

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	AMANDA GUTIÉRREZ CÓRDOBA
DEMANDADO:	JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ - JNCI, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA – JRCI VALLE DEL CAUCA, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA:	MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 017 2016 00170 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN PENSIÓN DE INVALIDEZ
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 103

Santiago de Cali, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. contra la sentencia 21 del 23 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, y dictan la siguiente:

SENTENCIA No. 473

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se deje sin efectos los dictámenes de pérdida de capacidad laboral proferidos por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ - JNCI, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA – JRCI VALLE DEL CAUCA, y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. – MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A. Se realice la calificación integral de todas las patologías y preexistencias, cuya pérdida de capacidad laboral – PCL es superior el 67,50%, con fecha de estructuración 6 de enero de 2005. Se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - PORVENIR S.A. reconozca y pague pensión de invalidez, en cuantía de \$381.500, con efectividad al 6 de enero de 2005. Se condene al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, señala que:

- i) La señora AMANDA GUTIÉRREZ CÓRDOBA nació el 1 de octubre de 1969.
- ii) Desde el año 2003 presenta dolores de cabeza y visuales, los cuales por el paso del tiempo fueron incrementando, lo que la obligó a acudir a médicos generales y especialistas, que determinaron el origen de su dolencia.
- iii) El 6 de enero de 2005 fue diagnosticada con atrofia óptica izquierda por neuropatía óptica secundaria – adenoma hipofisario (tumor de la hipófisis), tal como quedó establecido en la historia oftalmológica del Instituto de Ciegos y Sordos del Valle del Cauca No. 05010437.
- iv) Laboró como operaria de maquinaria en la empresa Megaplast S.A., hasta el año 2008, labor que no pudo continuar desempeñando debido a su limitación visual.
- v) El dictamen fue corroborado por el Hospital Universitario del Valle el 10 de septiembre de 2010, según informe de patología emitido en esa fecha, por lo cual le realizó resección parcial del tumor.
- vi) En vista que su discapacidad no le permitía continuar realizando labores que le generaran sustento, acudió a la JRCI DEL VALLE DEL CAUCA para

valoración, la cual se realizó el 6 de octubre de 2011, arrojando un porcentaje de PCL del 67,50%, con fecha de estructuración 21 de abril de 2010

- vii) La fecha de estructuración corresponde a una consulta externa realizada el 21 de abril de 2010 en el Hospital Universitario del Valle, en la cual se tomó como precedente que desde el año 2005, fue descubierto tumor hipofisiario.
- viii) Acudió a la JRCI DEL VALLE DEL CAUCA para su valoración el 23 de febrero de 2012, en la cual se varió el porcentaje de PCL y la fecha de estructuración, y se tasó en un 57,90%, con estructuración el 6 de septiembre de 2011, data que corresponde a concepto de rehabilitación que emitió neurocirugía respecto de las secuelas definitivas de la enfermedad.
- ix) Inconforme con lo anterior interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Al resolver el recurso de reposición se confirmó el dictamen.
- x) El recurso de apelación fue desatado el 25 de octubre de 2012 por la JNCI, confirmando el dictamen de la JRCI DEL VALLE DEL CAUCA.
- xi) En los dos dictámenes establece que requiere ayuda de terceros.
- xii) MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A. mediante comunicación del 30 de noviembre de 2011, emite concepto de calificación de invalidez, con diagnóstico final: *“Tumor cerebral (...) 2. Secuelas funcionales definitivas; pérdida de la agudeza visual (...) El pronóstico de recuperación funcional es malo es una secuela definitiva”*.
- xiii) Debido a las contraindicaciones en los dictámenes emitidos, acudió al médico cirujano MARIO ORJUELA, magister en salud ocupacional, el cual conceptúa: *“En ninguna de las calificaciones se tiene en cuenta y por ende no calificado el tumor hipofisiario. (...) Los diagnósticos calificados en el 2011 y 2012, como deficiencia, son los mismos que están soportados en historia clínica y acorde a conceptos de especialistas tratantes, desde el año 2005”*.
- xiv) Se encontraba afiliada para efectos pensionales a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., realizando cotizaciones de forma discontinua entre el 1 de

abril de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2007, cotizando 50 semanas entre el 6 de enero de 2002 y el 6 de enero de 2005.

PARTE DEMANDADA

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

Contesta la demanda, manifestando no constarle la mayoría de los hechos y aceptando los dictámenes emitidos por la entidad.

Se opone a cualquier pretensión en su contra y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“Legitimidad de la calificación dada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, imposibilidad de establecer como fecha de estructuración el día 24 de septiembre de 2009, carácter técnico-científico del dictamen rendido por las juntas: las juntas regionales de calificación de invalidez, buena fe en la actuación de la junta regional de calificación de invalidez del valle del cauca”*.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Da contestación a la demanda, manifestando no constarle la mayoría de los hechos, negando haber emitido comunicación alguna el 30 de noviembre de 2011 en la cual admitiera algún concepto.

Se opone a las pretensiones de la demanda y propone como excepción previa la que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* y como excepciones de mérito las que denominó: *“Prescripción extintiva de las acciones que se derivan del contrato de seguro, obligatoriedad del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siniestro ocurrido por fuera de la vigencia de la póliza, cobro de lo no debido, requisito para la cobertura consagrada en el amparo de sumas adicionales para pensiones de invalidez, carga de la prueba de los perjuicios sufridos y de la responsabilidad del asegurado, la innominada”*.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - PORVENIR S.A.

Manifiesta no le constan la mayoría de los hechos. Se opone a las pretensiones de la demanda, y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“Prescripción, obligatoriedad del dictamen No. 319987760 del 25 de octubre de 2012, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falte de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de acreditación de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, compensación, buena fe de la entidad demandada, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir s.a., incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados, innominada o genérica”*.

LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – JNCI.

Acepta la mayoría de los hechos, se opone a las pretensiones incoadas en su contra y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“Legalidad de la calificación emitida por la junta nacional de calificación de invalidez, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, legalidad de la calificación: fundamentación médica para la fecha de estructuración, la calificación de la fecha de estructuración de la invalidez debe fundamentarse en criterios médicos – técnicos – científicos, falta de legitimación por pasiva de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: improcedencia de pretensiones – competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada, excepción genérica”*.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Contesta el llamamiento en garantía, admitiendo la contratación del seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, con vigencia desde el 1 de enero de 2010 hasta el 1 de enero de 2014; dice que la demandante no acredita la densidad de semanas establecidas en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Al contestar la demanda manifestó no constarle la mayoría de los hechos. Se opone a cualquier pretensión en su contra y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“Obligatoriedad del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siniestro ocurrido por fuera de la vigencia de la póliza, cobro de lo no debido, requisito para la cobertura consagrada en el amparo de*

sumas adicionales para pensiones de invalidez, carga de la prueba de los perjuicios sufridos y de la responsabilidad del asegurado, la innominada”.

BBVA SEGUROS DE VIDA S.A.

Se opone a todas las pretensiones y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“Las excepciones planteadas por la entidad que efectúa el llamamiento en garantía a mi procurada, la demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez por origen común, inexistencia de la obligación a cargo de la afp demandada por no haberse acreditado los requisitos para acceder al beneficio pensional deprecado, imposibilidad de modificación infundada de fecha de estructuración de la invalidez de la señora Amanda Gutiérrez Córdoba, enriquecimiento sin causa, genérica o innominada”.*

Frente al llamamiento en garantía, manifestó que no se cumplen las condiciones que exige la póliza de seguro previsional, más aún cuando a la fecha de estructuración de la invalidez que se encuentra en firme, 6 de septiembre de 2011, se encuentra por fuera de la vigencia del seguro previsional, cuya última renovación fue hasta el 31 de diciembre de 2009.

Se opone a las pretensiones del llamamiento en garantía y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“Inexistencia de cobertura temporal de la póliza previsional, inexistencia de la obligación principal de otorgar el derecho pensional y por tal de la eventual obligación accesoria de asumir la suma adicional para financiar el mencionado derecho prestacional, falta de cobertura frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, inexistencia de la obligación a cargo de mí prohijada, marco de los amparos y alcance contractual del asegurador, coberturas, ámbitos y amparos del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, límites y condiciones del seguro, genérica o innominada.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali en sentencia 21 del 23 de febrero de 2018 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y

la llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., salvo la de prescripción de forma parcial. DECLARÓ probada la excepción de fondo denominada siniestro ocurrido por fuera de la vigencia de la póliza, propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A. respecto de los derechos causados con antelación al 26 de enero de 2013.

ORDENÓ modificar los dictámenes rendidos por la JNCI el 25 de octubre de 2012 y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. del 30 de noviembre de 2011 con respecto a la fecha de estructuración, la cual quedará establecida para el 5 de marzo de 2008.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de la demandante pensión de invalidez, mientras tenga este estatus, en cuantía de un salario mínimo, por 14 mesadas anuales, con pago efectivo al 26 de enero de 2013 por prescripción, con retroactivo a 31 de enero de 2018 por la suma de \$46.170.195. CONDENÓ a BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. a cubrir la suma adicional que, agregada a los recursos de la cuenta de ahorro individual y bonos pensionales que llegaren a existir, resulte necesaria para complementar el capital necesario para financiar la pensión de invalidez. ABSOLVIÓ a la JNCI, JRCI DEL VALLE DEL CAUCA y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Consideró la *a quo* que:

- i) El perito citado a la audiencia refirió que el tumor es de crecimiento agresivo y progresivo; que la fecha estructuración de la PCL depende en gran medida de un examen de agudeza visual, que obedeció a una valoración con oftalmología del 24 de enero de 2011, donde se concluyó que tenía afectación de los dos ojos, y las valoraciones efectuadas en 2005 y 2010 no la incluyeron, por lo que no se puede fijar esas calendas como fecha de estructuración de la invalidez; que lo que califican son las secuelas, que este caso serían de las intervenciones quirúrgicas practicadas, y concluyó que la enfermedad es crónica.
- ii) La jurisprudencia constitucional ha sentado una posición respecto de las enfermedades crónicas, congénitas, o degenerativas, en tales casos la PCL se

hace permanente en el tiempo, por lo que la fecha de estructuración corresponde al momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanentemente su capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50% y a partir de ese momento es que se verifica los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez según la normatividad aplicable.

- iii) La principal evidencia de la disminución de destrezas físicas de la demandante, emana de su historia laboral, donde se denota que había laborado de manera ininterrumpida desde el 1 de julio de 2000 pero de forma abrupta dejó de hacerlo el 5 de marzo de 2008, luego que le fue detectada su enfermedad, concluyendo que el padecimiento se desarrolló impidiéndole obtener sustento económico, teniendo entonces como fecha de estructuración de la invalidez el 5 de marzo de 2008.
- iv) La norma que regula la pensión de invalidez, es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que exige un mínimo de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.
- v) El requisito de fidelidad al sistema fue declarado inexecutable en sentencia C-428 de 2009, a pesar que para cuando se estructuró la invalidez estaba vigente, se considera que es desde su nacimiento contrario a la Constitución.
- vi) Entre el 5 de marzo de 2005 y el 5 de marzo de 2008, supera las 50 semanas exigidas por la norma, cumpliendo el requisito para acceder a la pensión de invalidez.
- vii) No proceden los intereses moratorios.
- viii) El siniestro acaeció dentro de la vigencia del seguro previsional suscrito con BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.
- ix) Opera la prescripción parcial.
- x) Las sumas adicionales de la aseguradora, son imprescriptibles al guardar la misma naturaleza del derecho pensional que financia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación solicitando se revoquen las condenas, teniendo en cuenta que ninguno de los dictámenes proferidos dio como fecha de estructuración el 5 de marzo de 2008, por el contrario, dieron una fecha de estructuración muy posterior.

Señaló que el artículo 1 del Decreto 2463 de 2001, establece que las juntas de calificación de invalidez, son organismos de creación legal, cuyas decisiones son de obligatorio cumplimiento.

Frente a las pretensiones de anular los dictámenes, que en este caso se han modificado, estima que el juez hizo un híbrido, pues para el porcentaje de PCL de la demandante validó los dictámenes, pero no en cuanto a la fecha de estructuración, indicando que debido a que dejó de laborar para el 5 de marzo de 2008, esa era la fecha de estructuración.

Manifiesta que médico refirió que la fecha de estructuración no se establece al inicio de las patologías, sino cuando las complicaciones generan una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, correspondiendo al momento en que las alteraciones de la demandante alcanzan tal gravedad que al ponderarse los grados de PCL, superan el 50%. Entonces, como lo indicó el médico, para cuando se le realizó la cirugía, no había una certeza de que se superara el 50% de PCL y todos los dictámenes incluso el surtido dentro del proceso, dieron fecha de estructuración posterior a la indicada por el despacho.

Se deben acoger los dictámenes proferidos, y teniendo en cuenta esas fechas de estructuración de la PCL, la demandante no cumpliría con las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

El apoderado de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. interpone recurso de apelación manifestando en síntesis que el despacho al momento de establecer la fecha de estructuración, erró al determinarla para el 5 de marzo de 2008, pues no existe ningún parámetro objetivo dentro del expediente que permita arribar a esa conclusión, es más es contraria a los medios probatorios, máxime cuando ninguno de los dictámenes refirió esa fecha. También se equivocó al suponer que la demandante había dejado de laborar exclusivamente por la patología; no hay prueba que así lo demuestre, y bien pudo haber ocurrido por cualquier otra razón; por tanto

resulta impreciso que se asuma el retiro laboral de la demandante como consecuencia de las patologías, pues para dicha fecha no se había sometido a un examen de oftalmología que permitiera siquiera pensar que venía cursando un proceso evolutivo de su patología, ni mucho menos que tuviera una PCL del 50%.

Expone que el Juez escindió el contenido de la prueba, contradiciendo los principios legales que impiden que una norma sea analizada de manera sesgada a una parte, atendiendo lo favorable y despachando lo que no le conviene, en tanto que aceptó el porcentaje de la PCL pero no así la fecha de estructuración.

El despacho desconoció los precedentes judiciales, pues en el evento de patologías crónicas, existen parámetros objetivos claros para determinar la fecha de estructuración, parámetros que, si bien el despacho citó, se apartó de ellos sin que exista ningún elemento de juicio que permita sostener la tesis sobre la que fundó la condena.

Entonces para la fecha real de PCL, la demandante no cumple con los requisitos exigidos para acceder a la prestación que solicita y al ser dicha fecha posterior a la vigencia de la póliza que funda el llamamiento en garantía, a BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. no se le debe imponer condena alguna.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Dentro del plazo conferido, presentaron escrito de alegatos de conclusión la parte demandante, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y BBVA SEGUTOS DE VIDA COLOMBIA.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la Sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en las pruebas aportadas, la sala procederá a resolver, si hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez, de la forma decretada en primera instancia.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se revocará** por las siguientes razones:

Dentro del trámite de primera instancia, se decretó la calificación de la pérdida de capacidad laboral – PCL de la demandante, por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE RISARALDA, que mediante dictamen No. 31998760-246 del 9 de marzo de 2017 determino una PCL del 60,38%, con fecha de estructuración 24 de enero de 2011.

Conforme a la fecha de estructuración establecida en el dictamen referido, la norma que regula la prestación es la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1 modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y estableció como requisito para acceder a la pensión de invalidez, adicional a la PCL superior al 50%, haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

De acuerdo al reporte de cotizaciones allegado al proceso (fl. 287-307), la demandante realizó su último aporte para el mes de marzo de 2008; por tanto, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es entre el 24 de enero de 2009 y el 24 de enero de 2011, no cuenta con las 50 semanas requeridas para acceder a la prestación.

Ahora, en audiencia pública celebrada en primera instancia el 16 de febrero de 2018, se practicó interrogatorio al médico JAIME ALBERTO FAJARDO

BETANCOURT respecto a la valoración que realizó a la demandante, como médico ponente del dictamen 31998760-246 del 9 de marzo de 2017, en donde fue claro al indicar que la patología de la demandante “*Adenoma Hipofisiario*”, tiene un carácter crónico y progresivo.

Al ser increpado el médico JAIME ALBERTO FAJARDO BETANCOURT, sobre por qué no se tuvo en cuenta el antecedente de atrofia óptica secundaria a adenoma de hipófisis, que data del 6 de enero de 2005, refirió el galeno que: “*la valoración de oftalmología que aparece ahí, dice claramente que por el ojo izquierdo ya había una atrofia óptica, pero el ojo derecho estaba totalmente sano, entonces, una persona, vuelvo y repito, si usted lo califica haciéndole los puntajes de calificación, pues no alcanza para ser declarado en estado de invalidez, cuando pierde un solo ojo, por eso Dios nos dio dos*”.

Igualmente, se le indago sobre por qué el antecedente de procedimiento quirúrgico “*Operada por macroadenoma gigante 09/09/2010 con edema bifrontal que limita resección – UCI. POP resección macroadenoma – salida x neurocirugía buena evolución 2309/2010.*”, no se tuvo como fecha de estructuración, y por qué la valoración posterior por oftalmología, realizada el 24 de enero de 2011, si se tomó como fecha de estructuración, a lo que manifestó: “*...pues para esas fechas, no aparece ninguna valoración de agudeza visual, ahí no dice cuanto tiene de visión en un ojo y cuanto tiene de visión en el otro por una parte, por otra parte nosotros no podemos calificar una persona cuando esta en un postoperatorio reciente, porque, nosotros cuando establecemos una calificación de pérdida de capacidad laboral, estamos estableciendo secuelas y hay que esperar que la persona desinflame y miremos a ver que va a pasar con ese nervio óptico, porque muchas personas entran a una cirugía ciegas de una ceguera digamos de no tanto tiempo, donde al nervio le queda todavía alguna posibilidad de volver a restablecer digamos su función, digamos que esa persona después de una cirugía comienza a recuperar algo de visión y hay que esperar a ver un tiempo prudente a que se establezca cual es grado de visión perdió y hasta que **un oftalmólogo que es una persona idónea para decir, que esa visión no es reversible, entonces esa es la fecha de estructuración, el momento en que usted pueda establecer un grado de pérdida visual, pero que sea no reversible, y que sea con números, o sea que a mí me digan, la persona tiene tanto por este ojo y tanto por el otro, antes son conceptos meramente subjetivos**”*

La apoderada de la demandante al interrogar al perito, preguntó: *“¿De acuerdo a lo que usted acaba de manifestar, podríamos decir entonces, que si la señora no hubiera tenido ese examen de oftalmología no se hubiera podido determinar la fecha de estructuración, ¿así pudiéramos ver que la señora tiene una limitación visual?, a lo cual el profesional de la salud respondió: “Nosotros no lo hubiéramos establecido hasta que no tengamos una calificación de su pérdida de agudeza visual. Si a nosotros nos llega un paciente que no tiene esa pérdida de agudeza visual, lo que técnicamente se debe hacer, es mandarle el examen y cuando llega el resultado, con ese examen se califica. (...) El problema aquí, perdón, es que nosotros, aunque quisiéramos colocar la fecha más atrás, es que no hay un soporte en la historia clínica y falta historia clínica, y si nosotros como peritos no utilizamos la historia clínica esto se vuelve una cosa meramente subjetiva y caprichosa y póngale lo que quiera y así no puede ser”*

El juez indaga al perito preguntando si cuando a un paciente lo operan del cerebro, dentro del proceso médico, se debe remitir a un examen de agudeza visual, ante lo cual manifestó que cada caso es particular y como en este caso el daño se enfocó a la visión, si es deber remitir para un examen de agudeza visual y fue exactamente lo que se hizo, y adicionalmente indicó: *“No me lo están preguntando pero de todas maneras, uno puede deducir por lo que hay en la historia clínica, que la señora de pronto no era muy juiciosa con sus controles, porque los médicos escriben ahí, que se le pidió tal examen y no lo volvió a traer, y hay unos vacíos entre, por ejemplo entre el 2005 y el 2010, donde uno con un tumor de hipófisis y con un problema tan serio de la visión, porque ya había perdido un ojo y tiene que cuidar mucho el otro y la señora se perdió, pues o sea, no volvió a consultar hasta que no se vio muy mal otra vez, eso es pura cultura, pero ahí no es tanto la falta de que le hayan mandado las cosas, sino que la señora no volvió a controles, y pues, que pesar porque digamos esos controles hubieran sido fundamentales, para poder, digamos correr la fecha de estructuración hacia atrás”.*

Ahora, respecto a la fecha desde la cual se inicia el conteo de las 50 semanas cotizadas, para el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2108-2021, dispuso:

“Ahora, es cierto que frente a aquellos afiliados que han sido diagnosticados con enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, esta Corporación ha permitido que sea tomada como fecha para el estudio de la causación de la pensión de invalidez, no solo la del estado de pérdida de capacidad laboral, sino también (i) el momento en que se emitió el dictamen; (ii) cuando se efectuó la solicitud de reconocimiento prestacional o (iii) cuando se produjo la última cotización.

Sin embargo, lo anterior tiene como única finalidad la de reconocer todos los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados que han venido sufriendo un deterioro paulatino en su estado de salud, pero que conservan una capacidad laboral residual (concepto que la Corte ha ido cambiando por el capacidad laboral según CSJ SL1040-2020, CSJ SL1717-2021 y CSJ SL 781-2021) que permite continuar ejerciendo dentro del mercado de trabajo.

En ese sentido, tal excepción a la regla general tiene como propósito favorecer al trabajador que, a la fecha de la consolidación de la invalidez, no reúne la totalidad de semanas exigidas para causar la prestación y que aun con la disminución en su fuerza laboral, continúa prestando sus servicios.

Al respecto, la sentencia CSJ SL 3275-2019 desarrolló dicha temática en los siguientes términos:

Precisamente, en amparo del riesgo de invalidez se dispuso la creación de una pensión a favor de la persona que ha perdido su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital, permitiendo el acceso a un ingreso vinculado con la preservación de una vida digna y de calidad.

De esta manera, resulta obligación del Estado proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad; así mismo, resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven sometidas, pues es a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, que el legislador ha ido a la par de dichas prerrogativas, con la expedición de las Leyes 1046 y 1306 de 2009, y 1618 de 2013, con el fin de establecer un modelo de inclusión social para superar las barreras a las que dicha población está sometida.

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas (subraya la Sala)."

Analizando la jurisprudencia, es claro para la Sala, que es posible variar la fecha desde la cual se cuentan los tres años, para efectos del cómputo de las 50 semanas cotizadas, siendo una excepción a la fecha de estructuración, solo los casos de afiliados que sufren enfermedades crónicas, congénitas o degenerativa, a fin de que puedan acceder a la pensión de invalidez, disponiendo, como lo acotó el *a quo*, que esta podía ser la fecha de la última cotización; sin embargo esto es así para *"...reconocer todos los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados que han venido sufriendo un deterioro paulatino en su estado de salud..."*, situación que no ocurre en el presente caso, pues el último aporte de la demandante es para el periodo de marzo de 2008 y la fecha de estructuración establecida en el dictamen 31998760-246 del 9 de marzo de 2017 (fl. 598-603), es el 24 de enero de 2011, razón por la cual el *sub examine*, no se adecua al precedente jurisprudencial citado.

Ahora bien, de la revisión del expediente, encuentra la Sala que a folio 26 reposa historia oftalmológica del Instituto para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca, del 6 de enero de 2005, en donde se reporta que la demandante tiene deficiencias visuales en el ojo izquierdo y ojo derecho 20/20, coincidiendo esto con lo relatado por el médico JAIME ALBERTO FAJARDO BETANCOURT, médico ponente del dictamen 31998760-246 del 9 de marzo de 2017.

Adicional a este documento, no se cuenta con prueba que permita establecer el estado de sus patologías entre los años 2005 y 2010, para cuando se le realizó cirugía macroadenoma gigante, sin que sea posible establecer que efectivamente la pérdida de capacidad laboral de la demandante alcanzó un mínimo de 50% en fecha diferente a la estipulada en el dictamen 31998760-246 del 9 de marzo de 2017, más aún cuando fue claro el perito al manifestar que, solo es posible establecer la fecha de estructuración de invalidez de la actora cuando se tiene

certeza de la pérdida de la agudeza visual, situación que solo se determinó por oftalmología, el 24 de enero de 2011.

Ahora, mediante auto 1276 del 7 de octubre de 2021, se oficio a la parte demandante, para que aporte copia de la historia clínica de la señora AMANDA GUTIÉRREZ CÓRDOBA, siendo allegada vía electrónica al proceso.

De la revisión de la documentación aportada, no se encuentra prueba que permita establecer, como lo refirió el perito en audiencia pública, la agudeza visual de la demandante, pues si bien hay documentación médica entre el 9 de septiembre de 2010 y el 28 de septiembre de 2010 (30AportaHistoriaCI01720160017001 – fl. 29-52), esta hace referencia a la evolución después de la intervención quirúrgica, así: *“Operada por macroadenoma gigante 09/09/2010 con edema bifrontal que limita resección – UCI. POP resección macroadenoma – salida x neurocirugía buena evolución 2309/2010.”*, y únicamente para enero de 2011, se encuentra la valoración de la demandante por oftalmología, lo cual igualmente coincidente con lo referido por el perito.

Respecto a la oportunidad para conocer y discutir un dictamen pericial, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 5607-2018, en la que reiteró la posición establecida en sentencia CSJ SL, 10 jul. 2007. rad. 30961, dispuso: *“la parte contra quien se opone la prueba del dictamen, debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, lo que entraña el ejercicio legítimo del derecho a contraprobar, utilizando a su favor los medios legales para intervenir en su práctica o producción y demás actuaciones que le permitan la contradicción que es un principio o elemento imperativo del derecho de defensa protegido constitucionalmente por el artículo 29 de la Constitución Política, cuya inobservancia trae consigo la violación del debido proceso”*.

Dentro del trámite del proceso, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, mediante auto de sustanciación 447 del 15 de marzo de 2017 dispuso: **“PONER EN CONOCIMIENTO** a las partes el dictamen No. 31998760 – 246 del 08 de Marzo de 2017, practicado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE RISARALDA a la señora AMANDA GUTIÉRREZ CÓRDOBA, para que realicen las manifestaciones que consideren pertinentes”, siendo solicitada por la parte demandante, la citación del perito para que *“...sustente su dictamen, para de ser del caso llevar a cabo su contradicción...”* a lo que accedió el juzgado.

Conforme a lo expuesto, encuentra la sala que el Juez de primera instancia respeto el debido proceso, brindando la oportunidad procesal a las partes para controvertir el dictamen de calificación de invalidez; sin embargo cabe recordar que el propio artículo 228 del CGP aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del CPTSS, establece la posibilidad, para la parte inconforme, de presentar un nuevo dictamen, situación que no fue tomada en cuenta por el apoderado de la demandante, por lo que el dictamen se encuentra en firme.

Así las cosas, teniendo en cuenta que mediante dictamen 31998760-246 del 9 de marzo de 2017 se calificó a la demandante con una PCL del 60,38%, con fecha de estructuración 24 de enero de 2011, es claro que no cumple con el requisito de semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de calificación de invalidez, toda vez que el último aporte fue realizado para el periodo marzo de 2008 (fl. 287-307), sin que, contrario a lo dicho por el *a quo*, se cuente en el plenario con prueba que permita establecer como fecha de estructuración de la invalidez una data anterior a la dictaminada por la JRCI.

Resulta entonces que no es posible reconocer la prestación reclamada; en este sentido se revocará la sentencia apelada.

Se condena en costas en primera instancia a la parte demandante en favor de las demandadas. No se causan costas en esta instancia por la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia No. 21 del 23 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO.- ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO.- COSTAS en primera instancia a cargo de la demandante y en favor de las demandadas. El a quo fijara y liquidará las costas. **SIN COSTAS** en esta instancia.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Salvamento de voto

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8f1c8f9f96a43589455102481f179570565ccb8329f5f807f89736e21791b64c**

Documento generado en 15/12/2021 08:07:44 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>