

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta 364

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación, en el proceso ordinario laboral interpuesto por **MADISON GÓMEZ VEGA** contra **ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA**.

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 2213 de junio de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

Solicita el actor que se declare, que acredita una pérdida de capacidad laboral del 55,1%, la cual es de origen laboral, con fecha de estructuración del 08 de marzo de 2019.

En consecuencia, se condene a la ARL Positiva compañía de Seguros a reconocer la pensión de invalidez de origen laboral, desde la fecha de la estructuración, así mismo los intereses moratorios y la indexación de las condenas.

Se condene a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia a pagar perjuicios que le generó en virtud del dictamen, conforme al artículo 4 del decreto 1352 de 2013.

Hechos

El actor nació el 31 de enero de 1997, vive en unión libre y es padre de un niño de 4 años.

Ingresó a laborar en el cargo “operador de planta”, en la empresa “Agregados del Tonusco Ltda”, desde el 04 de enero de 2017, dentro de las funciones para las que fue contratado se encontraba la de supervisar y vigilar el funcionamiento de tritura y transporte de materiales pesados, tales como piedras, arena, arcilla, etc.

El día 12 de octubre de 2017, aproximadamente hacia las 7:15 de la noche, mientras se encontraba desarrollando sus labores dentro de la empresa, sufrió un accidente de trabajo, cuando una de las maquinas transportadoras de la planta le atrapó la ropa que llevaba puesta, lo arrastró hasta un rodillo mecánico y le aplastó el brazo derecho casi hasta la altura del hombro.

Luego de ser retirado de la máquina que lo mantenía atrapado, fue atendido en un centro médico del Municipio de Santa Fe de Antioquia y, desde allí, fue remitido ese mismo día al área de urgencias del Hospital Pablo Tobón Uribe en la ciudad de Medellín, en donde fue diagnosticado así:

- Semiamputación del brazo derecho por trauma por aplastamiento en el miembro superior derecho.
- Fractura de escapula cuello de la glenoides derecho.
- Manejo conservador fractura de tercio medio de diáfisis humeral derecha
- Avulsión con defecto de cubrimiento de la cara anterolateral del codo.
- Lesión ligamentaria del complejo lateral del codo.
- Vasoespasma severo de la arteria braquial + Sección de una las venas braquiales + sección de vena cefálica miembro superior derecho.
- Neumotórax derecho menor 30% asintomático.

Dada la alta complejidad de las lesiones que se produjeron como consecuencia del accidente de trabajo, le fueron practicados varios procedimientos quirúrgicos desde el día 13 de octubre de 2017 hasta el día 15 de noviembre de 2017, fecha en que finalmente fue dado de alta del Hospital Pablo Tobón Uribe.

Luego de haber sido dado de alta, le fueron prescritas varias incapacidades médicas, además tratamientos de fisioterapia, fisioterapia y ortopedia los cuales se desarrollaron entre los años 2017 y 2018.

El 08 de marzo del 2019, luego de haber asistido a múltiples procedimientos quirúrgicos para la reparación y el control de daño derivado del accidente de trabajo, el doctor Fabio León Muñoz Zapata, especialista en ortopedia y traumatología del Hospital Universitario San Vicente Fundación, dijo que no había tratamiento que cambiara el pronóstico del actor y debía ser calificado en sus secuelas.

El 16 de junio de 2020, la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. expidió el dictamen N° 2206057, en el cual determinó una pérdida de capacidad laboral del 35,17%.

El dictamen de POSITIVA ARL adolece de varias inconsistencias, por ejemplo: i) en primer lugar, tiene poca o nula movilidad en el brazo como se puede apreciar en el video que se aporta como prueba ii) Aun así, la ARL POSITIVA

en su dictamen calificó el brazo en función de su movilidad, es decir en la tabla 14.4 (decreto 1507 de 2014), asignándole a la movilidad del codo en clase funcional leve otorgándole un 5%, es decir, como si la movilidad estuviera a penas levemente afectada.

Encontrándose inconforme con el dictamen, presentó recurso contra el mismo el día 07 de noviembre de 2020, ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, entidad que el 09 de octubre de 2020, determinó una pérdida de capacidad laboral equivalente al 38.20%, sin embargo, nunca fue notificado personalmente para que pudiera interponer los recursos a que hubiere lugar.

Por la inconformidad y buscando obtener un concepto profesional diferente, acudió al doctor Hernando Restrepo Osorio, médico cirujano graduado de la Universidad de Antioquia, perito evaluador, quien el 23 de enero de 2021, le realizó un examen médico laboral, en el cual determinó que el paciente sufría una pérdida de capacidad laboral y ocupacional equivalente al 55.1%, correspondiente a un estado de invalidez; cuya estructuración, fue el 08 de marzo de 2019, fecha en la cual fue dado de alta de los servicios de ortopedia por considerarse que no existían procedimientos quirúrgicos que pudieran mejorar su pronóstico, en consecuencia, determinó el momento en que se alcanzó el máximo grado de recuperación médica posible.

El actor no cuenta con estudios técnicos ni universitarios y, por la corta edad que tenía al momento de producirse el accidente de trabajo, tampoco con una experticia o un saber empírico destacado en algún oficio específico, por lo tanto, es su fuerza física la que podía poner al servicio del mercado laboral para ganarse a cambio los medios de subsistencia, pero a raíz de las secuelas que le impiden mover casi completamente su brazo y su mano derecha esa fuerza física prácticamente se ha desvanecido.

En virtud de lo anterior, las posibilidades de reingresarse al mercado laboral en condiciones dignas o de igualdad, de ejercer un oficio de acuerdo a sus conocimientos, nivel de preparación y experiencia laboral, de ascender dentro de una empresa y, finalmente, de obtener los recursos para su subsistencia son prácticamente nulas.

Respuesta Junta Regional de Calificación

El apoderado de esta entidad manifestó que es cierto la calificación por mudo del Dictamen 091023 del 27 de noviembre de 2020, donde se estimó que el trabajador padecía una PCL del 38,20%, como riesgo laboral, con una fecha de estructuración del 14 de abril de 2019, pero no es cierto, que no se le haya notificado el dictamen a la parte interesada, toda vez que, se hizo vía correo electrónico el día 30 de noviembre de 2020, tal y como consta en la comunicación JRCIA N° 24919 – 20.

Además a esta entidad no le consta lo concerniente a tramites o calificaciones a los cuales se haya sometido la parte demandante con posterioridad al dictamen emitido, advirtiendo que es la única entidad por creación legal llamada a dirimir las controversias que se suscitan entre las administradoras de los fondos pensionales y sus afiliados, anotando a su vez, que la controversia por la cual se acude, esto es, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen de la misma y la fecha de estructuración ya fue dirimida en primera instancia por la Junta Regional, a su vez el calificado no hizo uso de los recursos que en su momento le asistieren por ley, previa notificación, esto es, el recurso de apelación para que fuere la Junta Nacional quien se pronunciara en segunda instancia, dando paso a la ejecutoria del dictamen.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: El dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez es plenamente válido, la determinación de la pérdida de capacidad laboral, el origen y la fecha de estructuración están ajustadas a derecho, específicamente al manual único de calificación de invalidez, inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, buena fe por parte de la Junta Regional y de ello se deriva la imposibilidad de condena en costas.

Contestación ARL POSITIVA.

El apoderado de esta entidad manifestó que el actor está afiliado a esta, sin embargo, no cuenta con una PCL del 50%, por lo que debe probarlo en el proceso, pues ha cumplido con las prestaciones que le han correspondido frente al afiliado.

Considera que no existe evidencia técnica que permita modificar tales calificaciones ante la determinación médica de que no hay progresividad en ellas que haya variado la calificación, que, por supuesto es un tema que goza de presunción de legalidad ante la naturaleza técnico-científica de las entidades calificadoras, y en especial ante la falta de prueba de la misma calidad, acompañada en la demanda que sirva de medio para desvirtuar las conclusiones contenidas en los dictámenes en firme.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de presupuestos materiales y formales para el nacimiento de obligación a cargo de positiva, falta de fundamento científico para anular el dictamen, buena fe de la entidad demandada.

Sentencia de primera instancia

La Juez Quince Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **19 de enero de 2023**, absolvió de todas las pretensiones de la demanda, toda vez que el actor no cuenta con una PCL del 50%, en razón a que el Dictamen aportado por el demandante no le ofreció la suficiente credibilidad para dejar sin efecto el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia.

Recurso parte actora

El apoderado de la parte actora manifestó no estar de acuerdo con la decisión de primera instancia, ya que la juez no realizó un estudio de las pruebas aportadas a profundidad, se quedó en un tema superficial sin entender lo realmente fundamental del Dictamen del perito, tampoco revisó la historia clínica del actor, además si le generó duda, debió enviarlo a calificar de oficio.

Tanto el Dictamen de la Junta Regional como el de ARL Positiva adolece de errores, baste ver la respuesta al hecho 20 de la demanda que hace Positiva, donde dice que se considera que el actor acredita una PCL de 53%.

La Junta se equivocó en valorar las deficiencias al no usar la Tabla 12.13 que uso Positiva y el perito Hernando Retrepo, sumado a que no podía reformar en peor al único apelante y le redujo las deficiencias.

Además, se observa otro error y es que Positiva suma la tabla 14.4, cuando en realidad el actor no cuenta con movilidad en su brazo derecho, es decir, el dominante, padece una afectación en todos los nervios, la misma Junta lo reconoce, pero raramente utiliza otra tabla diferente a la aplicable que es la 12.13.

Respecto de las costas impuestas al actor, no es posible condenarlo, en razón a que está pendiente en segunda instancia por resolverse un recurso frente al auto que no accedió al amparo de pobreza solicitado, sumado a que es padre de un menor de edad y no cuenta con capacidad económica dada su situación actual.

En cuanto a la negativa de los perjuicios que se reclaman a la Junta Regional con el Dictamen que emitió, es importante recalcar que el demandante se vio en la obligación de contratar un abogado y pagar un perito para que lo evaluara.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado establecido en la ley 2213 de junio de 2022. Sin alegatos. La parte demandante señaló:

En este caso la discusión o el problema jurídico se centra en determinar si MADISON GOMEZ VEGA ostenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Para determinar esto, el juez tiene a su disposición 3 dictámenes dentro del proceso que se resumirán a continuación.

En primer lugar, se debe advertir que, aunque a primera vista el tema pareciera una discusión médica, en realidad se trata de una discusión jurídica y que el Magistrado podrá resolver y evidenciar con claridad sin ostentar conocimientos médicos, toda vez que, de conformidad con

la unánime y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el juez tiene plena libertad para modificar los aspectos del dictamen conforme lo demostrado en el proceso.

la JRCI vulneró el derecho fundamental de mi poderdante al debido proceso y el deber de NO REFORMATIO IN PEJUS, pues a pesar de que solo había un apelante (mi poderdante) redujo el valor de los porcentajes de las deficiencias (título I) de un 40,74%, ponderado en 20.37% en el dictamen de positiva, por un 33%, ponderado en un 16,5% Cambiando sin motivo alguno, la tabla utilizada por la ARL POSITIVA. De esta forma, omitió las directrices de calificación planteadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, específicamente la Directriz No.1 del 08/06/2016.

Bajo esta misma lógica, la reducción de los porcentajes de uno de los títulos no era objeto de la controversia, aun así, la Junta Regional arbitrariamente cambió la tabla a aplicar y el porcentaje, además, sin razón alguna, eliminó la valoración de la tabla 14.4 que había hecho la ARL POSITIVA. Se debe tener en cuenta que las directrices emitidas por la Junta Nacional de Calificación son de obligatorio cumplimiento para las Juntas Regionales, de conformidad con el numeral 2 del artículo 2.2.5.1.9 del Decreto 1072 de 2015.

A pesar de tener múltiples traumatismos con compromiso nervioso como es claro en la historia clínica, la JRCI no calificó las deficiencias del sistema nervioso central, y aunque el señor Madison Gómez tiene más de 9 diagnósticos, solo aplicó 1 tabla. Además, ni siquiera calificó las deficiencias por alteraciones de las extremidades superiores; pues de acuerdo con la Historia Clínica (Prueba 11 Historia clínica Hospital Ortopédico SAS), mi poderdante tiene diagnóstico S481 - amputación traumática, S447 – traumatismo de múltiples nervios y S143 Traumatismo plexo branquial; los cuales NO fueron tenidos en cuenta por parte de la Junta y son los que generan mayor afectación al señor Madison Gómez.

El dictamen inicial de la ARL POSITIVA adolece también de errores por infravalorar las patologías que padece mi poderdante, inclusive, contrariando lo manifestado en la contestación de la demanda. Sin embargo, aunque utilizó la tabla equivocada, se rescata que la ARL POSITIVA fue la única que tuvo en cuenta la dificultad de movilidad del brazo. Para ello utilizó la tabla 14.4. Sin embargo, teniendo en cuenta que medicamente mi poderdante padece de una amputación funcional, es decir, aunque aún tenga el miembro pegado al cuerpo, este es inútil, no cumple ninguna función, es como si estuviera amputado, por lo tanto, debió utilizar la tabla 14.6. Al momento de la calificación ARL Positiva, no tuvo en cuenta que el señor Madison Gómez tiene amputación funcional, por lo cual, NO consideró en su calificación la tabla 14.6.

Según los conceptos emitidos por los médicos y los diferentes exámenes que le fueron practicados al señor Madison Gómez, se puede concluir que existe una amputación funcional del miembro superior derecho, pues a pesar de que el miembro no fue separado de su cuerpo, este ya no cumple ninguna funcionalidad, tal como se evidencia en la prueba No.24;

Así que teniendo en cuenta la clasificación y evaluación del decreto 1507 del 2014, el señor Madison Gómez, debió ser calificado con deficiencia por amputación de la extremidad o de un miembro superior a nivel brazo inserción deltoidea y proximal, por ende, al no aplicar dichos criterios, se vio afectado el total del porcentaje de pérdida capacidad laboral. Incluso, bajo el supuesto de que la aplicación de la tabla 14.4, era la que se requerida para la calificación de la deficiencia, ARL Positiva erró en el valor asignado, pues calificó la movilidad del codo en clase funcional LEVE otorgándole un 5%, como si el señor Madison Gómez tuviera o conservara movilidad activa del CODO; pero si se analiza la historia clínica, se evidencia que NO tiene ningún tipo de movilidad, por lo que debía ser calificado dentro de la clase funcional 4 - MUY SEVERO.

Teniendo en cuenta que los dictámenes aportados por la ARL POSITIVA y la JUNTA REGIONAL adolecen de errores y no logran convencer sobre la verdadera pérdida de capacidad laboral de mi poderdante, al no lograr llegar a su convencimiento con el dictamen particular aportado (teniendo en cuenta que fue el que mi poderdante en su condición económica pudo aportar), de oficio, debió solicitar un dictamen, pues se trata de un asunto de relevancia constitucional, que define el futuro de una persona en condición de discapacidad y que, en caso de ser realmente inválido, se trata de un derecho IRRENUNCIABLE. Recordemos que es deber del juez laboral resolver de fondo el asunto y, al percatarse de todas las inconsistencias e incongruencias en los dictámenes, era su deber buscar llegar a la verdad y no simplemente ignorar que a mi poderdante le atropellaron sus derechos.

Y como se aprecia en el caso concreto, además de vulnerarse el derecho de NO REFORMATIO IN PEJUS, se encuentra que la valoración para determinar la pérdida de capacidad laboral NO se realizó de manera integral cuando, por ejemplo, la JRCI eliminó la valoración de la tabla 14.4, que había hecho la ARL, sin motivo alguno. Respecto a la valoración integral, la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos, siendo el más actual el de Sentencia SL1987 de 2019, donde especifica que “la determinación de la pérdida de capacidad laboral, como se ha referido, debe ser integral, esto es, en la valoración el equipo calificador debe tener en cuenta todas las secuelas y patologías incluidas las anteriores, sean de origen común o laboral” El Tribunal Superior de Medellín es conocedor de la reiterada, unánime y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a las facultades del juez para decidir sobre el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Postura que ha sido recopilada recientemente en la sentencia relevante SL3008, del magistrado ponente Iván Mauricio Lenis.

Por último, el Honorable Tribunal Superior de Medellín puede darle una mejor valoración al dictamen expedido por el médico perito Hernando Restrepo Osorio, quien ha demostrado ser un médico con amplia experiencia y experticia en la valoración de la pérdida de la capacidad laboral.

Por su parte **Positiva Compañía de Seguros S.A.**, señaló: Solicito respetuosamente a la Sala, se confirme la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, que absolvió a mi representada de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, dado que la demandante no ostenta la calidad de inválida al no contar con el 50% de pérdida de capacidad laboral, como pudo concluirse con base en la valoración de la prueba que realizó el despacho.

Es preciso reiterar la defensa que se propuso desde el escrito de contestación de demanda, indicando que en este proceso se ataca la pertinencia médico- científica del dictamen de la Junta Regional, a través de la solicitud de nulidad del mismo, precisamente por considerar que los fundamentos en que descansa la determinación de origen no se compadecen con los fundamentos de hecho correspondientes, y para desvirtuar tales consideraciones de hecho se presentó por la demandante dictamen de parte, que presenta otras conclusiones. Este dictamen, es claro, no se ocupa de revisar el dictamen de la Junta Regional, producido por un panel de tres expertos, quienes coincidieron en las conclusiones al firmar sin salvamento de voto y de la revisión, que, aunque modificaron el dictamen de Positiva, sus conclusiones finales son equivalentes, por lo que en ninguno de ellos se pueden observar omisiones, carencias o falencias del dictamen objeto del proceso.

Se debe agregar además que, de conformidad con el expediente administrativo abierto por Positiva, La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia conoció por apelación controversia por dictamen emitido por Positiva para calificación en primera oportunidad, quien a su vez en mediante dictamen número N° 091023-2020 de fecha 27/11/2020 mediante el cual se reconoció una PCL de 38.2% frente a la cual mediante radicado de salida N° SAL-2021 01 005 135032 Positiva estuvo de acuerdo, dictamen que está en firme, fue elaborado por autoridad reconocida, y el que está en firme. Por cuenta de tal dictamen y ante la Pérdida de Capacidad Laboral certificada Positiva debería reconocer, luego de presentada reclamación administrativa con el lleno de requisitos, Indemnización por incapacidad permanente parcial, pendiente de que se cumpla con esa reclamación.

Por cuenta de tal marco legal y conforme a la normativa vigente y a lo señalado por la jurisprudencia, para que se pueda reconocer una prestación de las reconocidas por la Ley, siempre y cuando se den los supuestos de hecho y derecho para ello, debe surtir un debido proceso administrativo regulado por la Ley, sujetándose a los requisitos médicos técnicos y científicos que se requieren para emitir las respectivas valoraciones, debido proceso administrativo consagrado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, debido proceso estatuido en el artículo 6 del Dcr 2463 de 2001 y en el artículo 3° del Decreto 1352 de 2013, en concordancia con el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012.

Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia de conformidad con el recurso interpuesto es establecer si en efecto el actor acredita una pérdida de capacidad laboral del 50% de origen laboral, cuál es su fecha de estructuración, en caso negativo sí procede imponer costas al demandante.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. El demandante fue calificado por la ARL Positiva Compañía de Seguros mediante dictamen N° 22060057 del 16 de junio de 2020, con una pérdida de capacidad laboral del 35.17% estructurada desde el 12 de abril de 2019, origen laboral.
2. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia por medio del dictamen 091023-2020, le asignó una pérdida de capacidad laboral de 38.20% y fecha de estructuración 12 de abril de 2019, de origen laboral.
3. Fue calificado por el perito Hernando Restrepo Osorio de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, quien le otorgó una pérdida de capacidad laboral del **55.1%** con fecha de estructuración **8 de marzo de 2012., origen laboral.**

4. Como prueba de oficio esta Sala decretó enviar al actor para que fuera calificado por el CENDES, entidad que por medio de dictamen otorgó una pérdida de capacidad laboral del **52.46%, fecha estructuración 12 de abril de 2019 y de origen laboral.**

Una vez efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a dar respuesta a los problemas jurídicos propuestos.

De conformidad con el artículo **41 de la Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el estado de invalidez debe ser determinado de conformidad con el Manual Único para la Calificación de Invalidez-MUCI- vigente a la fecha de calificación, indicando a su vez que corresponde a Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en primera oportunidad, el origen, fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Según el artículo **51 del CPT y SS**, en el procedimiento laboral son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, con la salvedad de la prueba pericial cuya admisibilidad solo será posible cuando tenga por objeto asesorar al juez sobre asuntos que requieran conocimientos especiales, como lo es precisamente el que tiene que ver con la pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de una persona, aspecto de carácter técnico que se evalúa siguiendo los parámetros previstos en el Decreto 1507 de 2014-por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional-.

En lo que respecta a la validez del dictamen pericial, el artículo **226 del CGP** aplicable al procedimiento laboral en virtud de la remisión establecida en el artículo 145 del CPT y SS, establece que, el mismo debe ser rendido por una persona especializada, debe ser presentado bajo la gravedad del juramento (el cual se entiende prestado con la firma del dictamen), debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones y debe tener un contenido mínimo de declaraciones e informaciones que den cuenta de la identidad, idoneidad e imparcialidad de quien lo rinde.

De los dictámenes y su firmeza:

Para el caso se precisa que todos los Dictámenes como son el de la ARL Positiva, Junta Regional de Calificación de Invalidez y el perito Hernando Restrepo Osorio de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, así como el realizado por el CENDES, el cual de manera oficiosa fue decretado por esta Sala, fueron realizados con el Manual Decreto 1507 del 2014, por ser el vigente

a la fecha, concediendo los dos primeros en una PCL menor al 50% y los dos último mayor a esta, todos de origen laboral.

Para resolver la petición, resulta de fundamental importancia recordar que la firmeza de los dictámenes emitidos por los órganos competentes no es definitiva y su valor probatorio puede ser atacado ante el juez laboral mediante el procedimiento ordinario, utilizando para el efecto diferentes medios probatorios que permitan demostrar que existe una pérdida de capacidad superior a la establecida, o que la fecha de estructuración puede ser anterior o posterior, o el origen puede variar.

Lo importante en estos casos es que se demuestre que incurrió la entidad calificadora en un error de carácter técnico, por cuanto aquellas que entrañan una controversia de orden jurídico están atribuidas al Juez del Trabajo. **(Sentencias 11910 del 29 de septiembre de 1999, SL16374 del 4 de noviembre de 2015 y SL4571 del 23 de octubre de 2019).**

Con el objeto de demostrar los errores de tipo técnico en que incurrió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia el actor aportó Dictamen realizado por el perito evaluador Hernando Restrepo Osorio de Salud Pública de la Universidad de Antioquia.

La Juez en su sentencia consideró que el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia era acorde a la realidad del actor, entidad que le otorgó una PCL del 38.20% y fecha de estructuración 12 de abril de 2019, origen laboral.

Ahora bien, dadas las particularidades del caso y con el fin de tomar una decisión ajustada a derecho la Sala procedió a decretar como prueba oficiosa, enviar a calificar la pérdida de capacidad laboral del actor al CENDES, con el fin de establecer su estado de invalidez, experticia realizada el 6 de octubre de 2023 y donde se estableció que Madison Gómez Vega cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 52.46%, con fecha de estructuración del 12 de abril de 2019, por accidente de trabajo.

Encuentra entonces la Sala que en el caso no está en discusión que la PCL se originó producto de un accidente de carácter laboral, sin embargo, gravita la discordia en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, toda vez que mientras la Junta Regional asignó 38.20%, el perito Hernando Restrepo Osorio lo hizo con el 53.1%, porcentaje que consideró el recurrente debe ser el aplicable por la condición en que quedó el demandante luego de sufrir el accidente, y el CENDES dentro de la prueba oficiosa consideró que la PCL es del 52.46%.

Para establecer si en efecto el demandante acredita una condición de invalidez superior al 50%, que lo hace acreedor a la pensión de invalidez de origen profesional, la Sala procede al análisis de la prueba en su conjunto encontrando lo siguiente:

La Junta Regional de Calificación de Invalidez, consideró que Madison Gómez Vega únicamente acreditaba una PCL de 38.20% de origen laboral, aplicando el capítulo 12 tabla 12.12, en dictamen emitido el 27 de noviembre de 2020, N°091023, al respecto señaló: *Paciente con semi amputación del brazo derecho a nivel del codo, con apertura del espacio radicapitelar, en relación con posible compromiso ligamentario con relación cubito humeral, con signo duros de lesión vascular, adicionalmente con fractura de ecapula a nivel del cuello glenoideo y cuello medio, tercio medio, así como la diáfisis humeral...*

Ahora bien, el actor acudió a ser calificado por el Perito evaluador Hernando Restrepo Osorio de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia quien le otorgó una PCL de 55.1%, con fecha de estructuración 8 de marzo de 2019 y sobre la condición del actor explicó.

Se trata de un paciente de 23 años de edad, quien el 12-10-2017 sufrió accidente de trabajo, catalogado como grave, por aplastamiento de miembro superior derecho, cuando fue atrapado por banda transportadora mientras vigilaba el funcionamiento de la planta de beneficios, como consecuencia con trauma complejo de miembro superior derecho, con compromiso óseo, muscular y nervioso, con secuelas funcionales importantes e irreversibles.

Tuvo tratamiento inicial de control de daño, posteriormente procedimientos reparativos múltiples. Con el fin de recuperar funcionalidad, el 25-09-2018 realizan transferencias musculares, para flexión de codo derecho, tríceps a bíceps, artrodesis total de muñeca derecha y transferencias nerviosas con ramas sensitivas del radial para sensibilidad de la pinza por microcirugía, sin obtener mejoría en la funcionalidad, lo cual se ratifica a la exploración física y con una prueba objetiva de control, como es la electromiografía.

No se cuenta con ningún procedimiento quirúrgico que cambie su pronóstico, soportados en el concepto de fisioterapia y en la evaluación obtenida al examen físico se considera pronóstico ocupacional no funcional para el cargo de operador de planta, con base a las tareas descritas a cumplir en el cargo, implicando un cambio en el rol laboral definitivo.

Tiene deficiencias en aspectos como la movilidad, autocuidado, vida doméstica, aprendizaje y comunicación.

En cuanto a la fecha de estructuración se define el 8 de marzo de 2019, cuando es dado de alta por cirugía de mano, posterior a la realización de transferencias musculares y nerviosas, definiéndose que se trata de un paciente con secuelas de traumatismo severo de extremidad superior derecha, con múltiples procedimientos quirúrgicos, sin opción

de tratamiento que cambie su pronóstico, el Ortopedista solicita calificación para definir invalidez.

El mismo perito **Hernando Restrepo Osorio** fue interrogado en audiencia celebrada por el despacho, quien al respecto dijo que: *Califiqué 4 deficiencias porque es complejo el caso, ya que fue patología de atrapamiento que comprometió diferentes áreas, el sistema nervioso periférico en extremidad superior derecha, tabla del manual motoras sensitivas, no es como dijo la Junta plexo braquial, porque hubo varios nervios comprometidos por el atrapamiento y por eso califiqué esos nervios que fueron comprometidos, nervio media, radial con un porcentaje grande, es que se fue tan grave que fue recorriendo todos los nervios que se encontró en el camino, el paciente es invalido, no se lo está inventando, en este caso el Rol laboral pesa mucho, use la misma tabla que tomó la ARL Sura 12.13 y no la 12.12. yo busque los nervios en cambio la Junta el tronco común, en cuanto a la fecha de estructuración que llegué fue porque en concepto de 8 marzo de 2019 el médico dijo que no se contaba con ningún procedimiento quirúrgico que cambiara la condición del calificado (patología confirmada), él paciente ya no se recupera porque se le dañaron sus nervios, es algo definitivo, enervación total no ha posibilidad de mejoría, dijo fisiatría...*

La Sala procedió a realizar el análisis de la prueba pericial aportada por la Universidad del CENDES, donde fue enviado a calificar el demandante, de manera oficiosa por esta Sala.

En dicha experticia realizada el 6 de octubre de 2023, se observa que la entidad calificadora menciona que se trata de un paciente con cicatrices múltiples quirúrgicas y traumáticas ostensibles por su extensión que comprometen todo el miembro superior derecho (brazo, antebrazo, muñeca), Osteoarticular: el aspecto de la masa muscular a nivel de miembros superior derecho se haya atrófica (reducción ostensible del volumen de la masa muscular en brazo, antebrazo, muñeca), reducción a simple vista del volumen, se aprecian diferencias de temperatura (frialidad) de todo el miembro superior derecho comparado con el izquierdo... fuerza del MSD reducida en escala de Daniel's: 2-3/5; requiere asistencia de sí mismo con su mano izqda para realizar la pronación y supinación del antebrazo, hay flexión de codo, con limitación de movilidad en la flexión a 108°; la extensión 170°, mano derecha no funcional, se encuentra fijada por artrodesis de muñeca en neutro, no hay agarres, no hay función de la pinza manual, 1,2 y 3° dedos de la mano no funcionales...con manifestaciones de sensaciones de "entumecimiento" y pérdida de sensibilidad en MSD, se aprecia debilidad del miembro superior derecho en la resistencia contra la fuerzas de contracción y gravedad...

Historia clínica anexada con el expediente, consistente con secuelas de accidente laboral el día 12/10/2017 (atrapamiento del Miembro superior derecho por maquinaria nivel codo/ trauma por aplastamiento de miembro superior derecho) que generaron lesión del nervio mediano derecho parcial y proximal, lesión del nervio radial derecho proximal y completo, contusión del tórax, lesiones parciales del nervio cubital y musculo cutáneo, presentó neumotórax traumático

menor del 30%, hemitórax traumático, los cuales se resolvieron sin intervención quirúrgica, herida el brazo, fractura de la diáfisis del húmero, con lesión capsular, ligamentaria y muscular periarticular derecha, traumatismo de la vena axilar o braquial, fractura de escápula a nivel del cuello de la glenoideas, sección de vena cefálica; es decir lesiones severas óseas, nervios, vasculares, articulares, tendones y músculos múltiples procedimiento reparativos quirúrgicos, evolución con signos de lesión alta de nervios periféricos de extremidad superior dominante derecha, con mejoría máxima establecida y determinación por ortopedista tratante para el 8/03/2019, sin posibilidades de cambio en su pronóstico.

Para la Sala luego de una valoración en conjunto de la prueba aportada y bajo los criterios de la sana crítica y libre formación del convencimiento, considera que el dictamen emitido por el CENDES es claro y preciso al determinar que en efecto el señor Madison Gómez Vega se encuentra en estado de invalidez, toda vez que el accidente que sufrió el 12 de octubre de 2017, causó graves lesiones en su brazo derecho, que lo dejó en estado asimilable a imputación, es importante mencionar las conclusiones a las que llegó el órgano calificador indicando lo siguiente:

“El miembro superior es una de las partes del cuerpo más involucrada en la relación que la persona tiene con su entorno; cumple funciones fundamentales en aspectos de la vida diaria como higiene, alimentación, actividades académicas, laborales y participa activamente en la parte emocional, su posición y función hacen que sea susceptible al trauma por múltiples mecanismos y que esto tenga implicaciones importantes, aunque las lesiones traumáticas del miembro superior rara vez ponen en peligro la vida, causan gran incapacidad, lo que conlleva pérdida de días laborales y gastos extra al paciente y su familia, grandes afectaciones para las personas jóvenes en sus hábitos sociales, deportivos, de tiempo libre o laborales.

Las lesiones del plexo braquial y los nervios, no tan infrecuentes como se piensa, comprometen gravemente la función del miembro superior produciendo parálisis sensitiva, motora y vegetativa, en muchos de los casos se ve acompañada además de dolor neuropático intenso, lo que no redunde en la incapacidad permanente de la persona afectada.

Los mecanismos traumáticos por tracción y aplastamiento son los más relacionados a la génesis de esta lesión, las raíces y los troncos se dañan más frecuentemente que las divisiones, fascículos o ramas terminales, este tipo de patología se suele acompañar de graves lesiones asociadas relacionadas con el plexo, roturas de grandes vasos como arterias, venas, lesiones medulares, óseas, craneoencefálicas o viscerales (Bartolomé, 2007).

La posición del brazo en el momento del accidente suele determinar el nivel involucrado, su severidad y pronóstico. A más alta o proximal sea la lesión más efectos funcionales se evidenciarán a nivel (distal) funcional de la mano. Por otra parte, el tratamiento de estas lesiones muestra un extenso repertorio de reparaciones quirúrgicas con diferentes resultados, en los casos más graves incluso se ha considerado la amputación acompañada de la artrodesis de algún segmento corporal, que puede ir incluso desde el hombro.

Continúa argumentando la entidad, que para el caso del calificado, se dio en la muñeca (artrodesis: fijación), valorar la condición actual de la persona, siendo un tanto peculiar, ya que es equiparable con la **amputación de la extremidad superior izquierda a nivel muñeca** (pero ante la presencia de la misma, para fines prácticos este miembro desde el antebrazo no muestra mayor utilidad en las condiciones actuales, pero sí es un peso muerto que cuelga del cuerpo con todos los inconvenientes del caso, por síntomas disestésicos y anestésicos por compromiso múltiple de nervios periféricos de la extremidad superior derecha comprometida desde un nivel muy alto (proximal) de la misma.

De lo anterior se concluye que en efecto el demandante de acuerdo con el manual de calificación de invalidez vigente para este caso Decreto 1507-2014, su historia clínica, los conceptos de los especialistas tratantes, los diferentes estudios de imágenes radiológicas y electro diagnóstico, los dictámenes previos, los elementos de hecho y de derecho, las normas técnicas de procedimiento, directrices del manual de calificación acorde con las capítulos y tablas respectivas, la valoración clínica realizada el pasado 5/10/2023, por la Universidad del CESDE el demandante Madison Gómez Vega, presenta una pérdida de capacidad laboral de 52,46%, que genera un estado de invalidez, con fecha de estructuración 12/04/2019, momento en la cual se emitió el concepto de rehabilitación y se define la mejoría medica máxima, de origen accidente laboral.

Para la Sala es importante indicar que, para el caso del demandante, la tabla correcta del manual es la 12.13, por el compromiso de todos los nervios del brazo, que tuvo en el accidente, pues la Junta Regional únicamente evaluó la tabla 12.12, del tronco común, sin tener en cuenta los demás daños causados, tales como que no cuenta siquiera con agarre en su mano, no le funcionan los dedos completos de su mano diestra, asimilable a una amputación del brazo dominante.

Por lo tanto, la Sala considera que la ARL y Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia subvalorar los secuelas por compromiso grave funcional de extremidad superior dominante de Madison Gómez Vega, acorde con las pautas, normas y directrices técnicas del manual de calificación, lo que lleva a que se **REVOQUE** en este aspecto la sentencia apelada para en su lugar establecer que el demandante presenta una PCL de 52.46% como lo señaló el CESDE, con fecha de estructuración 12 de abril de 2019, conclusión a la que se llega, en una valoración en conjunto bajo los criterios de la sana crítica y la libre formación del convencimiento (art. 60-61 CPT y SS), Corte Suprema SL 2349 de 2021.

“En efecto, teniendo en cuenta que el juez laboral debe apoyar su decisión en los dictámenes obrantes en el proceso, con observancia de su contenido informativo y técnico, y que el dictamen no constituye prueba definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario, el Tribunal en uso de sus facultades de libre formación del convencimiento, a partir de la valoración autónoma de la prueba, podía privilegiar la aclaración al dictamen de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia para resolver el conflicto (SJ SL3992-2019, CSJ SL2984-2020 y CSJ SL513-2021).

De la Pensión invalidez de origen profesional

En cuanto a la prestación solicitada por el actor respecto a la pensión de invalidez de origen profesional se tiene:

El art. 3 de la ley 1562 de 2012 reza:

Accidente de trabajo. *Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.*

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical, aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servidos temporales que se encuentren en misión.

La ley 776 de 2002 art. 1°. DERECHO A LAS PRESTACIONES. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

ARTÍCULO 9o. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

Para el caso al determinarse que el actor acredita 52.46% de pérdida de capacidad laboral y que es de origen laboral procede el reconocimiento de la pensión a cargo de la ARL.

Sobre el monto de la prestación la ley 776 de 2002 consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 10. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación.

Sin embargo, para el caso el actor no probó que su IBC fuera mayor al salario mínimo legal, por lo que será sobre este monto que se reconozca su prestación, la cual debe liquidarse desde el 12 de abril de 2019, fecha de la estructuración del estado de invalidez y hasta el 30 de noviembre de 2023, en razón a que para el caso no se presenta el fenómeno de la prescripción ya que el dictamen que se pretendía tener en cuenta de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia data del año 2020 y la demanda es del año 2021, así mismo con esta sentencia se dio plena aplicación a la experticia del CESDE del año 2023.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso se encontró un retroactivo en las fechas señaladas por la suma de \$57.291.678 conforme tabla que se anexa.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión	Total Retroactivo
2019	3,80%	8	\$ 828.116	\$ 7.149.401
2020	1,61%	13	\$ 877.803	\$ 11.411.439
2021	5,62%	13	\$ 908.526	\$ 11.810.838
2022	13,12%	13	\$ 1.000.000	\$ 13.000.000
2023		12	\$ 1.160.000	\$ 13.920.000
			TOTAL	\$ 57.291.678

Por su parte la ARL Positiva debe continuar reconociendo una mesada pensional al demandante a partir del 1 de diciembre de 2023 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, con 13 más los incrementos de ley.

De la indexación

Es procedente en el caso ordenar la indexación, la cual tiene como finalidad traer a valor presente una deuda laboral o pensional con el índice precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE, para así paliar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, no teniendo nada que ver la actualización que se hace anualmente al salario mínimo por el Gobierno Nacional, debiendo la entidad reconocer las mesadas pensionales, debidamente indexadas al momento en que realice el pago de la misma.

Obligatoriedad de las cotizaciones al sistema de salud a cargo de los pensionados

Unido al retroactivo pensional esta lo atinente a los descuentos en salud, los cuales por ministerio de la ley están a cargo de los pensionados, tal como lo indica el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el cual dice de manera textual lo siguiente:

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos...

Frente al tema del principio de solidaridad que tienen los pensionados frente al sistema, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional, que en la sentencia C-126 de 2000, al declarar exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, esta ha sido una postura sostenida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en varias sentencias, entre otras en SL-529 de 2020, donde se ha indicado que el pensionado está obligado a efectuar el respectivo aporte desde el momento en que ostenta tal calidad.

En este orden de ideas, se **autorizará** a **ARL Positiva** para descontar del valor del retroactivo, el porcentaje de las cotizaciones en salud a cargo del pensionado sobre las mesadas ordinarias¹, valor que deberá a su vez trasladar a la EPS a la que se encuentre afiliado el actor.

Por lo anterior se encuentra que la sentencia de primera instancia debe **REVOCARSE** en su integridad.

Costas

En esta instancia a cargo de ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., y a favor del actor, se señalan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. En primera instancia se **REVOCAN** las impuestas y deben ordenarse a cargo de la ARL condenada.

¹ Lo anterior por cuanto no proceden descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, de conformidad con el Decreto 1073 del año 2002.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de primera instancia dictada por la Juez Quince Laboral del Circuito de Medellín, el día **19 de enero de 2023**, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **MADISON GÓMEZ VEGA** contra **ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA.**, en su lugar la decisión queda así:

SEGUNDO: SE DECLARA que **MADISON GÓMEZ VEGA**, cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 52.46%, de origen laboral con fecha de estructuración 12 de abril de 2019.

TERCERO: SE CONDENA A LA ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a reconocer la pensión de invalidez de origen laboral a favor del señor **MADISON GÓMEZ VEGA**, sobre un salario mínimo y 13 mesadas, para lo cual debe proceder a pagar un retroactivo pensional en la suma de **\$57.291.678**, liquidado entre el 12 de abril de 2019, fecha de la estructuración del estado de invalidez y hasta el 30 de noviembre de 2023, según la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: La **ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.**, debe continuar reconociendo una mesada pensional al demandante a partir del 1 de diciembre de 2023, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, con 13 mesadas y los incrementos de ley.

QUINTO: La **ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.**, debe reconocer las mesadas pensionales, debidamente indexadas al momento en que realice el pago de condena.

SEXTO: Se **AUTORIZA** a **ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.**, para descontar del valor del retroactivo, el porcentaje de las cotizaciones en salud a cargo del pensionado sobre las mesadas ordinarias, valor que deberá a su vez trasladar a la EPS a la que se encuentre afiliado el actor.

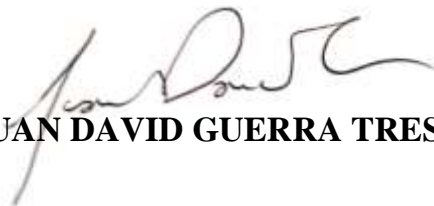
SEPTIMO: Costas en esta instancia a cargo de ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., y a favor del actor, se señalan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. En primera instancia se **REVOCAN** las impuestas al demandante y deben ordenarse a cargo de la ARL condenada.

Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.

Los magistrados


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ


JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS