



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Magistrada ponente

SL13545-2014

Radicación n.º 42282

Acta 35

Bogotá, D. C., primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ BERNABÉ MARTÍNEZ BELLO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 29 de mayo de 2009, en el proceso que instauró el **RECURRENTE** contra **TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S.A.**

I. ANTECEDENTES

El actor demandó a la empresa referida para que fuera condenada a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez por accidente de trabajo *«ocurrido el 26 de enero de 1979»* con la respectiva indexación y las costas.

Afirmó que laboró como conductor de la demandada en tres ocasiones: la primera *«a partir del año 1971»* hasta finales de 1972; la segunda desde 1974 *«hasta finales del año 1977»* (en ambas le pagaron prestaciones sociales) y la última mediante contrato verbal aproximadamente *«en el mes de octubre de 1978»* hasta el 25 de enero de 1979, cuando conducía el bus 955 de la empresa y colisionó con una tracto mula, sufrió *«un trauma en la cabeza»* y luego le amputaron *«la pierna izquierda»*; fue remitido al Hospital Universitario del Valle pues no estaba afiliado al ISS y por ello la pasiva debe asumir las consecuencias del referido accidente; le prescribieron *«prótesis»*.

Explicó que no ha podido desempeñar su profesión habitual, ni un trabajo similar por lo que *«su capacidad permanente total se deberá considerar como absoluta cuando impida al empleado toda clase de trabajo remunerado»* según lo dispone el artículo 16 del Decreto 3170 de 1964; agregó que conforme con el Acuerdo 155 de 1964 *«es necesario que se realice la valoración sobre la pérdida de capacidad laboral ... y para ello se deberá calificar con el reglamento del seguro social que estaba vigente para la fecha del accidente de trabajo ocurrido el 26 de enero de 1979»* (folios 2 a 7).

En la contestación a la demanda, Transportes Expreso Palmira S.A. aceptó que el actor laboró entre el 9 de mayo de 1974 y el 21 de noviembre de 1977, negó las otras vinculaciones y en punto a la última afirmó enfáticamente que la empresa no realizaba contratos de trabajo en forma verbal, que no tenía información de esa relación *«y menos aún de un supuesto accidente de trabajo al servicio de ésta, pues, como ya se ha dicho, no figura contrato de trabajo alguno para esa época»*; reiteró que la relación laboral terminó en noviembre de 1977 y que para la fecha del supuesto accidente no tenía obligación alguna de mantenerlo afiliado al ISS *«por no ser empleado suyo y no recibir de él prestación de servicio alguno»*. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, prescripción, compensación, buena fe y la genérica (folios 27 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, por decisión de 22 de noviembre de 2007 absolvió de lo pedido y cargó las costas al actor (folios 99 a 105).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandante, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por fallo de 29 de mayo de 2009, confirmó la del a quo; le impuso costas de la alzada al recurrente (folios 14 a 28).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el ad quem precisó que de acuerdo con lo planteado por el recurrente, el tema a dilucidar era si entre las partes existió relación laboral, para el 26 de enero de 1979, cuando ocurrió el “*accidente automovilístico*”.

De la planilla guía de folio 9, halló evidente que para el día del *in suceso*, el demandante conducía el bus 455 de la empresa EXPRESO PALMIRA S.A. en la ruta Bogotá – Cali, toda vez que dicho documento estaba suscrito por el actor y tenía el sello de la demandada así como de *«los despachadores apostados en todas las paradas que realizaba el vehículo ... lo que resulta ser de una claridad irrefutable y permiten deducir que el recorrido que cubrió en esa oportunidad el actor empezó el 25 de enero de 1979 en la noche y se prolongó hasta la madrugada del 26 del mismo mes y año»*. De dicha prueba dijo que por no haber sido tachada de falsa, al tenor del artículo 276 del C. de P.C. *«se configura el reconocimiento implícito del documento, lo que le confiere la categoría de documento auténtico y lo convierte en plena prueba, no susceptible de ser desechada»*.

De algunos testimonios, que individualizó, reafirmó su convicción de la existencia del vínculo laboral el día del accidente, no sin antes aclarar que no había *«certeza»* del extremo inicial de la última relación, pero advirtió que lo importante era que en aquel momento el vínculo laboral existía para verificar la procedencia de lo pedido; explicó que correspondía establecer las normas que regían al momento del hecho generador de la invalidez.

Después de definir el accidente de trabajo, de establecer las diferencias entre los términos «*causa*» o «*con ocasión*», de referirse a dos testimonios y al reporte de la historia clínica, reiteró que *«el accionante sufrió un accidente de trabajo, puesto que el in suceso ocurrió con ocasión del trabajo, al conducir el vehículo de la empresa demandada cubriendo la ruta Bogotá – Cali, actividad para la cual había sido contratado, cuando colisionó con una tracto mula».*

Precisó que al momento del accidente regía el Acuerdo 155 de 1964 y que los artículos 63 y 64 del Decreto 433 de 1971, tácitamente habían modificado el referido Acuerdo; reprodujo esos artículos, luego de lo cual expresó que *«el accionante no arrió al proceso prueba idónea de su pérdida de la capacidad laboral que le permita a la Sala verificar que éste haya perdido en forma permanente o por un tiempo de duración no previsible la capacidad para procurarse, mediante un contrato de trabajo, proporcional a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a la mitad, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas puesto que el resumen de la historia laboral del quejoso, solo evidencia el hecho del accidente, las consecuencias del mismo y el tratamiento que le aplicaron, sin que de ello pueda deducir la Sala las características expuestas para que surja el derecho a la pensión por invalidez profesional, pues dicha calificación requiere que sea realizada por un experto en medicina y no por el juez, puesto que escapa a sus conocimientos y competencias».*

En punto a la calificación de invalidez obrante a folio 76 afirmó que no suplía la prueba requerida por dos razones: *«la primera porque ella, la calificación de la Junta está dada*

en porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, es decir que se trata de una medición cuantitativa, en tanto que la norma aplicable al caso hace otra exigencia de tipo cualitativo, que la persona no pueda seguir laborando ... la otra razón para que no se pueda tener como válida la calificación ... es porque como ya se mencionó como el supuesto derecho del actor surgió para el año 1979, en razón de que el momento del accidente determina la norma aplicable, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle se fundamenta en los Decretos 917 de 1999 y 2463 de noviembre 20 de 2001, normas posteriores al canon que sirve de fundamento para la estructuración del estado de invalidez del señor MARTÍNEZ BELLO.

“En otros términos los criterios señalados por la Junta Regional de Calificación de Invalidez para determinar la pérdida de la capacidad laboral del demandante no son los mismos criterios que establecían las normas del ISS para el año 1979. Tampoco se observa en dicho dictamen similitud o equivalencia de los criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalidez con los adoptados por los médicos laboristas del ISS encargados de la calificación de antaño»; para apoyar su determinación citó y reprodujo en lo pertinente la sentencia de esta Sala CSJ SL 10, jun, 1997, rad. 9477 y con ello concluyó su disertación.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Aspira el recurrente a que esta Corte case la sentencia dictada por el Tribunal *«y en sede de instancia proceder tal como*

se solicita en el alcance de la impugnación»- aunque dicho acápite no existe en la demanda-.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que no tuvieron réplica.

VI. CARGOS PRIMERO A TERCERO

Todos los dirige por la vía directa; el primero por *“falta de aplicación de los artículos 16, 21, 22 y 23 del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, en relación con el artículo 6º del Decreto 1650 de 1977, artículo 175, 177 y 179 del C. de P.C., artículo 16 numeral 2º del artículo 203 y 281 del CST, artículo 15 de la Ley 100 de 1993, 13 del Decreto 1295 de 1994, 48 y 53 de la Constitución Nacional”*. En el segundo *“por interpretación errónea”*, denuncia similares preceptos y adicionalmente los artículos 63 y 64 de la Ley 433 de 1971, en lugar del 15 de la Ley 100 de 1993 señala el 42. En el tercero denuncia la violación de los mismos preceptos señalados en el primer cargo, pero bajo la modalidad de *«aplicación indebida, que se demostró, conllevó a no aplicar también el ad quem las normas sobre seguridad social...»*.

Advierte que no existe controversia frente al dictamen pericial allegado al proceso con asistencia de ambas partes, en el que se otorgó al actor una pérdida de la capacidad laboral del 42,70%, con fecha de estructuración del 26 de enero de 1979, a raíz del accidente de trabajo.

En la demostración de todos los cargos reproduce las consideraciones de la sentencia acusada; en el primero aduce que hubo falta de aplicación de los preceptos

enlistados, que consideraban *«inválido a quien sufriera merma en la capacidad laboral de más del 20% y en su lugar aplicó el Tribunal los artículos 63 y 64 del Decreto Ley 433 de 1971, norma que no derogó el Decreto 3170 de 1964, argumentando requisitos adicionales para el actor como la capacidad para procurarse mediante un trabajo proporcional a sus fuerzas, como también la incapacidad permanente total se considera absoluta cuando impida al actor toda clase de trabajo remunerado»*.

Refiere que el Tribunal tampoco aplicó el artículo 281 del C.S.T. *«siendo que la obligación de la demandada era afiliar al trabajador al Seguro Social para cubrir el riesgo de invalidez que sufrió el actor»*, luego de lo cual reprodujo, en lo pertinente, la sentencia C-1141 de 2008 *«sobre la demanda de constitucionalidad del artículo 7º de la Ley 776 de 2002»* en la que se aludió a los trabajadores que *«desde 1964 fueron afiliados al ISS»*. Igualmente copió los artículos 23 y 24 del Decreto 3170 de 1964 y sostuvo que *«de acuerdo con la providencia antes descrita, para el caso del actor la norma aplicable debió ser el artículo 23 del Decreto 3160 (sic) de 1964 siendo la obligación del empleador afiliar a su trabajador al ISS tal como se encuentra establecido en el artículo 6 del Decreto 1650 de 1977, pero como fue omitido ese deber por la demandada corresponde reconocer la renombrada prestación económica a Expreso Palmira»*.

Con fundamento en fallo de esta Sala del 16 de diciembre de 1997, rad. 9978, reitera que *«es incuestionable que la prueba idónea de capacidad laboral es el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, siendo así que fue garantizado el derecho de defensa y contradicción de las partes, fundamentos que se encuentran en los Decretos 917 de 1999 y 2463 de 2001 pero para el Tribunal no se le otorga valor alguno por ser cualitativo para la fecha de emisión del dictamen y no*

cuantitativo como se exigía para la fecha en que fue declarado inválido el actor en 1979».

En lo que toca al segundo cargo, luego de transcribir, como se dijo, el fallo cuestionado y una jurisprudencia de esta Sala de 16 de abril de 1993, rad. 4832 indica que *«en aquel entonces existían los médicos del Ministerio del Trabajo, ahora, para la garantía de los afiliados a las entidades de seguridad social se crearon las Juntas y al existir el dictamen efectuado al actor se garantizó el debido proceso, el derecho de contradicción y defensa, entonces al no dar validez al acto de la Junta se interpretó erróneamente por parte del Tribunal el carácter obligatorio del dictamen que se efectuó con las formalidades del debido proceso, conforme al artículo 42 de la Ley 100 de 1993 pero el ad quem sembró duda sobre la forma de calificar al actor por parte de la Junta, sin existir fundamento legal para desechar como lo hizo el dictamen que gozó de todas las garantías legales».*

Añade que la obligación de la empleadora era afiliarse a su trabajador al ISS para que este cubriera el riesgo *«pero como el Tribunal le dio una interpretación errada como se demostró atrás con la jurisprudencia de la Corte, que no existió modificación en cuanto al porcentaje sobre la pérdida de la capacidad laboral que se encuentra en el Acuerdo 155 de 1963, introdujo otros elementos exigidos a la calificación del actor que no eran necesarios».*

Arguye que *«la interpretación errónea dada por el Tribunal conllevó a decir que no era válido el dictamen de la Junta Calificadora de Invalidez que aparece a folio 76 sobre pérdida de capacidad laboral en un 42.70% de origen ACCIDENTE DE TRABAJO y con diagnóstico AMPUTACIÓN MIII TERCIO MEDIO DEL MUSLO EN A.T y con fecha de estructuración 26/01/79».*

Critica la inferencia del Tribunal según la cual si el supuesto de hecho ocurrió en 1979 (momento del accidente) no podía tenerse como válida la calificación que hizo la Junta con fundamento en normas de 1999 y 2001, posteriores al momento en que se fijó la fecha de estructuración de la invalidez; que *«la interpretación dada sobre las normas que aplicó la Junta para la calificación del actor son efectuadas en forma legal y de acuerdo con las normas vigentes al momento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, equivocado entendimiento dado por el Tribunal sobre las normas que aplicó la Junta que fueron posteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez porque con ese porcentaje del 42% que se otorgó para el año 1979 fueron con fundamentos (sic) de la historia clínica, tal como lo establece el artículo 9 del D.R. 2463 de 2001 y se pudo determinar la amputación del medio tercio del muslo de la pierna»*.

Explica que *«aunque la calificación dada al actor por parte de la Junta se dio con tablas de calificación vigentes al momento de la estructuración de dicha pérdida, según sea el caso, tal como lo establece el artículo 4 del Decreto 2463 de 2001, no pudo entonces el Tribunal interpretar a su modo lo que establecen las normas infringidas como los artículos 63 y 64 del Decreto Ley 433 de 1971, ya que estas no modificaron las existentes sobre los porcentajes de pérdida de capacidad laboral establecidas en el Acuerdo 155 de 1963»*.

Los fundamentos del tercer cargo son básicamente similares a los de los anteriores, pero sus explicaciones tienden a demostrar la violación bajo la modalidad de aplicación indebida a los preceptos denunciados; aduce que *«esa violación directa por aplicación indebida que se demostró conllevó a no aplicar también el ad quem las normas sobre seguridad social que se encuentran establecidas como obligatorias para el empleador, tales como el artículo 6 del Decreto 1650 de 1977, artículo 15 de la Ley 100*

de 1993 y artículo 13 del Decreto 1295 de 1994, ya que al no afiliar al actor al Seguro Social tiene como consecuencias el pago de la pensión de invalidez por accidente de trabajo, que se encuentran consagradas en el artículo 203 y 281 del Código Sustantivo Laboral». Reitera que el ad quem debió observar las normas pertinentes, refiriéndose al Acuerdo 155 de 1963 y en su apoyo reproduce la parte pertinente de la sentencia de esta Sala del «15 de noviembre de 2001 con Radicado 1644».

VII. CONSIDERACIONES

Se despachan en forma conjunta los cargos dada la vía directa escogida, la similitud de preceptos denunciados, la argumentación y el propósito común y por permitirlo el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

Advierte la Sala que el recurrente omitió señalar la función de la Corte para la sede de instancia; no obstante de la abundante argumentación puede entenderse que pretende que se revoque el fallo absolutorio de primer grado y en su lugar sea condenada la demandada.

En consideración a la vía directa escogida en todos los cargos, se da por entendido que la censura está de acuerdo con los fundamentos fácticos que encontró demostrados el Tribunal, entre los que vale destacar que el 26 de enero de 1979 «el accionante sufrió un accidente de trabajo puesto que el in suceso ocurrió con ocasión del trabajo, al conducir el vehículo de la empresa demandada cubriendo la ruta Bogotá – Cali actividad para la

cual había sido contratado cuando colisionó una tracto mula», y que la Junta de Calificación de Invalidez, el 29 de junio de 2004, le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 42,70% con fecha de estructuración el día del reseñado accidente.

Cabe indicar que para el juez plural no existió duda de que para el momento del accidente (26 de enero de 1979) Martínez Bello se encontraba prestando servicios a la demandada, solo que restó eficacia al dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, pues, en su criterio la misma no cumplía con los requisitos exigidos por los artículos 63 y 64 del Decreto Ley 433 de 1971, de forma que esa medición cuantitativa era insuficiente.

Ese justamente es el problema jurídico a resolver, esto es si es viable admitir el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, cuando quiera que la fecha de estructuración sea anterior a Ley 100 de 1993.

Para resolver es necesario decir que una de las mayores preocupaciones del mundo del trabajo, sin duda, constituyó en su momento la del aseguramiento de los trabajadores para los riesgos propios de su desempeño, de allí que no sea gratuito que previo a avanzar hacia un modelo de seguridad social, se incluyera uno de aseguramiento, de carácter obligatorio de todos aquellos que dependiesen de un contrato laboral.

Incluso la noción de riesgo también es heredada del seguro privado y se varió por la de contingencia en el Convenio 102 de la OIT de 1952, guardando en últimas los mismos reclamos sociales de protección principal a la invalidez, la enfermedad, la muerte y la maternidad, solo que en Colombia, al reglamentarse los riesgos profesionales, a través del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964 se acogió la primera de dichas acepciones.

Previo a tales normativas, el artículo 45 de la Ley 90 de 1946 ya había definido al inválido como *«al asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a un tercio, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas»*.

Sin embargo, el referido Acuerdo 155 instituyó un reglamento frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en el que se insertaron las definiciones sobre la materia. De su articulado se desprende una variedad de aspectos a tener en cuenta para el pago de las prestaciones, y se diferencian los tipos de incapacidades para el efecto de la siguiente manera: la temporal estaba delimitada al tiempo de la afección del trabajador que lo inhabilitaba para ejercer su empleo, y que le imponía someterse a un tratamiento médico; la permanente parcial se entendía como un impedimento fijo de ciertas funciones, originado en una lesión, o estado patológico orgánico o funcional, que

disminuía la capacidad general de ganancia de la persona afectada y por último la invalidez era una incapacidad permanente y total que inhabilitaba la realización de una labor remunerada.

En ese momento era imperativo tener en cuenta aspectos como la edad, el sexo, el oficio, la ocupación o profesión realizada, con el fin de establecer la pérdida de su capacidad de obtener los ingresos, de allí que se establecieran unas pensiones revisables o bien para determinar su aumento ante el agravamiento, o su cesación ante la recuperación absoluta.

La fijación de baremos, que es la manera técnica de denominar a las tablas de valuación de incapacidades estaba circunscrito a un criterio matemático, en el cual se ponderaba la edad versus el índice de la lesión sufrida y ello arrojaba la disminución porcentual, lo que de contera incidía en el monto de la pensión que debía fijarse, pero el artículo 19 *ibídem* lo explicaba de la siguiente manera *«el grado de incapacidad que corresponde entre el máximo y el mínimo fijados en la tabla de valuaciones se determinará teniendo en cuenta la edad del trabajador, el porcentaje de pérdida funcional o anatómica del órgano, sistema o miembro lesionado y si dicho porcentaje puede influir solamente para el ejercicio de la profesión habitual o de manera general en las posibilidades de dedicarse a un trabajo remunerado, así como la repercusión de las lesiones sobre la vida probable, los defectos físicos y las dificultades para conseguir empleo»*.

Huelga agregar que el propio Acuerdo definía las alteraciones orgánicas y funcionales incurables, que

conllevaban a la incapacidad absoluta y que correspondían a las de afasia grave, epilepsia de origen traumático con trastornos síquicos, enajenación mental incurable, pérdida anatómica de las dos extremidades superiores, las dos inferiores o de una superior y otra inferior, alteración funcional que tuviese como consecuencia la hemiplejía, paraplejía, cuadriplejía o ataxia locomotriz, la ceguera total por enucleación o trastorno grave de la función visual, la pérdida del ojo o cualquier lesión con el carácter de definitiva que no permitiera desempeñar actividad alguna.

El artículo 24 del Decreto 3170 de 1964 definió pensiones graduables, según la incapacidad, e indemnizables aquellos que tuviese incapacidades inferiores al 20%; aunque los artículos 62 y 63 del Decreto Ley 433 de 1971 nivelaron los porcentajes de los riesgos comunes y profesionales, el Seguro Social mantuvo la aplicación del referido Decreto 3170 con el otorgamiento de pensiones en la forma diferencial, al que luego retorna el Decreto 1650 de 1977, conforme su artículo 102, en tanto previó la pensión de invalidez en porcentaje superior al 20, y allí sin duda se advierte la primera equivocación jurídica del juzgador de segundo grado.

Aunque las pensiones por invalidez originadas en el trabajo eran concedidas provisionalmente por el término de dos años, luego de los cuales tenían el carácter de definitivas, estaban sujetas a revisión si se consideraba que habían cambiado las condiciones en su otorgamiento. Tal situación es lo esperable, si se comprende que el objetivo

del aseguramiento a través de cualquiera de los sistemas de protección de los riesgos, debe contribuir al mejoramiento integral de los individuos y que el déficit en el sistema de los seguros sociales, en punto a la declaratoria de la invalidez, también se ha originado en el abandono de aspectos tan necesarios como la reeducación profesional del inválido o su reclasificación en el mercado del trabajo, que era lo que se propugnaba desde el inicio de la legislación, solo que sin mayor aplicación.

Al cotejar el anterior esquema con el insertado por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, lo que se advierte es que se mantuvo un carácter técnico científico sobre la valoración completa del estado de salud, incluso bajo mayores estándares de razonabilidad se sujetó al dictamen a un concepto de integralidad, en el que se tuviere en cuenta i) la voluntad, esto es si existe en el individuo la posibilidad de gobernar, escoger o motivar, ii) la habituación que organiza los hábitos y las rutinas y iii) la ejecución a partir del cual se estudian las estructuras utilizadas para producir el desempleo ocupacional.

El artículo 2 del Decreto 917 de 1999, que corresponde al Manual Único de Calificación, considera inválido a quien hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y define como incapacidad permanente parcial la que se encuentra entre el 5 y el 50%. En contravía a lo afirmado por el Tribunal, en esta nueva concepción de la evaluación también se ponderan las habilidades, destrezas, aptitudes, potencialidades de orden físico, mental

y social e incluso para la definición de la fecha de la estructuración de invalidez, debe contar las Juntas de Calificación con los insumos necesarios, como historias clínicas, exámenes y demás.

Allí se incorporan los criterios de deficiencia como «*toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano*»; discapacidad *toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona*»; y minusvalía como «*toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno*».

La anterior reseña es indispensable para concluir la equivocación del Tribunal al restarle eficacia al dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez, fundado en que la actual medición es cuantitativa y no cualitativa, pues como se anotó en ambos modelos la evaluación del daño sufrido por el accidente de trabajo y las consecuencias que del mismo emanan, se nutren de diversos componentes.

Admitir la tesis del Tribunal, sobre la falta de eficacia del dictamen de la Junta de Calificación, supondría que las Juntas solo estuviesen habilitadas para declarar la pérdida de la capacidad laboral desde que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 que fue la que las creó en sus artículos 42 y 43, cuando ese no fue su propósito; por el contrario, la aspiración fue elevar el nivel técnico de calificación y adecuar el mismo a las nuevas tendencias de seguridad social, al punto que se adoptó el referido Manual, basado en criterios de la OMS.

Esa postura, además dejaría huérfanos de protección a todos aquellos con afectaciones a su salud en ese periodo, con lo que se desconoce que la disminución de la capacidad laboral trae consigo la consecuente imposibilidad de obtener una remuneración suficiente, que permita al sujeto resolver sus necesidades básicas y acceder a los programas de reeducación y readaptación profesional.

De manera que siendo válido el dictamen de la Junta Regional de Calificación, que le dictaminó una pérdida de

capacidad laboral al actor del 42,70%, con estructuración el 26 de enero de 1979, eran las normas vigentes para la época las llamadas a resolver el asunto. Así lo ha considerado esta Sala, entre otras en sentencia CSJ SL 20, nov, 2008, rad. 31668, en la que se expuso:

Resulta evidente que se equivoca el Tribunal cuando dirime la controversia del sub lite a la luz del Decreto 1295 de 1994.

Tiene sentado la jurisprudencia el criterio de que en principio, la normatividad aplicable cuando se trata de pensiones de invalidez, es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez (fls. 684 a 686), dictaminó al actor pérdida de capacidad laboral de 28,40% que le ocasionó Incapacidad Permanente Parcial como consecuencia de enfermedad profesional, con fecha de estructuración 17 de febrero de 1994.

Es entonces esta última fecha la que resulta relevante para definir la normatividad que regula el derecho deprecado; y ciertamente para el 17 de febrero de 1994 no estaba en vigor el Decreto 1295 de ese año que en el artículo 97 previó sobre su vigencia que regiría a partir del 1º de agosto de 1994 para los empleadores y trabajadores del sector privado; para el sector público del nivel nacional a partir del 1º de enero de 1996; y para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital entraría a regir a más tardar el 1º de enero de 1996, en la fecha que lo determinara la respectiva autoridad gubernamental.

Así las cosas, la normatividad que debió aplicar el Ad quem es la prevista en el Acuerdo 155 de 1963 aprobado por el Decreto 3170 de 1964, con las modificaciones introducidas por Decreto 1726 de 1965, y sin embargo fue ignorada en el fallo. Estas disposiciones consideraban inválido a quien sufriera una merma en la capacidad laboral de más del 20%.

En sentencia de 21 de febrero de 1997, rad. N.º 8983 sostuvo la Corte lo siguiente:

“... antes de la Ley 100 de 1993 existía la norma que consideraba inválido a quien perdía más del veinte por ciento de su capacidad de trabajo, ya que así debe concluirse de lo dispuesto por el artículo 24 del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964. Por dicho acuerdo se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y, por lo mismo, era esta normatividad la vigente para el año de 1987.

“El texto del artículo 24 del Acuerdo 155 de 1963 era el siguiente:

‘El asegurado que quede con una incapacidad permanente parcial entre el 5 y el 20%, tendrá derecho a que se le pague en sustitución de la pensión una indemnización en capital equivalente a dos (2) anualidades de aquella.

‘Las pensiones correspondientes a una reducción de capacidad de trabajo superior al 20%, no podrán pagarse en forma de capital (se subraya).

La incapacidad permanente parcial inferior al 5% no es indemnizable.

Así las cosas no emerge duda de la comprobación de los errores jurídicos que se endilgan al ad quem y por ello los cargos prosperan.

VIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

A folio 9 consta la planilla de control de viaje, suscrita por el demandante como «motorista», el 25 de enero de 1979, para cubrir la ruta Bogotá – Cali, con hora de salida 16:15; obra el resumen de la historia clínica (folio 10), en el que se señala «paciente de 53 años de edad, consultó esta Institución el 26

de enero de 1979, después de sufrir accidente de tránsito cuando iba conduciendo bus se chocó contra tractomula, presentó trauma en la cabeza y miembro inferior izquierdo, no pérdida del conocimiento. Fue al ISS en donde hallan signos vitales estables. Toman radiografías de piernas y lo remiten al H.U.V., por no estar aún afiliado. Se le hizo diagnóstico de FRACTURA CON MINUTA EXPUESTAS DE TERCIO DISTAL Y PROXIMAL DE TIBIA IZQUIERDA G III, por fractura con minuta y muy expuesta con severa lesión de tejidos blandos se llevó a cirugía y se le practicó AMPUTACIÓN DEL MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO».

Conforme con las declaraciones de Rubiano Céspedes y Luis Roberto Osorio, el actor laboraba para la empresa transportadora demandada al momento del accidente, y aunque esta niega el vínculo, lo cierto es que tanto la prueba del accidente en el bus de la empresa, como los testimonios dan cuenta de esa relación. Así mismo es la propia demandada la que admite que para esa época no estaba afiliado al seguro social, de allí que deba asumir las consecuencias derivadas de accidente que, en el sub lite corresponden al pago de la prestación de invalidez.

Como el artículo 24 del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, en consonancia con el precepto 102 del Decreto 1650 de 1977, el pago de la pensión de invalidez se originaba con una pérdida superior al 20%, y para su cálculo se procedía a determinar el valor de lo cotizado en las 12 semanas anteriores a la fecha de ocurrencia del hecho invalidante, en proporción, en este caso dada la incapacidad permanente, por razón de la amputación de su pierna que se fijó en un 42,70% (folio 76),

sin embargo como no existió cotización, ni obra prueba del pago, corresponde fijar el valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la estructuración.

Como quiera que se formuló la excepción de prescripción, y la demanda se presentó el 25 de junio de 2003, se declararán prescritas las mesadas causadas con antelación al mismo día y mes de 2000.

En consecuencia se revocará la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2007, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar se dispondrá el pago de la pensión de invalidez, a cargo de la demandada, a partir del 26 de enero de 1979, junto con las mesadas adicionales, sumas que deberán ser indexadas.

Se declaran prescritas las mesadas y reajustes causados con antelación al 25 de junio de 2000. Costas en las instancias a cargo de la pasiva, sin costas en el recurso extraordinario.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el 29 de mayo de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ BERNABÉ MARTÍNEZ BELLO** contra **TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S.A.**

En sede de instancia se revoca la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2007, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar se dispone el pago de la pensión de invalidez, a cargo de la demandada, a partir del 26 de enero de 1979, junto con las mesadas adicionales, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, sumas que deberán indexarse. Se declaran prescritas las causadas con antelación al 25 de junio de 2000, se confirma en lo demás.

Costas como se anunciaron.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE