**ORALIDAD**

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, martes 20 de octubre de 2015.

Radicación No: 66001-31-05-001-2011-01222-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Alba María Naranjo Vásquez

Demandado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda y otros

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez:** el juez puede desacatar los dictámenes técnicos presentados en el proceso, en orden de atender otras pruebas, técnicas o no, testimonios, historias clínicas etc, que le ofrezcan un convencimiento distinto, sobre la misma materia, pues como es sabido, los demás medios probatorios, son válidos para contradecir el dictamen que en torno a esa específica cuestión se consigne en el estudio, por cuanto no es una prueba solemne, y se reivindica el rol del juez o jueza, en su libre formación del convencimiento, sopesando su real valor al compás de otras pruebas que lo confirmen, demeriten o desvirtúen, tal como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, recientemente en sentencia del 9 de abril de 2014 radicación 52.072. **De la fecha de estructuración del estado invalidante**: la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de febrero de 2015, radicación 48073, sostuvo: *“puede suceder que luego de ocurrido un accidente que genere algún tipo de pérdida de la capacidad laboral se intente recuperar dicha capacidad a través de diferentes tratamientos médicos y terapéuticos, que en no pocas ocasiones pueden resultar exitosos. Pero solo cuando tales tratamientos no repercuten en una mejoría del estado de salud del afiliado, o por cualquier motivo se renuncia a ellos, es que se estructura la invalidez. Es decir, la invalidez se estructura, no necesariamente en la fecha del siniestro, sino en la fecha en que se determine que no existen posibilidades de mejoría o curación del paciente, como en este caso, donde ante la falta de eficacia del tratamiento terapéutico y farmacológico suministrado al actor (Folios 37 a 47), se toma una medida como la amputación del miembro afectado.*

 **AUDIENCIA PÚBLICA:**

 En Pereira, hoy veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de octubre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Alba María Naranjo Vásquez** contra la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda** y **BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.,** quien llamó en garantía a la Compañía **Mafre Colombia vida y seguro S.A.**

 ***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

 I.***INTRODUCCIÓN***

 Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción, se tiene que la demandante **Alba María Naranjo Vásquez**, pretende que se revoque parcialmente la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda el 24 de marzo de 2010 al señor Fulton Humberto Estacio, cuya fecha de estructuración fue establecida para el 1º de diciembre de 2009, con una pérdida de capacidad del 66.30 %, y en su lugar se determine que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 13 de junio de 2005; que como consecuencia de lo anterior se reconozca (i) el derecho a la pensión de invalidez al señor Fulton Humberto Estacio, a partir del 13 de junio de 2005 y hasta el 16 de marzo de 2010, fecha en que acaeció su deceso, (ii) el derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, a Alba María Naranjo Vásquez, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del deceso de aquel y (iii) se ordene a la AFP accionada el pago del retroactivo pensional, y se condene en costas procesales a las demandadas.

 Las anteriores peticiones, se fundamentan en que el señor Fulton Humberto Estacio se desempeñó como mesero o barman en varios sitios del área metropolitana de Pereira, para lograr el sustento de él y el de su familia; que aquel estuvo afiliado inicialmente al Instituto de Seguros Sociales y que el 1º de diciembre de 1994, migró al régimen de ahorro individual, afiliándose al BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías; que la demandante y el señor Fulton Humberto Estacio eran casados; que el 13 de junio de 2005 el de cujus sufrió un accidente cerebro vascular que imposibilitó para laborar, por lo que debió iniciar el trámite respectivo para el reconocimiento de la pensión de invalidez ante la Junta Regional de Calificación del Risaralda, entidad ésta que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 66.30 % con fecha de estructuración el 1º de diciembre de 2009; que presentó recurso de reposición contra dicho dictamen, respecto a la fecha de estructuración de su estado invalidante, no obstante, ésta fue ratificada el 14 de mayo de 2010 por la Junta en Pleno, siendo la jurisdicción ordinaria la llamada a definir la controversia.

 Aduce que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda no tuvo en cuenta elementos importantes que demuestran que la estructuración del daño se dio el 13 de junio de 2005, fecha en que sufrió el accidente cerebro vascular y se encontraba cotizando al fondo privado demandado; que el afiliado falleció el 16 de marzo de 2010, por lo que Alba María Naranjo Vásquez, en calidad de cónyuge supérstite le asiste el derecho a la sucesión patrimonialmente respecto de la expectativa para pensionarse.

 ***BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.*** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que pese a que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda se realizó por fuera del proceso de reclamación pensional que debió iniciar el afiliado, se ajusta a la ley, y no existen razones de hecho o de derecho que permitan modificar la fecha de estructuración; que no hay lugar al reconocimiento de la prestación pensional reclamada puesto que el afiliado no cotizó 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez ni a su deceso. Propuso como excepciones “Petición antes de tiempo e inexistencia del derecho reclamado”, “Buena fe”, “Prescripción”, “innominada o genérica”. Llamó en garantía a Mafre Seguros de Vida Colombia S.A.

 La ***Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda,*** se opuso a las pretensiones de la demanda. Aduce que la fecha de estructuración y el origen de la invalidez, fueron determinados con base en los elementos de juicio aportados en el trámite de la calificación y siguiendo las pautas del Manual Único de Calificación de Invalidez. Propuso como excepciones “Legalidad en la Calificación”, “Ausencia de error grave” y “Prescripción”.

 La ***Compañía Mafre Colombia Vida Seguros S.A.*** se opuso a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento en garantía al llamamiento en garantía, aduciendo que el dictamen de calificación del grado de invalidez se encuentra ajustado a derecho, y el seguro previsional de invalidez contratado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías tuvo vigencia a partir del 1º de enero al 31 de diciembre de 2010, por lo que no existiría cobertura, aún si se moviera la fecha de estructuración de la invalidez al afiliado, ora el 13 de junio de 2005 o el 1º de diciembre de 2009. Propuso como excepciones “Firmeza del dictamen e inexistencia del derecho a la pensión”, “Inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de prestación alguna pro falta de requisitos legales”, “No cobertura del contrato de seguro previsional”, “Firmeza del dictamen e inexistencia del derecho a la pensión”, “Inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de prestación alguna por falta de requisitos legales”, “Excepción de límite de riesgo”, “Prescripción” y la “Genérica”.

 ***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

 Tras el recuento de las disposiciones sobre la materia, la jueza de la instancia, rememoró las experticias dictaminadas por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez y concluyó que al momento de establecerse la fecha de estructuración, ambas entidades tuvieron en cuenta la totalidad de la información consignada en la historia clínica que fuere aportada por el de cujus, determinando con criterios técnicos y científicos que el cáncer de próstata fue la patología que le otorgó el mayor porcentaje de pérdida de capacidad laboral y que el accidente cerebro vascular no resulta suficiente para consolidar la invalidez, motivo por el cual, denegó la modificación de la fecha de estructuración y se mantuvo en la dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, esto es, el 18 de abril de 2008, fecha en que se diagnosticó el cáncer de próstata con metástasis. Absolvió a las demandadas BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías y a la llamada en garantía de todas las pretensiones incoadas por la demandante, fundada en que el asegurado no dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la prestación pensional, pues no sufragó al sistema 50 semanas en los 3 años que antecederieron su estado invalidante, ni tampoco a su deceso.

Inconforme con la decisión, la demandante interpuso la alzada, arguyendo que la historia laboral debe ser contextualizada, y de esa manera establecer el momento exacto en el que se estructuró la invalidez del afiliado fallecido, pues considera que si bien la historia clínica presenta ciertas falencias, las declaraciones de los testigos, son de primera mano y esclarecen la realidad de los hechos. Refiere que no se tuvieron en cuenta pruebas que se encuentran en el expediente y que dan cuenta que el afiliado estaba incapacitado para laborar desde el 13 de junio de 2005, fecha en que sufrió el accidente cerebro vascular.

 ***Problema jurídico.***

 *¿Hay lugar a modificar la fecha de estructuración de invalidez del extinto Fulton Humberto Estacio, conforme lo solicita la parte recurrente?*

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso de apelación, se corre traslado a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente, con la advertencia de que sus exposiciones se contraerán a lo que fue motivo de apelación (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los mismos puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

 II. ***CONSIDERACIONES:***

***Desarrollo de la problemática planteada.***

No es objeto de discusión que el asegurado fallecido Fulton Humberto Estacio, presentó una pérdida de la capacidad laboral del 66.30 %, de origen común, con arreglo a los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Risaralda y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, obrantes a folios 160 y 438.

El asunto a dilucidar se contrae a la posibilidad de que el juez desacate, en punto de fecha de estructuración de la invalidez, los dictámenes técnicos presentados en el proceso, en orden de atender otras pruebas, técnicas o no, testimonios, historias clínicas etc, que le ofrezcan un convencimiento distinto, sobre la misma materia, pues como es sabido, los demás medios probatorios, son válidos para contradecir el dictamen que en torno a esa específica cuestión se consigne en el estudio, por cuanto no es una prueba solemne, y se reivindica el rol del juez o jueza, en su libre formación del convencimiento, sopesando su real valor al compás de otras pruebas que lo confirmen, demeriten o desvirtúen, tal como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, recientemente en sentencia del 9 de abril de 2014 radicación 52.072.

Ello, por cuanto no es un tema que lo limite el artículo 61 del C.P.L.S.S., habida consideración de que es perfectamente coherente, con los principios científicos de la prueba, y en atención a las circunstancias relevantes del pleito, que en punto a la fecha de estructuración de la invalidez, el dictamen rendido por expertos resulte caprichoso, o descontextualizado con el resto del material probatorio, que en sentido opuesto le permite al juez arribar a un convencimiento distinto al que refleja el estudio.

Así las cosas, conforme el material probatorio documental recopilado en la actuación se tiene que son dos los diagnósticos que motivaron la calificación de la pérdida de capacidad del de cujus, en un porcentaje del 66.30%, cuales son: (i) tumor maligno –cáncer de la próstata y (ii) demencia y síndrome amnésico moderado.

 Al respecto, estimó la Junta Regional de Calificación de Invalidez en dictamen emitido el 24 de marzo de 2010 (fl.160), que la fecha de estructuración del estado invalidante se asignó con base en el concepto de oncología proferido el **1º de diciembre de 2009**; y no en el accidente cerebro vascular ocurrido el 13 de junio de 2005, puesto que los documentos y pruebas aportadas con la solicitud de calificación dan cuenta que el paciente mejoró su compromiso motor con posterioridad a esa calenda.

Bajo tal circunstancia, la operadora judicial de primer grado, ordenó la práctica de prueba pericial, consistente en que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez revisara la historia clínica del asegurado y profiriera un nuevo dictamen, el cual fue emitido el 15 de octubre de 2013 (fl.438), determinando que la fecha de estructuración del estado invalidante del de cujus tuvo lugar el **18 de abril de 2008**, momento en que se realizó cirugía linfadenectomía radical pélvica por laparoscopia y existe concepto de malignidad fuera del órgano de la próstata, reportando signos de metástasis, antecedentes de cáncer de próstata avanzada, disección de ambas cadenas ganglionares, entre otros. Adicionalmente de manera expresa concluyó la Junta, que de las patologías presentadas por el paciente, la que otorga mayor puntaje para establecer la invalidez es el cáncer de próstata con metástasis.

 De otra parte, también milita en el acervo probatorio, certificación expedida por el médico tratante Gustavo Adolfo Parra Rico, en la que hace constar que atendió por más de cinco años al señor Fulton Humberto Estacio, debido a su hipertensión arterial, y da fe de que presentó evento cerebrovascular hemorrágico debido a una crisis hipertensiva severa en el mes de junio de 2005; que lo valoró en el mes de julio, encontró alteración de la fuerza, orientación, estabilidad, y que los familiares refirieron cambios en la esfera mental, de la memoria, irritación, confusión y lentitud; que luego del evento no volvió a laborar y que en todo momento la secuela neuropsicológica fue evidente, pese a que la historia clínica reportara registros normales.

Adicionalmente, se escucharon las declaraciones de Luz María Londoño Vinasco, Genimo David Rua y Ricardo Antonio Díaz Restrepo, quienes dieron cuenta de la ocurrencia del infarto cerebral que sufrió el señor Fulton Humberto Estacio, y de las secuelas que ésta le generó, entre otras, pérdida de la memoria y lentitud; refirieron entre otras cosas que el causante “*casi no entendía lo que se le decía*” y que “*llegó al punto de no saludar*”.

Por su parte, el doctor Gustavo Adolfo Parra Rico en su declaración reiteró la información consignada en la certificación antes referida, aduciendo que el paciente mostró cambios o secuelas, pues presentó alteración de la fuerza, hemiparesia de un lado del cuerpo y transtornos de la memoria y de la atención, que son cambios cognitivos, que alteran la capacidad funcional; que no todas las personas tienen las mismas secuelas, los eventos cerebrales son de varios tipos y hay unos con distinta gravedad dependiendo del tipo de lesión; al ponérsele de presente la historia clínica, adujo que por las secuelas, deduce que se trató de un evento cerebral hemorrágico que le dejó una discapacidad motriz y cognitiva, se evidenció que había secuelas de una enfermedad cerebral hemorrágica y que afectaban la cognición y la motricidad. Finalmente agrega que si bien en un inicio aseguró que se trataba de algo leve, posteriormente el concepto se revaluó por neurología y se dijo que era más que leve, moderada, discapacitante para ese momento, y que son apreciaciones subjetivas.

Bajo tal contexto, acorde con los recursos o elementos de orden médico y técnico, considera la Sala que no resulta procedente la modificación de la valoración efectuada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por cuanto, dicha entidad no desatina al determinar como fecha de estructuración de invalidez del de cujus, aquella en que se emitió concepto de tumor maligno de próstata con metástasis, de fecha 18 de abril de 2008, como pasa a explicarse:

Ambas experticias técnicas sugieren que la patología que determina el mayor porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, y que por ende, le otorga el estado de invalidez al causante, es el carcinoma maligno en la próstata con metástasis, al cual se le asignó un 40%, luego entonces, el accidente cerebro vascular y las secuelas que éste dejó en el asegurado, no serían suficientes para encumbrar una proporción igual o superior al 50 %, que le otorgue la condición o el estado invalidante, más cuando la parte actora en ninguno de sus pedimentos se encargó de atacar la distribución del porcentaje de dichas patologías, pues la demanda se contrajo exclusivamente a la petición de modificación de la fecha de estructuración y no a atacar las deficiencias que motivaron la calificación.

No obstante, si se hiciese un análisis de la historia clínica del causante, se tiene que si bien el actor presentó un accidente cerebro vascular el 13 de junio de 2005, y otro tres años atrás, según se dejó constancia en el reporte obrante a folio 213, lo cierto es que la fecha de estructuración de la invalidez no logra coincidir con la de la ocurrencia del hecho dañoso, pues sus secuelas definitivas se manifestaron con posterioridad, el 17 de abril de 2009, cuando el galeno emitió concepto desfavorable por secuelas irreversibles causadas por el evento cerebro vascular isquémico que lo incapacitaron definitiva y permanentemente, pues según se colige de los conceptos médicos emitidos con anterioridad, obrantes en la historia clínica del señor Fulton Humberto Estacio, éste presentó problemas neurológicos leves, luego calificados en un grado moderado, tal como lo sostuvo el doctor Parra Rico en su versión.

Como se observa, no necesariamente la fecha del accidente coincide con la de la estructuración del estado de invalidez y, en ese orden, no resultan suficientes los reproches que en este sentido el actor le hace a los dictámenes controvertidos.

En tal sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de febrero de 2015, radicación 48073, en la que sostuvo:

*“puede suceder que luego de ocurrido un accidente que genere algún tipo de pérdida de la capacidad laboral se intente recuperar dicha capacidad a través de diferentes tratamientos médicos y terapéuticos, que en no pocas ocasiones pueden resultar exitosos. Pero solo cuando tales tratamientos no repercuten en una mejoría del estado de salud del afiliado, o por cualquier motivo se renuncia a ellos, es que se estructura la invalidez. Es decir, la invalidez se estructura, no necesariamente en la fecha del siniestro, sino en la fecha en que se determine que no existen posibilidades de mejoría o curación del paciente, como en este caso, donde ante la falta de eficacia del tratamiento terapéutico y farmacológico suministrado al actor (Folios 37 a 47), se toma una medida como la amputación del miembro afectado.*

*Recuérdese que el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, prevé que la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral, es aquélla «en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.» Agrega la norma que esta fecha puede ser anterior o corresponder a la fecha de la calificación. Ello significa que la invalidez se estructura cuando la persona ha perdido, en forma definitiva, su capacidad para trabajar*.*”*

De otra parte, resulta menester precisar que si bien los deponentes ponen de presente la realidad de los hechos, lo cierto es que no permiten establecer la evolución de la enfermedad cerebro vascular del causante, pues limitaron sus dichos a las secuelas definitivas que dejó en el de cujus, por lo que en modo alguno, son oponibles a los conceptos médicos de la historia clínica y a los dictámenes técnicos de las Juntas calificadoras.

Por consiguiente, en criterio de la Sala los medios de convicción recopilados no logran desvirtuar las conclusiones a las que llegó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por cuanto dicha valoración es concluyente y definitiva en determinar la situación del afiliado fallecido, en torno a la fecha de estructuración de la invalidez de éste al 18 de abril de 2008, basado en el momento en el que el personal médico reportó signos de metástasis del tumor maligno de próstata, pues como quedó visto, no es posible equiparar la fecha de estructuración al momento en que el asegurado sufrió el accidente cerebro vascular, no sólo porque dicha patología por sí sola no le otorga el mayor valor del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino por cuanto ante las posibilidades de mejoría y cura del paciente, fue sólo en el 2009, fecha incluso posterior a la dictaminada por la Junta Nacional de Calificación, cuando se emitió concepto desfavorable por secuelas irreversibles por el infarto cerebro vascular.

Por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia.

Costas en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de $ 644.350. Liquídense por secretaría.

 En mérito de lo expuesto, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

 ***Primero: Confirma*** la sentencia proferida el 3 de octubre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por ***Alba María Naranjo Vásquez*** contra la ***Junta Regional de Calificación de Invalidez de***

***Risaralda*** y ***otros.***

 ***Segundo: Condena*** en Costas a la recurrente. Las agencias en derecho se fija en $644.350.

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

* Impedida -

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria