Radicación Nro.: 66001-31-05-002-2019-00450-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Juan Rafael Suaza Castañeda

Demandado:  Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISION LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, nueve [09] de junio de dos mil veintitrés [2023].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el día 18 de mayo de 2022, debió ser revocada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problemas jurídicos, si:

**1. ¿La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al actor es incompatible con la pensión de invalidez de origen común que reclama?**

**2. ¿El dictamen de calificación emitido por la Nueva EPS S.A. resulta oponible a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones?**

**3. Conforme con las respuestas dadas a los cuestionamientos anteriores ¿Hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda?**

Para resolver los interrogantes formulados propuse hacer las siguientes precisiones:

1. **“COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ Y LA PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia con radicado N° 33885 del SL, 27 agosto de 2008, reiterada en providencias SL 11234 de 26 de agosto de 2015 y SL 2053 del 19 de febrero de 2014, entre otras, concluyó que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siempre y cuando cumpla con los requisitos previstos en la Ley para acceder al derecho pensional al momento en que se estructure el estado de invalidez. Al respecto puntualizó esa Alta Magistratura en la última de las referidas sentencias:

“(…) lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.

Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles. (…)

Tema que igualmente se trató en la sentencia de la CSJ SL 25 marzo 2009, Rad. 34014, y que aplica, mutatis mutandi, al asunto bajo examen.  También se hizo referencia a la misma posibilidad en sentencia más reciente, CSJ SL, 24 de mayo 2011, Rad. 39504, en la cual se puntualizó:

Por último, se ha de precisar que la jurisprudencia de la Sala tiene establecido **que aún se haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**, las semanas que sirvieron de base para su cálculo pueden ser tenidas en cuenta pero para efectos de una prestación por riesgo distinto como la **invalidez** o la muerte (sentencias de 20 de noviembre de 2007, rad. N° 30123, ratificada en la de 25 de marzo de 2009, rad. N° 34014). (Destaca y subraya la Sala)

Consecuente con su reiterada postura, la Sala debe decir que, después de haberse concedido por el ISS una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, si el beneficiario de ésta continúa cotizando al Sistema para otras contingencias, no hay impedimento para que las semanas tenidas en cuenta para otorgar dicha indemnización se considera para reconocer otra prestación correspondiente a una contingencia diferente, como lo es el de invalidez. **Ello no comporta vulneración de la norma sustantiva contenida en el Art. 6º del D. 1730/2001.”**

1. **ENTIDADES RESPONSABLES DE LA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.**

El Decreto 019 de 2012, en su artículo 142, modificativo del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, determinó las autoridades responsables de establecer la pérdida de capacidad laboral.  El mentado artículo señala lo siguiente.

"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. (…)”.

Como bien se observa, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 señala las diversas entidades que pueden hacer calificaciones de pérdida de la capacidad laboral, y lo hace bajo el entendido que cada una, dentro de su sistema [(pensiones -AFP-), (riesgos laborales -ARL-), y (salud -EPS-)] por sí mismas y respecto a las prestaciones que a ellas les corresponde asumir, pueden determinar la pérdida de capacidad laboral de sus afiliados.

Lo anterior es totalmente lógico si en cuenta se tiene que, cuando ellas hacen la valoración y producto de esta resulta cumplido el requisito exigido para la prestación, inmediatamente y sin más trámite proceden a reconocerla. Pero son ellas y no un agente externo al sistema (como lo es una AFP respecto al sistema de riesgos laborales, o una aseguradora del RAIS en cuanto a una pensión del RPM, o, como en este caso, una EPS en cuanto a una pensión de invalidez) quien puede hacer la valoración, entre otras cosas porque, como atrás se dijo, ellas se pueden obligar por sí mismas, pero no pueden verse vinculadas por la decisión de un tercero que no tiene jurisdicción.

Precisamente por eso es que, si se lee con cuidado el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se puede notar que la redacción no deja dudas respecto a que la valoración solo puede ser controvertida por “el interesado”, es decir, por quien está siendo valorado, pero no dice que las entidades puedan controvertir lo decidido -precisamente porque la norma parte de la base de que son ellas quienes hacen sus valoraciones, no un tercero.

Ahora bien, los “interesados” a que se refiere el artículo 2 del Decreto 1352 de 2013 lo son, pero en el escenario referente al dictamen que profiera la Junta de Calificación de invalidez, que obviamente si amerita la posibilidad de que cualquiera de las entidades implicadas o aun el mismo calificado puedan controvertirlo, pero nada tiene que ver con el “interesado” a que se refiere el artículo 41 de la ley 100 de 1993, que por las razones atrás señaladas solo puede ser la persona que está siendo valorada por la propia entidad.

Reafirma ese entendimiento la misma disposición cuando establece que:

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

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

Es que, precisamente porque la AFP será en últimas la entidad a quien corresponderá pagar la pensión, se le permite incluso, diferir la calificación hasta por un término de 360 días, en orden a dar espera para una posible evolución favorable que la exima de conceder la prestación de invalidez.”

Fue con base en lo anterior que el fondo del asunto propuse resolverlo como lo señalo a continuación.

**“EL CASO CONCRETO**.

Se encuentra fuera de discusión en esta instancia que a través de la Resolución GNR 446910 del 27 de diciembre de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reconoció y pagó en favor del señor Juan Rafael Suaza Castañeda la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de $8´857.510, siendo ingresado en nómina de enero de 2015, pagadero en el mes siguiente, pues así fue establecido por las partes sin que fuera materia de inconformidad en esta instancia.

Ahora bien, solicitó la parte actora el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, la cual conforme al actual criterio de la Sala de Casación Laboral, resulta compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida por vía administrativa, más aún cuando el demandante continuó asegurado al sistema pensional y efectuó aportes con posterioridad a su reconocimiento, sin que la entidad demandada se hubiese opuesto a su reafiliación, pues recibió en forma satisfactoria las cotizaciones, de modo que, en el sentir de la alta corporación, se reabre la posibilidad de garantizar la cobertura de otro riesgo distinto, como el de invalidez, siempre que satisfaga los requisitos exigidos en la Ley para acceder al derecho.

Ahora bien, alega la entidad recurrente que el dictamen de calificación de pérdida de capacidad N° 4135083 del 4 de julio de 2019, emitido por la Nueva EPS no le es oponible, pues, en tratándose del reconocimiento de una prestación económica derivada del régimen de prima media con prestación definida, es ella, como entidad administradora de pensiones, quien es competente para emitir, en primera oportunidad, la respectiva experticia.

Para resolver, se dirá que tal como se explicó en precedencia razón le asiste a la recurrente en su planteamiento, pues es a ella a quien le corresponde efectuar en primera oportunidad la valoración de pérdida de capacidad del demandante, toda vez que la EPS no es la entidad que, de acuerdo con la Ley, tiene atribuida esa competencia dentro del sistema general de Pensiones, y en razón de ello -la administradora como entidad encargada del reconocimiento de la prestación- no solo está en el derecho de realizarla, si no que su debida realización representa su deber respecto al correcto manejo de los recursos que le han sido confiados.

Lo anterior, permite entonces colegir que el dictamen emitido por la Nueva EPS no resulta oponible a la Administradora Colombiana de Pensiones para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama derivada del sistema general de pensiones, pues como se dijo, ellas se pueden obligar por sí mismas, pero no pueden verse vinculadas por la decisión de un tercero que no tiene jurisdicción.

Por ende, sale avante el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones.

En tal sentido, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al demandante es compatible con el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y, con el eventual derecho a la pensión de invalidez de origen común que pueda asistirle. Así mismo, que el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por la Nueva EPS no es oponible a Colpensiones para efectos de la prestación económica que reclama el actor, por lo que le corresponde a ésta última iniciar el trámite de calificación respectivo, para que de acuerdo al resultado que arroje el mismo, proceda a emitir el acto administrativo correspondiente en el que se resuelva la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del demandante.”

Como puede verse, mi criterio difiere sustancialmente del que tienen los demás miembros de la Sala y es por eso por lo que salvo mi voto, como acá queda hecho.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado