado sobre unos principios básicos sin cuya observancia pierde validez, dentro de los cuales son primordiales los de publicidad y contradicción, puesto que debe permitirse a las partes conocer los medios de convicción, discutirlos, analizarlos y cuestionarlos, esto es, se les debe brindar la posibilidad de fiscalizarlas (Sentencias de 14 de agosto de 2007, Radicación 28849, de 10 de julio del mismo año, Radicación 30961 y de 7 mayo de 2008, Radicación 31132).

De conformidad con ese debido proceso que debe la Junta cumplir, se incluye la valoración de todas las patologías que padezca el ciudadano solicitante y motivar fundadamente su exclusión (Sentencias T-516/99, T-436 de 2005, T-108 de 2007, T-328 de 2008). Es una obligación de la

Junta manifestarse acerca de la fecha de estructuración de la invalidez, con soporte en un adecuado acervo probatorio cuya falta de observancia ha dado lugar a condenas en sede de tutela.

En cuanto a los medios de impugnación, contra el dictamen proferido conforme a los artículos 25 y s.s. proceden los recursos de reposición y apelación (Art. 26), por lo que contra las decisiones proferidas por la Junta, el Decreto 2.643 de 2001, en sus Artículos 32, 33 y 34, previó la posibilidad de su ataque mediante los recursos internos: de reposición y apelación, debiendo resolver este último la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Cuando el trámite ante la Junta para la Calificación de Invalidez se da en el concierto del proceso, requerido por el juez o funcionario decisor, en este segundo caso el debido proceso ordena que se ponga en conocimiento de las partes el dictamen, para que éstas ejerzan su derecho de solicitar las aclaraciones o ampliaciones que requieran, u objetarlo por error grave. En efecto, el traslado a que se refiere el Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento laboral, en forma obligada debe cumplirse dentro del trámite del proceso ordinario, independientemente de que el dictamen que emita la Junta Regional de Calificación Invalidez, sea susceptible de los recursos internos, para de esta manera garantizar la contradicción de la prueba, así como el derecho de defensa que le asiste a las partes y el derecho fundamental al debido proceso (Radicado No. 31132).

El derecho colombiano es ajeno a decisiones inimpugnables, máxime cuando hay casos en que no hay vocación para demandar la decisión proferida por la Junta ante autoridades judiciales en ejercicio de otro medio de defensa. Al tenor de lo planteado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (2008) si bien el solicitante de calificación tiene como mecanismos de contradicción del trámite interno ante las Juntas, los recursos de reposición y de apelación, los mismos son procedentes sin perjuicio de que el dictamen proferido por la Junta, actuando designada como perito dentro del curso de un proceso judicial, pueda ser objetado por error grave, trámite que se da bajo la dirección procesal del Juez.

Es notable de la jurisprudencia constitucional la óptica con que se pronuncia en la Sentencia T-516 de 1999, considerando al paciente expectante de su calificación como una persona en manifiesta debilidad,

apenas natural tratándose de un asunto relacionado con discapacidad e invalidez. En casos como este, la Junta no justifica la divergencia de criterios entre los médicos tratantes adscritos a la Entidad de la Seguridad Social de afiliación del solicitante y el criterio adoptado por la Junta de Calificación de Invalidez.

Los requisitos de forma aparecen precisados en el artículo 31 del Decreto 2463 de 2011 y el Dictamen deberá notificarse personalmente y por edicto (Art. 32 *ut supra*).

La responsabilidad del particular en la función pública

Con este respaldo tenemos, que si bien es cierto, las Juntas de Calificación de Invalidez son órganos de creación legal, los miembros que las integran son particulares en ejercicio de una función pública. El marco constitucional que contempla funciones y servicios públicos prestados por particulares parte de la premisa obligada de garantía de cumplimiento de los fines esenciales del Estado (Constitución política, Art. 2º) en virtud de la cual podrá requerirse la participación de particulares (Arts. 123 y 210) observando siempre los principios de la función pública (Art. 209).

La concepción material de los asuntos públicos ha afianzado la idea de encontrar particulares vinculados a su gestión, sin que por permanecer en su calidad de particulares puedan resultar ajenos a la responsabilidad y al control propio de las funciones públicas. De conformidad con lo establecido en el Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, es un asunto de ley determinar cuándo y bajo qué condiciones pueden cumplir los particulares una función pública.

Por principio rige entonces la sujeción a la legalidad como eje y nota característica del Estado y, en particular, la legalidad que garantiza un debido proceso, principios que van de la mano con la responsabilidad, en virtud del cual la autoridad pública responde por omisión o extralimitación en el ejercicio de la función pública. Para su contraste, el C.C.A. tipifica como infracción la desatención de las peticiones, la inobservancia de los principios consagrados en el Artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, y la de los términos para resolver o contestar, que

constituirán causal de mala conducta para el funcionario, dando lugar a las sanciones correspondientes (Código Contencioso Administrativo, Artículo 7). Se tiene como premisa entonces que los miembros están sujetos a los diferentes regímenes de responsabilidad establecidos por la legislación, valorados según las reglas propias de cada régimen.

El Decreto 2463 de 2001, en su capítulo V, regula lo relacionado con la supervisión, control y vigilancia de las Juntas de C. de I. y las responsabilidades de sus miembros, en cuyo Artículo 44 contempla como órgano de supervisión, control y vigilancia al actual Ministerio de la Protección Social, también nominador de sus miembros y les es aplicable el Código Disciplinario Único (Decreto 2463 de 20 de Noviembre 2001)¹⁰, por lo que conserva la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente.

Por otra parte, el Artículo 20 del Código Penal consagra que: “Para todos los efectos de la ley penal son servidores públicos (...)” Párrafo 2º: “Los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, (...)”, por lo que eventualmente devienen penalizables las conductas de los miembros cuando en ejercicio de su función atenten contra la buena marcha del servicio o excedan o limiten arbitrariamente su marco de legalidad, en particular en los tipos penales de sujeto activo cualificado; además de las que le correspondan como agente retenedor.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad patrimonial, el artículo 52 parágrafo 2º de la Ley 962 de 2005, que modificó el Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece que:

Las entidades de seguridad social y los miembros de las Juntas Regionales y Nacionales de Calificación de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado.

¹⁰ Art. 45 D. 2463 de 2.001, concordante con el Art. 53 de la ley 734 de 2002.

CONCLUSIONES

Las Juntas de Calificación de Invalidez son personas de creación legal integradas al Sistema de Seguridad Social, que por sus especiales conocimientos técnicos y científicos se pronuncian en calidad de peritos, y frente a las cuales hay dos alternativas según las circunstancias en que se manifieste su actuación: dentro del curso de un proceso o fuera del mismo.

Para las actuaciones ante las Juntas de Calificación de Invalidez, el Manual de Calificación de Invalidez constituye un baremo para la valoración de deficiencia, discapacidad y minusvalía, necesario en materia de acceso al sistema pensional, para el implemento de Dictámenes de Calificación de Invalidez como prueba pericial en el campo de la justicia civil y penal, para el otorgamiento de subsidios de cajas de compensación, como metodología para certificar discapacidad y acceder a programas de inclusión, para trámites sobre visas y uso del transporte, y para evaluar el derecho al subsidio económico del Fondo de Solidaridad Pensional, de las personas con discapacidad en situación de extrema pobreza y vulnerabilidad, respondiendo a actualizaciones que en materia de política pública de discapacidad ha demandado el concierto internacional y la situación social y política de Colombia.

La Constitución Política Nacional garantiza para todo trámite judicial o administrativo un derecho fundamental al debido proceso, que contempla el ejercicio del derecho de defensa y contradicción. A propósito de dictámenes de calificación de invalidez garantiza el legislador delegado un diagnóstico clínico, técnico y científico, soportado ética, clínica y técnicamente, conforme a los medios a realizar y registrar, en los términos del Decreto 917 de 1999.

Es la plena observancia de un debido proceso preordenado legalmente, la forma que puede producir un dictamen jurídicamente válido. La Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional, en Sentencia T-436 de 2005 sienta como un punto de partida certero, que el análisis no se trata de un debate jurídico en torno a la calificación del accionante; sino de omisiones a los procedimientos respectivos, cuya sola ausencia afecta sus derechos fundamentales, y contempla como un supuesto de violación: el

no aportarse información acerca de por qué al proferir el dictamen la Junta no valoró en su integridad el estado del peticionario; es decir, si no se tuvo en cuenta todas las patologías del peticionario ni se ofreció sustentación alguna de su exclusión(T-108 de 2007, Sala 4ª de revisión); o, para mayor claridad, el hecho de no tener en cuenta todos los exámenes realizados al autor para pronunciarse sobre la incapacidad y no justificarlo desconoce el debido proceso. En caso de no tener certeza sobre el diagnóstico de la accionante, la conducta a seguir es ordenar la práctica de exámenes complementarios, facultad contemplada en los arts. 13-7 y 36 del Decreto 2463 de 2001 (T-328 de 2008, Sala 2ª), por lo que la Corte consideró violado el debido proceso de calificación de invalidez. En la T-859 de 2004 la Corte Constitucional cuestionó la fecha de la estructuración de la invalidez establecida por una junta de calificación por haber sido determinada sin tener en cuenta las pruebas; en la T-436 de 2005, la Sala Novena estimó que una junta de calificación había vulnerado el derecho al debido proceso al fijar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral pues pretermitió algunas partes del procedimiento reglamentario y existían falencias en la motivación.

Una gran responsabilidad pesa entonces sobre los miembros de las Juntas que, como particulares que cumplen una función pública devienen responsables, bien según su régimen disciplinario por el Ministerio de la Protección Social o ya en ejercicio del poder disciplinario preferente por la Procuraduría General de la Nación, o como consecuencia de su trasegar por una conducta penalmente típica, antijurídica y culpable, sin perjuicio de la responsabilidad civil o patrimonial, cuando como consecuencia de su actuación genere perjuicios.

REFERENCIAS

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.
- Colombia. Congreso De La República. (1993). *Ley 100 de 1993*. (23 de diciembre de 1993). Por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

- Colombia. Congreso de La República. (2002). *Ley 734 de 2002, de 5 de febrero de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.708 de 2002.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T- 516 de 99, Expediente T-203.585*. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Bogotá D.C., 19 de julio de 1999.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-859 de 2004, Expediente T-904575*. Acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H. Bogotá, 2 de Septiembre de 2004. Sala Novena de Revisión.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-1.002 de 2004 Ref.: Expediente D-5178*. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C, 12 de octubre de 2004. Sala Plena de La Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-436 de 2005, Expediente T-968153*. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas H. Bogotá, abril 28 de 2005.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-108 de 2007, Expediente T-1335018, Sala 4ª de revisión*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, febrero 19 de 2007.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-424 de 2007. Ref.: expediente T-1348751*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H. Bogotá, 25 de mayo de 2007.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-328 de 2008. Ref.: Expediente T-1800942. Sala 2ª*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 10 de abril de 2008.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2005). *Sentencia de Radicación No. 24017, Acta N° 51 de mayo 18 de 2005*. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader. Bogotá.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2006). *Sentencia de Radicación No. 26224, Acta N° 11 de 9 de febrero de 2.006*. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral Sentencia. (2007). *Radicación No. 28849. Acta No. 64*. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza. Bogotá D.C., 14 de agosto de 2007.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2007). *Sentencia Radicación 30961. Acta No. 72*. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López. Bogotá, 11 de septiembre de 2007.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2008). *Sentencia de Radicación 31132, Acta N° 22 de 7 de mayo de 2008*. Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego. Bogotá.
- Colombia. Ministerio de la Protección Social – Universidad Nacional De Colombia. (2009). *Contrato Interadministrativo No. 311 de 2009*. Bogotá.
- Colombia. Ministerio De La Protección Social, Universidad Nacional de Colombia. (2010). *Contrato Interadministrativo No. 391 de 2010*. Bogotá D.C. marzo de 2011.
- Colombia. Ministerio de la Protección. (1994). *Decreto 1295 de 1994* de junio 22. Bogotá: Diario Oficial No. 41.405, del 24 de junio de 1994.
- Colombia. Ministerio de la Protección Social - Universidad Nacional de Colombia. (2011). *Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional - prueba piloto*. Disponible desde la Web: http://www.medicina.unal.edu.co/prueba_piloto/descargas/piloto.pdf
- Colombia. Presidencia de la República. (1970). *Decreto 1400 y 2019 de 1970*. (agosto 6, y octubre 26), por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil.
- Colombia. Presidencia de la República. (1984). *Decreto 01 de 1984 de 2 de enero de 1984*, por el cual se expide el Código Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. Gaceta Legislativa.
- Colombia. Presidencia de la República. (1999). *Decreto 917 de 1999* de 28 de mayo de 1999, por medio del cual se modifica el Decreto 692 de 1.995 – Manual Único para la Calificación de Invalidez. Bogotá: Diario Oficial No. 43.601, del 9 de junio de 1999.

- Colombia. Presidencia de la República. (2001). *Decreto 2463 de 20 noviembre de 2001*, por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de la junta de calificación de invalidez. Bogotá: Diario Oficial 44.652 del 21 de noviembre de 2001.
- Colombia. Presidencia de la República. (2009). *Decreto 4942 de 2009*. (18 de diciembre de 2009), por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1355 de 2008.
- Drum, Ch., Krahn, G. y Bersani, H. (2009). *Disability and Public Health*. Baltimore: Editorial American Association on Intellectual and Developmental Disabilities.
- Muga Muñoz, J. Y Carbonell, E. (1996). El procedimiento debido en derecho. En: *Agencias y procedimientos administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons.
- Organización Mundial para la Salud O.M.S. (1980, 1997). *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM-1 Y CIDDDM-2)*. Disponibles en línea en: <http://www.who.int/es>
- Organización Mundial Para La Salud O.M.S. (2001). *Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud CIF*.
- Santofimio Gamboa, J. (2004). *Acto administrativo Tomo II: Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Winslow, C.A. (1920). The Untilled Fields of Public Health. *Rev. Science*. 51 (1306): 23–33. Accesible desde la web <http://www.sciencemag.org>

