El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 17 de mayo de 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2016-00175-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jairo Hincapié Parra

Demandado: AFP Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE INVALIDEZ / DICTAMEN DE CALIFICACION DE INVALIDEZ / OPONIBILIDAD / NO SE NOTIFICÓ A LA ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES / DICTAMEN NO ES OPONIBLE / CONFIRMA / NIEGA /**

Como se verifica en la norma citada, todas las entidades de la seguridad social tienen una participación activa en el proceso calificatorio de la pérdida de capacidad laboral y, por tanto, todas deben estar plenamente integradas al mismo, lo que se materializa con la publicidad que se debe dar a las decisiones allí adoptadas, con el fin de que las mismas puedan ser rebatidas, en los términos referidos en el texto legal glosado. Y de una vez dígase que si se pretermite ese deber de publicidad y la consecuente imposibilidad de recurrir o contradecir las decisiones adoptadas en el marco del proceso de calificación, puntualmente, los dictámenes allí emitidos, no pueden ser oponibles a las entidades responsables de la asunción de las prestaciones de la seguridad social.

Esta consecuencia resulta lógica, atendiendo que el proceso calificatorio no escapa del derecho fundamental al debido proceso, contenido en la Carta Política –art. 29-, en virtud del cual se debe permitir, entre otras garantías, la de conocer y contradecir las decisiones que se adopten en determinado procedimiento.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los diecisiete (17) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 25 de mayo de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***Jairo Hincapié Parra*** adelanta contra la ***AFP Porvenir S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que el demandante busca que se declara que tiene derecho a que se le reconozca y pague por parte del Fondo demandado la pensión de invalidez desde el 06 de mayo de 2013 y hasta el 31 de enero de 2015, así como la diferencia entre la pensión de invalidez y vejez reconocida a partir del 01 de febrero de 2015, con los correspondientes intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Para así pedir refiere que el demandante prestó sus servicios de manera interrumpida en el sector privado afiliado en el ISS hasta el 31 de diciembre de 1996, que se trasladó al Fondo Privado Porvenir donde cotizó entre abril de 1997 y septiembre de 2013, que desde el año 2012 empezó a presentar problemas de salud graves tratados por la EPS Saludcoop, que el 29 de noviembre de 2012 el departamento de medicina laboral de la EPS le informó a la AFP ING que era necesario comenzar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, pues el actor no tenía concepto favorable de rehabilitación, que el pronóstico presentado era el de EPOC e insuficiencia respiratoria, que ante la demora injustificada en el trámite, el actor decidió acudir directamente a la Junta de Calificación de Invalidez, que en dictamen del 23 de mayo de 2014 se estableció por la Junta de Calificación de Invalidez de Caldas que el actor tenía una merma de capacidad laboral del 52.96% de origen común y estructurada el 06 de mayo de 2013, que para el momento del dictamen ya estaba en trámite el reconocimiento de pensión de vejez, la que efectivamente se reconoció a partir del 01 de febrero de 2015, que en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, contaba con 50 semanas cotizadas.

Admitida la demanda, se dio traslado a la sociedad accionada, la cual allegó respuesta por intermedio de procurador judicial, el cual se manifestó respecto a los hechos de la demanda, aceptando la afiliación del demandante al sistema de la seguridad social, el traslado al RAIS, el trámite de la pensión de vejez, y el reconocimiento y la satisfacción del requisito de semanas para la pensión de invalidez. Respecto a los restantes los niega o indica que no le constan. Se opone a las pretensiones y excepciona de fondo “Prescripción”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado”, “Compensación”, “Culpa exclusiva del accionante”, “Exoneración de condena en costas y de intereses de mora”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Falta de personería sustantiva por pasiva”, “Inexistencia de la fuente de la obligación” y “Violación al debido proceso”.

***SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.***

La a-quo negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que la calificación de la pérdida de capacidad laboral no resultaba oponible a la aseguradora. Para así concluir, encontró que la calificación de la pérdida de capacidad laboral debe ser fruto de todo un procedimiento, en el que todas las entidades involucradas EPS, ARL y AFP deben participar y estar presentes en dicho trámite, pudiendo en todo caso contradecir, en los términos legales, tales decisiones, lo que en este caso no fue posible adelantarlo, pues cuando el actor acudió particularmente a la Junta de Caldas, no se surtió la notificación a la AFP, por lo que resultaba inoponible el mismo a la sociedad demandada, motivo por el cual, no puede accederse a la pensión de invalidez.

***CONSULTA***

Al tratarse de una decisión negativa a los intereses del afiliado al sistema de seguridad social, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta, conforme al canon 69 del CPTSS.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para desatar el grado jurisdiccional de consulta, se plantea la Sala el siguiente interrogante:

*¿Es oponible a la AFP ING el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Caldas?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

La calificación del estado de invalidez de un afiliado al sistema de seguridad social, se debe surtir en los términos de que trata el canon 41 de la Ley 100 de 1993, norma que en su tenor literal expresa:

*“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<6> - 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 se verifica en la norma citada, todas las entidades de la seguridad social tienen una participación activa en el proceso calificatorio de la pérdida de capacidad laboral y, por tanto, todas deben estar plenamente integradas al mismo, lo que se materializa con la publicidad que se debe dar a las decisiones allí adoptadas, con el fin de que las mismas puedan ser rebatidas, en los términos referidos en el texto legal glosado. Y de una vez dígase que si se pretermite ese deber de publicidad y la consecuente imposibilidad de recurrir o contradecir las decisiones adoptadas en el marco del proceso de calificación, puntualmente, los dictámenes allí emitidos, no pueden ser oponibles a las entidades responsables de la asunción de las prestaciones de la seguridad social.

Esta consecuencia resulta lógica, atendiendo que el proceso calificatorio no escapa del derecho fundamental al debido proceso, contenido en la Carta Política –art. 29-, en virtud del cual se debe permitir, entre otras garantías, la de conocer y contradecir las decisiones que se adopten en determinado procedimiento. Si en el mismo se desconoce esta garantía, el dictamen resulta inoponible al fondo pensional y del mismo no se pueden derivar las consecuencias correspondientes. El tema no ha sido ajeno a la jurisprudencia nacional, siendo por tanto procedente citar uno de los pronunciamientos que el órgano de cierre de la especialidad laboral ha efectuado al respecto:

*“Así las cosas, no se equivocó el Tribunal al desestimar el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, en tanto para su práctica no se dio cumplimiento al procedimiento previsto en los artículos 22 y 32 del Decreto 2463 de 2001, el cual persigue garantizar el derecho de defensa y contradicción a todos los interesados, de tal manera que no se presenten situaciones como las ventiladas en esta oportunidad donde la demandada, a cuyo cargo estaba la prestación, fue sorprendida con una prueba pericial de cuya práctica no tuvo conocimiento, sino en el momento en que el actor la presentó con la finalidad de readquirir el derecho extinguido, todo lo cual no puede considerarse extraño a la controversia, como lo pretende la censura” (Sentencia del 14 de junio de 2011 Rad. 37.446).*

En el caso puntual, se tiene que obra a folio 36 dictamen emitido por la Juta de Calificación de Invalidez de Caldas, practicado de manera particular, sin que exista constancia alguna de que el mismo se puso en conocimiento de la AFP ING y, de conformidad con el documento obtenido oficiosamente por el Despacho a-quo –fl. 656- respecto al trámite que se dio a la petición de calificación efectuada por el demandante en la aludida Junta, esta informa que al único que se le dio parte del aludido dictamen fue a Liberty Seguros. Por lo tanto, es evidente para esta Sala que la aludida pericia no puede ser oponible a la AFP ING, pues no participó en el proceso calificatorio, no pudo por tanto contradecirlas, resultándole por tanto ineficaz el aludido dictamen a ella.

Por lo dicho, se observa acertada la decisión de la a-quo, por lo que se mantendrá la misma.

Sin costas en esta instancia.

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

***FALLA***

1. ***Confirmar*** la sentencia proferida el 25 de mayo de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, en el proceso de la referencia.
2. *Sin costas en esta instancia.*

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada