El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 27 de octubre de 2017

**Radicación No. :** 66170-31-05-001-2012-00704-01

**Proceso :** Ordinario Laboral

**Demandante :** Orlando de Jesús Vélez Restrepo

**Demandado :** Junta Nacional de Calificación de Invalidez

**Juzgado :** Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema DICTAMEN DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL:** el resultado del dictamen pericial practicado en el proceso por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, arroja un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al dictaminado en la calificación de invalidez objeto de la demanda, lo cual se explica por el hecho de que en el dictamen demandado no se había asignado ningún porcentaje a las deficiencias y secuelas definitivas evidenciadas por la electromiografía de 4 extremidades que le fue practicada al calificado el 1º de agosto del presente año. (…) Lo anterior pone en evidencia que la Junta de calificación demandada emitió una calificación de invalidez sin disponer de la totalidad de los antecedentes técnico-médicos objetivos sobre las patologías en estudio, puesto que el diagnostico de *espondilolistesis traumática* (debidamente documentado en la historia clínica del demandado) exigía de manera ineludible la práctica de una electromiografía de 4 extremidades a efectos de establecer el grado de afectación de dicha secuela.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Octubre 27 de 2017)**

 Audiencia de juzgamiento

Siendo las 7:30 A.M. de hoy, 27 de octubre 2017, la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **orlando DE JESÚS VÉLEZ RESTREPO** en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por el vocero judicial de la parte actora en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral de Pereira el pasado 25 de junio de 2015.

**PROBLEMA JURIDICO**

El punto que corresponde dilucidar a esta colegiatura, consiste en determinar, luego de analizar las pruebas decretadas y practicadas en primera y segunda instancia, si el demandante es invalido, a la luz del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, al haber perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

**I - ANTECEDENTES**

El promotor del litigio pretende, básicamente, que la justicia laboral declare la nulidad de la calificación de pérdida de la capacidad laboral emitida en sede de apelaciones por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de junio de 2011 (Fl. 22) que dictaminó en su caso un grado de pérdida de la capacidad laboral del 46,39% -de origen común, estructurada el 18 de enero de 2007- y que en su defecto, previo estudio de su historia clínica, se declare que es invalido y que presenta un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Manifiesta para el efecto, que nació el 16 de marzo de 1956 (61 años a la fecha), que toda su vida ha sido arriero y atizador en trapiches de caña y que desde el 13 de septiembre de 2006, fue diagnosticado, por neurocirugía, con espondilolistesis, además de artrosis facetaría e hipertrofia, de origen común y de carácter degenerativo, siendo operado de la columna en ese mismo año.

Señala igualmente, que ha sido calificado en varias oportunidades por las distintas Juntas de Calificación de Invalidez. Así: El 13 de febrero de 2008, por la Junta Regional de Calificación de Risaralda, quien determinó en su caso un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 36,95%, de origen común y con fecha de estructuración del 18 de enero de 2007 -porcentaje que fue confirmado en sede de apelaciones, el 27 de junio de ese mismo año-; 28 meses después, el 25 de octubre de 2010, por la Junta Regional de Calificación de Risaralda, quien esta vez lo calificó con un porcentaje del 27,45%, con fecha de estructuración el 25 de agosto de 2010; y finalmente, el 30 de junio de 2016, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que elevó el porcentaje al 46,38%, estableciendo la fecha de estructuración el 18 de enero de 2007.

Frente al último dictamen y respecto del apartado dedicado a las deficiencias:

Se opone a la descripción de la deficiencia denominada “trastorno de ansiedad generalizada”, la cual tiene asignado un porcentaje del 10% en el Decreto 917 de 1999 (capitulo XII), pues a su juicio el cuadro clínico del calificado encuadra mejor en el diagnóstico “F321 -episodio depresivo moderado-” (capitulo XII, tabla 12.4.5, clase II Moderada), cuyo porcentaje es del 20%.

Igualmente considera que la deficiencia “trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía” debe ser valorada con el mayor porcentaje de la respectiva tabla, dado el carácter degenerativo de la afectación física.

Finalmente, considera que el resultado de la suma combinada es del 40,75% y no del 22,79%, teniendo en cuenta la fórmula matemática prevista en el Decreto 917 de 1999.

Con respecto al capítulo de las discapacidades, señaló que no se encuentra armonía entre los puntajes adjudicados, el número de la discapacidad y la gravedad de la misma. Lo cual explica de la siguiente manera: las discapacidades de la conducta, numerales 15, 17, 18 y 19, se le debe incrementar el puntaje al máximo posible, toda vez que el calificado presenta notorias y marcadas insuficiencias en el desempeño de sus actividades diarias; lo mismo en lo que corresponde a la discapacidad del cuidado de la persona y de la locomoción, cuyo valor debe estar en el tope, pues la enfermedad ha menoscabado gravemente la movilidad y la independencia del calificado.

Por último, en lo que se refiere a la minusvalía, considera que carece de toda lógica el porcentaje que le fue otorgado, ya que no es una persona autosuficiente en términos económicos, dado que le es imposible laboral e integrarse con otras personas, inclusive de su grupo familiar, puesto que los dolores que padece son tan severos que no puede salir muchas veces de su cama, situación que lo ha llevado a sumergirse en una depresión mayor.

Mediante auto del 14 de noviembre de 2012 (Fl. 130), el Despacho de primera instancia ordenó conformar el contradictorio con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, al considerar que a esta le atañe directamente cualquier decisión que se tome acerca del grado de pérdida de la capacidad laboral del demandante. En respuesta de la citación al proceso, COLPENSIONES decidió no oponerse a las pretensiones, al considerar que las mismas no la involucran de manera directa, pues lo que persigue  el demandante es la nulidad de un dictamen y no el reconocimiento de una pensión.

Por su parte, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a través de curador ad-litem, manifestó que los dictámenes practicados por las diferentes Juntas Calificadoras, han sido fundamentados en la forma establecida en el artículo 9º del Decreto 2463 de 2001, y los porcentajes obtenidos en cada uno de ellos, se ajustan a las fórmulas matemáticas señaladas en el Decreto 917 de 1999. A lo que agregó, que no existe duda de que el señor ORLANDO de JESÚS VELÉZ RESTREPO presenta un pérdida de la capacidad laboral tal como lo han demostrado las valoraciones o experticias médicas que obran en el expediente, pero aseverar que es igual o superior al 50%, ya es una tarea que le corresponde al juzgador resolver de acuerdo con las pruebas que la parte demandante oportunamente allegue al proceso y que desvirtúen las ya prácticas, motivo por el cual no se opuso a las pretensiones, siempre y cuando se demuestren los supuestos de hecho en que las mismas se fundamentan.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a-quo* absolvió de las pretensiones a la demandada, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y a la litis-consorte, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, toda vez que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral practicado al interior del proceso (el cual se puede ver en el folio 257 del expediente), había arrojado exactamente el mismo porcentaje de invalidez determinado en el dictamen objeto de la demanda ordinaria de nulidad, con fecha de estructuración, esta vez, del 12 de agosto de 2010, y las partes habían guardado silencio frente al mismo, por lo cual no le era dable al juzgador evaluar las conclusiones científicas acerca de materias que, como la relativa a la calificación del grado de invalidez, le resultan extrañas y ajenas a su oficio judicial.

**III - RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la decisión acabada de resumir presenta recurso de apelación el apoderado judicial de la parte actora, indicando que los dictámenes de calificación de invalidez como tal no son la prueba calificada y exclusiva para determinar la pérdida de capacidad laboral de una persona, ya que tanto su origen como la fecha de estructuración de la misma, pueden ser valorados por la justicia, dependiendo de las pruebas que obren dentro del proceso. A propósito de esto último, mencionó que en el proceso obra la historia laboral del demandante y los diferentes dictámenes que le han sido practicados a este, de los cuales se deduce que el calificado se encuentra gravemente afectado por enfermedades que han reducido ostensiblemente su movilidad y, con ello, su calidad de vida, al punto que prácticamente se encuentra reducido a la cama, por lo que no es lógico que en estas circunstancias se diga que no es invalido.

**IV - CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

Aun cuando las partes y la jueza de primera instancia, dentro de la oportunidad prevista en el artículo 180 del C.P.C. (hoy C.G.P.) guardaron absoluto silencio frente a las conclusiones del precitado dictamen, dada la naturaleza del derecho perseguido y las circunstancias de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en que se encuentra el promotor del litigio, la ponente en este asunto advirtió necesario requerir de oficio a la Junta Regional de Calificación de Caldas, con sede en la ciudad de Manizales, a efectos de que procediera a aclarar algunos puntos confusos de la citada experticia.

En consecuencia, mediante auto del 2 de diciembre de 2016 (Fl. 13, cuaderno de 2da. instancia), se ordenó oficiar a la respectiva Junta, en los siguientes términos:

*Tras examinar la historia clínica aportada al proceso, lo mismo que el capítulo de patologías o deficiencias contenido en el pluricitado dictamen, se advierte que el paciente calificado presenta lesiones en ambos segmentos de la espalda (superior e inferior) esto es, en la región cervical y en la región dorso-lumbar, lo que necesariamente sitúa sus principales patologías dentro de la tabla 1.16 (síndromes dolorosos de espalda) prevista en el Decreto 917 de 1999, que es la normativa que estaba vigente a la fecha del dictamen demandado. Ahora bien, al demandante le fue asignado por la cervicobraquialgia (o síndrome doloroso cervibranquial) un porcentaje del 12,5% que, en contraste con las demás patologías que lo aquejan, corresponde al más alto grado de deficiencias; mientras que por las patologías asociados con la región lumbar, aparece ubicado en cuarto lugar, con un 5%, el síndrome doloroso lumbar, sin que aparentemente se haya tenido en cuenta que el paciente, además presenta diagnóstico documentado de “espondilolistesis G-II con espondilolistesis ístmica de L4” (ver valoración de neurología del 10 de marzo de 2011 –Fl. 94-), que admite un valor de hasta el 20%, cuando es traumática, operada –como es el caso del demandante- y con secuela electromiografía severa. (Ello así) para mayor claridad, antes de emitir el respectivo fallo de segunda instancia, proceda a resolver por escrito y en un término no mayor a 10 días las siguientes preguntas:* *1) ¿dado que el paciente calificado sufre de espondilolistesis G II con espondilolistesis ístmica de L4, existe en su caso específico, diagnóstico y pronóstico electromiográfico? ¿Tuvo acceso al mismo la Junta de Calificación al momento de calificarlo?; 2) ¿por qué razón en la calificación sub-examine no fue ponderada dentro de las deficiencias el diagnóstico de espondilolistesis documentalmente soportado por el señor ORLANDO DE JESÚS VELÉZ RESTREPO?* y *3) ¿presenta el paciente fijación articular definitiva en una posición anómala (anquilosis) ya sea en el segmento vertebral o lumbar?*

En respuesta a dicho cuestionario, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, mediante comunicación del 7 de abril del presente año (Fl. 23 ídem), señaló que en el caso del demandante no había deficiencia alguna por *espondilolistesis, traumática, operada*, puesto que no existía secuela electromiográfica, ello pese a haber aceptado que no había accedido a ningún estudio paraclínico que arrojara tal conclusión. Dicho en otras palabras, concluyó que no había secuela por “*espondilolistesis”*, a pesar de que al calificado no se le había practicado estudio electromiografico, como lo exige el Decreto 917 de 1999.

En vista de lo anterior, a efectos de verificar la presencia o no de dicha secuela, se ordenó en esta instancia, mediante auto del 24 de abril de 2017 (Fl. 24) que la NUEVA EPS (Empresa Promotora de Salud a la que se encuentra afiliado el demandante) procediera de inmediato a practicarle un examen diagnostico encaminado a determinar la huella electromiográfica por *espondilolistesis traumática.*

El 2 de agosto de 2017 (Fl. 39) fueron allegados al proceso los resultados de la prueba electromiográfica, e inmediatamente se ordenó su remisión a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, con la advertencia de que debía proceder a revisar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del actor, tomando en consideración las conclusiones del aludido examen.

En respuesta a este último requerimiento, el 25 de septiembre de 2017 (según puede verse en el folio 46 del expediente de segunda instancia) se emitió un nuevo dictamen, que arrojó como resultado un porcentaje de pérdida de la capacidad del 50,11%, de origen común, estructurado el 12 de agosto de 2010.

**V - CASO CONCRETO**

Como acaba de ser expuesto, el resultado del dictamen pericial practicado en el proceso por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, arroja un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al dictaminado en la calificación de invalidez objeto de la demanda, lo cual se explica por el hecho de que en el dictamen demandado no se había asignado el porcentaje correcto a las deficiencias o patologías padecidas por el demandante, pues para ello resultaba absolutamente necesario conocer la repercusión electromiográfica de dichas patologías (asociadas a la columna vertebral), habida cuenta que las mismas figuraban en la historia clínica conforme se observa a folio 94 del expediente, correspondiente a la valoración por neurología hecha el 10 de marzo de 2011.

Lo anterior pone en evidencia que la Junta de Calificación demandada emitió una calificación de invalidez (en junio del año 2010) sin disponer de la totalidad de los antecedentes técnico-médicos objetivos sobre las patologías en estudio, lo cual viola de manera flagrante el artículo 10 del Decreto 917 de 1999. Se arriba dicha conclusión, luego de comprobar los siguientes hechos:

**1)** Según se deduce de la tabla 1.16 del Decreto 917 de 1999, para la fijación cuantitativa del grado de perturbación objetiva ocasionado por las patologías asociados a “síndromes dolorosos de la columna” se exige de manera ineludible la práctica de una electromiografía al calificado.

**2)** La repercusión electromiográfica de las patologías relacionadas en la citada tabla, puede darse en grado leve, moderado o severo.

**3)** Al demandante no se le practicó electromiografía antes de la calificación objeto de la demanda.

**4)** Pese a la ausencia de prueba electromiográfica, la Junta le asignó al calificado un porcentaje del 5% por la deficiencia “síndrome doloroso lumbar”, que puede corresponder, de acuerdo a la citada tabla, a una “lumbalgia post-traumática, con severas alteraciones clínicas y radiográficas, sin alteraciones electromiográficas o también a una

“lumbociatalgia con alteraciones clínicas y radiográficas y/o electromiográficas leves a moderadas”.

5) Pues bien, puesta la mirada en la última calificación de invalidez practicada al demandante en el marco del presente proceso (cuando ya el mismo hacía curso en segunda instancia –ver reverso del folio 47, cuaderno No. 2), con sustento en los resultados arrojados por la prueba electromiográfica ordenada de oficio por esta Corporación, la Junta Regional de Calificación de Caldas decidió elevar el porcentaje de la deficiencia por “síndrome doloroso lumbar” del 5 al 10%.

Se concluye de lo anterior que en el dictamen demandado se asignó de manera arbitraria un porcentaje a la deficiencia “síndrome doloroso lumbar”, pues la Junta calificadora no había tenido acceso a la prueba electromiográfica necesaria para determinar, científicamente, el grado de perturbación orgánica ocasionada por la patología o síndrome objeto de estudio.

Ahora bien, no sobra advertir que el aumento del porcentaje de la deficiencia no obedece al carácter progresivo y degenerativo de citada patología, pues nótese que la fecha de estructuración de la invalidez (12 de agosto de 2010) se ubicó en fecha anterior a la de la emisión del dictamen demandado, lo cual quiere decir que el demandante ya presentaba un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 50% cuando fue valorado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de junio de 2011.

 En ese orden de ideas, la Junta demandada calificó la pérdida de la capacidad laboral del demandante sin conocer el diagnóstico definitivo de las patologías objeto de estudio, lo cual afecta directamente la validez del dictamen, de tal suerte que la razón está del lado del demandante -tal como se comprueba con la calificación de invalidez practicada en el curso del proceso- al aseverar que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral objeto de reproche en la demanda, presenta errores sustanciales que ameritan su nulidad.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia, y en su defecto, se declarará la nulidad del dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido en relación con el demandante por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de junio de 2011.

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,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de la referencia

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido en relación con el demandante por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de junio de 2011.

**TERCERO: DECLARAR**, en defecto del dictamen anulado, que de acuerdo a la calificación de pérdida de la capacidad laboral practicada en el curso del proceso, el demandante presenta una pérdida de la capacidad laboral del 50,11%, de origen común, estructurada el 12 de agosto de 2010.

 **CUARTO: CONDENAR** en costas procesalesde ambas instancias a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.** Liquídense por secretaria del juzgado de origen.

Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**