

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL - FAMILIA - LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEIS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A
DECISIÓN: MODIFICA PARCIALMENTE SENTENCIA

Valledupar, cinco (05) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, el 20 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **YHON YEIS CÚRVELO MARTÍNEZ** sigue a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A** y a la recurrente.

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Buscan se declare: *i)* la nulidad del dictamen n°. 20247 del 23 de septiembre de 2017, y se determine la perdida de capacidad laboral del señor Yohn Yeys Cúrvelo Martínez, su origen y fecha de estructuración; *ii)* se determine a cuál de las demandadas Axa Colpatria S.A o Colfondos S.A le corresponde pagar las incapacidades y la pensión de invalidez del demandante. En consecuencia, se condene por concepto de incapacidades; y se reconozca y pague la respectiva pensión de invalidez, junto con las mesadas pensionales adicionales, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, y las costas del proceso.

Como sustento factico de esas pretensiones, se adujo, que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 21 de agosto de 2017, por lo

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

que se le emitieron constantes incapacidades médicas debido a sus diagnósticos relacionados con traumatismos en la cabeza, cuello, tórax, abdomen, hombro y síndrome de estrés postraumático.

Además, que, el día 19 de febrero de 2018, en valoración por Psiquiatría se le diagnosticó al demandante “*Trastorno de estrés postraumático aguda con síntomas psicóticos y esquizofrenia no especificada*”, por lo tanto, del 1° de mayo al 31 de julio de 2018, fue internado en el centro psiquiátrico Sociedad Unidad Integral de Salud Mental SION S.A.S y, el 1° de agosto de 2018, fue hospitalizado de manera parcial otorgándosele incapacidad por asistencialidad al programa de internación parcial, recibiendo cada mes incapacidad intrahospitalaria hasta el 5 de junio de 2019.

Que el 23 de abril de 2018, Axa Colpatria S.A remitió notificación del dictamen n°. 20247, donde califica al demandante su pérdida de capacidad laboral del 0.0%, y el cual no fue apelado debido a las condiciones psiquiátricas de este, no obstante, el 8 de noviembre de 2018, se inició proceso de calificación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena; quien el 10 de febrero de 2019, emitió el dictamen n° 5092612- 49, donde se determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.27 % con una fecha de estructuración 31 de agosto de 2018, para los diagnósticos de “*Bursitis del hombro con origen accidente laboral; cefalea postraumática crónica, origen accidente laboral; trastorno afectivo bipolar, episodio depresivo grave, presente con síntomas sicóticos de origen enfermedad común*”.

El 20 de febrero de 2019, se aportó copia del dictamen a Colfondos S.A con el fin de que se le otorgara al accionante la pensión de invalidez, pero fue negada bajo el supuesto de que el mismo no le fue notificado, presentando nulidad ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, quien no accedió a esta.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 6 de junio de 2022; y luego de notificada la parte demandada, frente a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se tuvo por no contestada la demanda.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A, aceptó que el accionante sufrió un accidente de trabajo el 21 de agosto de 2017, tal como consta en el informe de accidente laboral. Asimismo, que mediante dictamen n°. 20247 del 9 de abril de 2018 le determinó una pérdida de capacidad laboral equivalente al 0.0% con ocasión del accidente de trabajo.

Señaló, que el actor fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, mediante dictamen n°. 5092612 - 49 del 10 de enero de 2019, determinando una PCL del 50.27%, haciendo salvedad que la ponderación de sus deficiencias es de un origen común, por lo que no existen obligación condicional a cargo de esta compañía.

Se opuso a la nulidad del dictamen n° 20247, por cuanto fue expedido conforme al Decreto 1507 de 2014, y no existe comprobación de que no se haya proferido con sujeción a la Ley, además que, el dictamen que se encuentra en firme es el n° 5092612 – 49 emitido por la JRCIM, quien determinó la PCL y el riesgo común. También se opuso a la pretensión de pago de incapacidades temporales, toda vez que reconoció y cubrió las mismas por un valor total de \$6.159.187.

En desarrollo de esa defensa, planteó las excepciones de mérito que denominó: *«legalidad del dictamen n.º 5092612 - 49 de fecha 10 de enero de 2019 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena», «cumplimiento contractual de la compañía ARL AXA COLPATRIA Seguros de Vida S.A. respecto de las prestaciones asistenciales y/o económicas derivadas de las coberturas disponibles para los riesgos laborales», «inexistencia de obligación a reconocer y pagar pensión de invalidez inclusive de reconocer y pagar incapacidad permanente parcial al señor Yohn Yeys Cúrvelo Martínez».*

3. SENTENCIA APELADA

Culminó el trámite de primera instancia con sentencia dictada el 20 de abril de 2023, donde se condenó a Colfondos S.A reconocer a favor del demandante la pensión de invalidez desde el 20 de junio de 2019, con un total de 13 mesadas anuales y por valor del salario mínimo de la época. Condenó a pagar las sumas relacionadas, debidamente indexadas, por concepto de retroactivo pensional y subsidio por incapacidad. Absolvió a Axa

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

Colpatria S.A de todas las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a Colfondos S.A.

Como primera medida, la juez abordó lo concerniente al subsidio por incapacidad, concluyendo que es procedente el reconocimiento y pago por dicho concepto en favor del demandante, por origen común, pero solo a partir del 1° de junio de 2019, y a cargo de Colfondos S.A, toda vez que son las que aparecen a cargo de esta entidad vencidos los primeros 180 días continuos de incapacidad, por un valor total de \$524.473, debiéndose absolver a Axa Colpatria al encontrarse probado que las incapacidades de origen laboral, ya fueron sufragadas conforme el material probatorio recaudado.

Prosiguió el estudio de la pensión de invalidez exponiendo que la norma a aplicar es la vigente a la fecha de la estructuración del estado de invalidez, que, en el caso de marras lo es la Ley 100 de 1993.

Al revisar las pruebas allegadas, encontró dictamen pericial n°. 5092612-49 del 10 de enero de 2019, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, en el que se le dictaminó al actor una pérdida de capacidad laboral del 50.27%. Agregó, que, si bien también se aportó un dictamen, en el cual Axa Colpatria emite un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 0%, este únicamente hace relación a las secuelas de origen laboral acaecidas con vocación de un accidente de trabajo y, por el contrario, el dictamen proferido por la JRCIM es con base en una valoración total o integral, incluyendo todas las secuelas de enfermedades comunes o laborales que padece el actor.

Consideró que, al dictamen realizado por la JRCIM en calidad de perito, debe dársele pleno valor probatorio, comoquiera que, en contexto con las otras documentales que ponen de presente la historia clínica y médica del demandante, se observa que lo concluido es coherente y acertado, además que, la calificación de las deficiencias y del rol laboral se hizo siguiendo las normas que gobiernan la materia y, al rendirse interrogatorio al perito, se pudo establecer la idoneidad y, que dicha experticia, se obtuvo con obediencia de los Manuales de Calificación de Invalidez.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

En tal orden, concluyó que el actor cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y que la misma es de origen común, cumpliendo con el primero de los requisitos para acceder a la prestación de invalidez. Luego, el actor debe demostrar que cotizó por lo menos 50 semanas entre el 31 de octubre de 2015 y el 31 de octubre de 2018, requisito que también cumplió con base en la información contenida en la documental visible a folio 17 del archivo n°. 21 del expediente en Onedrive.

Expuso que, Colfondos S.A alegó que, no puede accederse a la prestación al no habersele notificado el trámite de calificación, no obstante, ese dictamen pericial se realizó por solicitud del interesado, para ser allegado a este proceso judicial, pudiendo ser controvertido en el curso del mismo; luego si lo que pretendía era que no se tuviera en cuenta, debió desvirtuarlo aportando uno nuevo o solicitando la citación de los peritos a fin de controvertirlo, empero, no lo hizo, y solo se limitó a adjuntar la calificación de Axa Colpatria, cuyo contenido ya había sido objeto de análisis en esta providencia.

Con relación al monto de la pensión, realizado el cálculo correspondiente del IBL, y al aplicarle la tasa de reemplazo, obtuvo como resultado un inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo tanto, reconoció la primera mesada pensional equivalente a un salario mínimo, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, y con un total de 13 mesadas. En cuanto a la fecha a partir de la cual debe reconocerse la misma, dijo que, conforme la Ley, lo será desde el día siguiente a la última incapacidad demostrada, esto es, 20 de junio de 2019.

Aclaró, que la demandada Colfondos no propuso excepción de prescripción, y que como Axa Colpatria no configura un litisconsorcio necesario respecto de aquella, la excepción que esta propone no beneficia a la primera, con todo, las mesadas pensionales que ahora se reconocen tampoco estarían afectadas por el fenómeno extintivo, ya que fueron reclamadas dentro de los tres (3) años siguientes a su causación.

Sobre los intereses moratorios, que pese a que está demostrado que el demandante solicitó la pensión de invalidez que ahora le es reconocida, ello se hizo con base en el dictamen pericial que para ese momento no le era

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

oponible al Fondo de Pensiones, en tanto no se le brindó la oportunidad de controvertirlo y solo hasta ahora tuvo esa oportunidad. Por tanto, consideró que no hay lugar a la imposición de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, y en su lugar, ordenó la indexación del retroactivo pensional.

5. RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, solicitando se revoque el reconocimiento del pago de la incapacidad superior a los 180 días, puesto si bien la norma establece que, una vez superado los 180 días está a cargo del Fondo de Pensiones, no es menos cierto, que para la época en que se expidieron no estaba definido el origen de las mismas, y solo hasta la expedición del dictamen, y hasta el momento de esta sentencia, es que se está determinando que la pérdida o que el origen de las patologías del demandante fueron de origen común.

Añadió, que tampoco se tuvo en cuenta el marco normativo en sentido que nada se dijo respecto al concepto de rehabilitación que establece puntualmente el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que es un requisito para que en este caso proceda el pago del subsidio de incapacidad a cargo del Fondo de Pensiones y Cesantías. Además, que, no se radicó en debida forma la correspondiente solicitud con el anexo que exige la norma, que es el concepto de rehabilitación expedido por la EPS, por lo que no se agotó el trámite legal para reclamar las incapacidades de origen común posteriores a los 180 días iniciales.

Solicitó además, se revoque lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, dado que, si bien el dictamen fue allegado como una prueba pericial solicitada de manera extraprocesal, también lo es, que la norma taxativamente determina un procedimiento administrativo previo, el cual prevé que, le corresponde en primer lugar a las administradoras del sistema de Seguridad Social, de acuerdo al caso, calificar la invalidez y el origen de las contingencias de sus afiliados, sin dejar al arbitrio de los afiliados a que acudan a buscar una prueba pericial, con el fin de que en un proceso judicial se le reconozca la pensión de invalidez, sin antes agotar el procedimiento establecido en la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario, no

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

tendría sentido, ni aplicabilidad lo que consagra la Ley, aunado a que se viola el debido proceso al que están obligados constitucionalmente todas las autoridades, luego el dictamen carece de validez para ser tenido como prueba pericial, ya que no fue notificado en debida forma.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

En la oportunidad correspondiente, el apoderado judicial de la parte demandante allegó escrito alegando de conclusión manifestando que coincide con el despacho al considerar que dentro del presente debate quedó demostrado que la demandada Colfondos le adeuda al señor Cúvelo Martínez, las incapacidades generadas superiores a los 180 días, esto es, a partir del 01 de junio de 2019, a cargo del fondo de pensiones Colfondos S.A. y que, con lo relacionado con el segundo problema jurídico resuelto por el despacho, también considera que el despacho acertó al considerar procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del afiliado, y a cargo de la demandada Colfondos, por haberse demostrado el actor cumplió con los requisitos legales para que se le reconozca y pague dicha pensión.

Por su parte, el vocero de Colfondos allegó pronunciamiento solicitando que se absuelva a la gestora de todas las pretensiones de la demanda, arguyendo para ello que el actor «[...] *se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen consagrado en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993* [...]».

De su orilla, Axa Colpatria Seguros de Vida SA alegó que no puede pretender la parte demandante revivir términos o usar la instancia del proceso laboral para solicitar recalificaciones, si en la oportunidad procesal pertinente dejó vencer los términos y que al proceso laboral se acude en última instancia, cuando ya se han agotado todos los recursos necesarios y no queda otra alternativa sino es, acudir a la jurisdicción laboral, en este caso, el accionante, no agoto los recursos de ley, y no puede pretender que sean revividos por el juez de esta instancia. De igual forma, precisó que al haberse determinado que la pérdida de capacidad laboral es de origen común. No cumple con los requisitos de ley para acceder a la prestación económica, derivadas de un origen de riesgo laboral y, por tanto, su

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

representada, no está llamada a responder de conformidad al artículo 9° de la ley 776 de 2002.

II. CONSIDERACIONES

Los consabidos presupuestos procesales, demanda en forma, capacidad de parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente, por ende, se impone una decisión de fondo. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de esa naturaleza.

La Sala resolverá el recurso de apelación en los estrictos términos en que fue formulado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 66-A del CPTSS.

1. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo historiado, se tiene que el problema jurídico puesto a consideración de esta Colegiatura se centra en determinar si el dictamen pericial emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, es una prueba valida oponible a Colfondos S.A. De igual forma, si es acertada la decisión de primer grado de condenar a la demandada por concepto de incapacidades de origen común superiores a los 180 días, prescritas en favor del actor.

2. TESIS DE LA SALA

Se confirmará la determinación de primera instancia en cuanto a la validez del peritaje rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, puesto si bien no se realizó bajo el trámite administrativo previsto en la Ley 100 de 1993, este no es un procedimiento previo que necesariamente deba agotarse para que se reconozca la pensión de invalidez, además que, la experticia aportada, no constituye prueba solemne, y pudo ser desvirtuada en juicio, no obstante, no lo hizo la demandada Colfondos S.A.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

De otra parte, se modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, en sentido de excluir de la condena impuesta contra Colfondos S.A, el pago por concepto de subsidio por incapacidad, al echarse de menos el concepto favorable o desfavorable emitido por la EPS, para que a partir del día 181, corresponda a cargo del Fondo de Pensiones asumir el auxilio.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

3.1. SOBRE EL DICTAMEN PERICIAL DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.

Se advierte a folio 22 a 33 de la demanda, dictamen pericial n°. 5092612-49 del 10 de enero de 2019 rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, por solicitud del demandante, en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.27%, de riesgo común y fecha de estructuración 31 de octubre de 2018, con fundamentos en los diagnósticos de “*bursitis del hombro, cefalea postraumática crónica, trastorno efectivo bipolar, episodio depresivo grave con síntomas psicóticos*”.

Alude el extremo apelante, que ese dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, no cumple con los requisitos para ser tenido como prueba pericial, en tanto no se agotó el procedimiento administrativo previo establecido en la Ley 100 de 1993, ni le fue notificado en debida forma.

En primer lugar, cumple recordar que, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso según el artículo 164 del Código General del Proceso, pues incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que estas persiguen. De igual modo, conforme lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los jueces están en la obligación de analizar todas las pruebas aportadas en tiempo, sin sujeción a tarifa legal alguna, por lo que gozan de libertad para apreciarlas y formar su propio convencimiento, salvo cuando la Ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*, pues en tal caso “no se podrá admitir su prueba por otro medio”.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

En los procesos de reconocimiento de la pensión de invalidez, el Sistema de Seguridad Social Colombiano ha dispuesto que se causa cuando una persona por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, tal como lo consagra la Ley 100 de 1993, arts. 38 y 39, modificado por el art. 1 de la ley 860 de 2003; luego resulta de vital importancia la determinación de un grado de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, asimismo, la definición de la fecha en la que se estructuró el estado de invalidez, para lo cual, el legislador puede apoyarse en organismos médico técnicos con el fin de determinar tales aspectos.

Es preciso aclarar, que si bien la Ley 100 de 1993 determinó las entidades habilitadas para la calificación de la pérdida de capacidad laboral de los afiliados, su porcentaje, origen, fecha de estructuración, procedimiento para su trámite, así como la calificación en primera oportunidad y la doble instancia en caso de no estarse de acuerdo con la calificación; no significa que esos dictámenes emitidos por las autoridades competentes, deban acatarse en su literalidad, ni que constituyan un trámite administrativo previo que obligatoriamente deba surtirse para el reconocimiento de la pensión de invalidez, como lo pretende hacer ver el apelante; pues no son prueba solemne, ni el único medio probatorio para obtener el derecho pensional, pudiéndose inclusive debatir y controvertir ante los jueces de trabajo al no tener la virtualidad de resolver en forma definitiva las controversias surgidas en torno al estado de invalidez de una persona; tampoco de producir efectos de cosa juzgada.

Sobre el punto de estudio, nuestro máximo tribunal ordinario en sentencia CSJ SL1044-2019, expresó:

*[...] Pues bien, la Sala de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado (CSJ SL 11910, 29 sep. 1999; CSJ SL 14472, 27 feb. 2001, CSJ SL 15904, 1.º ago. 2001 y CSJ SL 17187, 27 nov. 2001) que si bien la gestión que se realiza ante las juntas de calificación de invalidez, conforme a los artículos 41, 42 y 43 originales de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 2463 de 2001 vigente en la época que atañe al sub lite, tiene por finalidad establecer el estado de invalidez mediante un procedimiento específico, **este no corresponde a un trámite administrativo previo que necesariamente deba agotarse para que se reconozca la pensión de invalidez, puesto que la parte interesada***

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

en la valoración médica también puede acudir directamente ante la jurisdicción ordinaria laboral.

(...)

*Asimismo, también la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que **los dictámenes proferidos por las juntas de calificación de invalidez, sean regionales o nacionales, no son pruebas solemnes, de modo que pueden ser controvertidas ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por aquellas** (CSJ SL 29622, 19 oct. 2006; CSJ SL 27528, 27 mar. 2007; CSJ SL 35450, 18 sep. 2012, CSJ SL 44653, 30 abr. 2013, CSJ SL16374-2015 y CSJ SL5280-2018).*

(...)

Así las cosas, el ejercicio de los recursos previstos en el decreto en cita contra los dictámenes que profieren las juntas de calificación de invalidez, no es el único medio con que cuenta la parte contra la cual se pretenda hacer valer, para oponerse y disentir de su contenido, puesto que también puede controvertirlo ante la jurisdicción ordinaria laboral; incluso, dentro del proceso, puede hacer uso de la solicitud de una nueva valoración, para que sea el juez quien decida conforme a la sana crítica lo pertinente, a efectos de resolver sobre la pretensión deprecada.

*Luego, en el sub lite, **si bien es cierto que la actora no notificó a la accionada del trámite de pérdida de capacidad laboral que inició ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, la convocada a juicio –en ejercicio pleno de su derecho de contradicción y defensa– pudo debatir el dictamen que se allegó al plenario o requerir en la contestación de la demanda la expedición de uno nuevo. Sin embargo, optó por declinar esa opción y limitó su defensa a alegar que aquella valoración médica no le era oponible.***

Entonces, si bien el peritaje proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, no se realizó bajo el procedimiento administrativo previsto en la Ley 100 de 1993, sino en razón a que el actor decidió practicarse de manera particular una calificación de pérdida de capacidad laboral, ese hecho por sí mismo no le resta valor probatorio al dictamen allegado, ya que pueden ser enjuiciados en el proceso judicial a efectos de ser desvirtuados.

En tal orden, si bien es cierto que la experticia no fue notificada a la demandada Colfondos S.A, tuvo la oportunidad de debatirla al interior del juicio, solicitando la comparecencia del perito a la audiencia, o aportando uno nuevo, teniendo en cuenta que es una entidad especializada en seguridad social en pensiones, y por ello cuenta con la estructura técnico-científica para haber emitido y allegar al proceso un dictamen pericial en las oportunidades procesales y conforme a las subreglas de los artículos 164,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

167, 227, 228 y 229 del Código General del Proceso, empero, no realizó ninguna de esas actuaciones, tal como se determinó en primera sede; luego impensable es, predicar alguna violación del derecho de defensa y contradicción, cuando tuvo todas esas oportunidades para actuar contra el contenido del dictamen allegado y no lo hizo.

En síntesis, no se advierte la deficiencia procesal echada de menos al dictamen pericial n°. 5092612-49 del 10 de enero de 2019 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, además que, la *a-quo* junto con los demás medios probatorios recaudados, entre ellos, el interrogatorio al perito, ejerció sus facultades de valoración probatoria y libre formación del convencimiento sobre la multicitada experticia que prueba que, efectivamente, Yohn Yeys Cúrvelo Martínez tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, de origen común, por tanto, este punto de inconformidad traído a instancia de Colfondos S.A, no tiene vocación de prosperidad.

3.2. SOBRE EL PAGO DE INCAPACIDADES TEMPORALES POSTERIORES A LOS 180 DÍAS, DE ORIGEN COMÚN.

La inconformidad de Colfondos S.A respecto de la condena impuesta por concepto de subsidio por incapacidad, de origen común, superiores a los 180 días, gira en torno a que, tan solo hasta la emisión del dictamen pericial que calificó la pérdida de capacidad laboral del demandante, se determinó el “origen común” de las patologías, sumado a que, no obra en el plenario el respectivo concepto de rehabilitación emitido por la EPS.

Frente a quien corresponde el pago de las incapacidades, el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, dispuso:

“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.”

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

Desde otra orilla, los incisos 5° y 6° del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, al respecto consagra:

“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 iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.***

La expresión resaltada contenida en el inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, fue objeto de constitucionalidad en sentencia C-270-2023 del 19 de julio de 2023, en sentido que *“la EPS deberá pagar el subsidio por incapacidad temporal desde el día 181, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto emita el concepto que le corresponde, sea este uno de rehabilitación favorable o de rehabilitación desfavorable”.*

De lo expuesto es pertinente colegir que, cuando al trabajador se le generen subsidios por incapacidad temporal por accidente o enfermedad común, dichos subsidios se pagarán los 2 primeros días por parte del empleador, luego, a partir del 3 día estarán a cargo de la EPS hasta el día 180. Antes de cumplirse el día 120, la EPS deberá emitir concepto de rehabilitación y remitirlo al Fondo de Pensiones antes del día 150. En el evento de que ello no sea así, esto es, si antes del día 150 de incapacidad, la EPS no ha remitido concepto favorable o desfavorable al Fondo de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

Pensiones, deberá continuar pagando el subsidio por incapacidad, después del día 180 hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

No es un hecho discutido en esta instancia, que el pago de las incapacidades por enfermedad general, ordenadas en primera sede del 1° al 19 de junio de 2019, son posteriores a los 180 días; luego a partir del día 181, el pago correspondía a Colfondos S.A, siempre y cuando la EPS hubiera remitido concepto de rehabilitación en forma oportuna. Esta situación no fue valorada por la *a-quo*, tal y como lo alega la censura, echándose de menos después de revisar el material probatorio, que la EPS haya cumplido con su obligación de remitir al Fondo de Pensiones, el referido concepto favorable o desfavorable de recuperación del demandante.

Así las cosas, al no existir concepto de rehabilitación, no nació a cargo de Colfondos S.A la obligación del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador, a partir del día 181, pues correspondía a la Entidad Promotora de Salud continuar asumiendo el pago hasta tanto emitiera el concepto.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, en sentido de excluir de la condena impuesta contra la demandada Colfondos S.A, el pago de \$524.473 por concepto de incapacidad temporal, contenido en el literal (f). Dadas las resultas de la alzada, no se impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y Por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el día 20 de abril de 2023, en sentido de excluir de la condena impuesta contra Colfondos S.A, el pago por valor de \$524.473 por concepto de subsidio por incapacidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

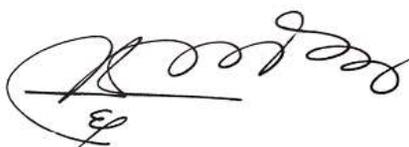
SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la providencia.

TERCERO: Sin condena en costas por esta instancia.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00331-01
DEMANDANTE: YOHN YEYS CÚRVELO MARTÍNEZ
DEMANDADO: AXA COLPATRIA S.A – COLFONDOS S.A

CUARTO: En firme esta decisión, vuelva el expediente al juzgado de origen.

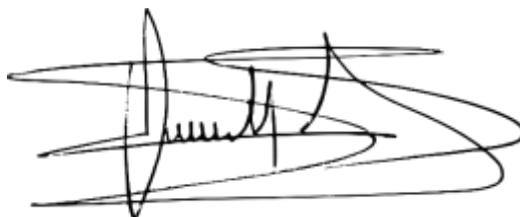
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado