El siguiente es el documento presentado por la ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 24 de junio de 2016

Radicación No.: 66170-31-05-004-2014-00048-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Jhonier Hernando Martínez

Demandado: AFP Porvenir

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: DEL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICO-TEMPORALES OTORGADAS A LOS AFILIADOS AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL:a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, el pago del auxilio de incapacidad se encuentra a cargo de la EPS, durante los primeros 180 días; de ahí en adelante, siempre que el trabajador esté incapacitado, independientemente de que el concepto de rehabilitación sea favorable o no, y hasta que no exista un dictamen definitivo del alcance y grado de la pérdida de su capacidad laboral, la responsable del pago será la AFP. (…) Con la firmeza del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, si el resultado fuese inferior al 50%, siempre que el cuadro clínico siga siendo incapacitante, lo cual corresponde certificar al médico tratante, el afiliado seguirá disfrutando del auxilio por incapacidad, cuyo pago volverá a estar a cargo de la EPS, hasta por 180 días, vencidos los cuales corresponderá su pago a la AFP, hasta por 360 días más, término dentro del cual deberá procurar una nueva calificación del trabajador.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISION LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Junio 24 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 09-00 A.M. de hoy, viernes 24 de Junio de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **JHONIER HERNANDO MARTÍNEZ PATIÑO** en contra de la **AFP PORVENIR S.A.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos de conclusión coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por la AFP demandada y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.,esta última en calidad de llamada en garantía, contra la sentencia de primera instancia emitida el día 26 de febrero de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del Proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y a los argumentos de la apelación, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar a quién corresponde el pago del auxilio por incapacidad reclamado por el demandante.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

 En la demanda se aduce que el señor **JHONIER HERNANDO MARTINEZ PATIÑO** viene recibiendo tratamiento clínico por alargamiento óseo ocasionado por seudoartrosis. Producto de aquella patología, su miembro inferior izquierdo se considera funcionalmente amputado. Con ocasión de esas limitaciones, la **EPS COOMEVA** le autorizó y pagó 180 días de incapacidades, continuas e ininterrumpida entre el 2º de febrero y el 6 de julio de 2009.

 De otra parte, el demandante fue calificado el 12 de mayo de 2009 por la aseguradora previsional **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**,según remisión que realizó la **AFP** **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.,** y, posteriormente, un año y medio después, el 22 de octubre de 2010, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca. En ambos casos, el dictamen arrojó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 44,45%, de origen común y fecha de estructuración del 15 de noviembre de 1998.

 Con posterioridad a la primera calificación, el demandante continuó afectado físicamente y la EPS autorizó y pagó sus incapacidades. Sin embargo, cuando excedió 180 días de incapacidad, suspendió los pagos y remitió su caso a la AFP para calificación. En ese orden, según se invoca en la demanda, como quiera que la EPS continuó reconociendo de manera ininterrumpida incapacidades hasta el 18 de marzo de 2013 -un total de 1322 días- pero no las canceló, su pago corresponde a la AFP demandada.

 **PORVENIR S.A.**, señala que el 6 de julio de 2009 el afiliado completó 180 días incapacitado y **COOMEVA EPS** no remitió dentro del término establecido en la ley el concepto favorable de rehabilitación del demandante y sólo hasta el 2 de mayo de 2013 solicitó el subsidio económico por incapacidad, cuando habían transcurrido más de 1500 días de incapacidades continuas.

En su defensa, la AFP señala que el subsidio económico por incapacidad está a cargo del Sistema Pensional después del día 180 y sólo por 360 días adicionales, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación. En el presente asunto, esos 360 días que hubieran podido estar a cargo de la AFP, corrieron entre el 7 de julio de 2009 y el 6 de julio de 2010, tiempo durante el cual no se reclamó el pretendido subsidio en la forma establecida en la ley, puesto que la EPS jamas emitió algún concepto relativo al prónostico de rehabilitación del demandante. En ese orden, se opone a la prosperidad de las pretensiones y alega como excepciones de mérito las que denomina “ausencia de requisitos de ley”, “prescripción”, “buena fe”, “innominada o genérica”.

 Separadamente, llamó en garantía a las aseguradoras **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** y **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para que alguna de las dos responda por las eventuales condenas que pudiera llegar a imponersele, pues para ello contrató con ellas una póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobreviviente destinada al financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de sus afiliados, donde se comprometieron a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia y las incapacidades que se causaran a favor de sus afiliados, con vigencia desde febrero de 2004 hasta enero de 2010, con la primera de ellas (BBVA), es decir, vigente para la fecha en que al demandante le empezaron a reconocer incapacidades, y del 1º de enero de 2010 en adelante, con la segunda (MAPFRE).

 Admitido el llamamiento, las aseguradoras dieron respuesta a la demanda y al llamamiento en garantía en los siguientes términos: **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** señaló que, aparte de los argumentos de la defensa, los cuales coadyuva, debe tenerse presente, conforme lo admite la AFP demandada, que la cobertura de la póliza fue hasta 31 de diciembre de 2009.

 Por su parte, **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, también coadyuva los argumentos de la AFP demandada, y ademásaduce en su propia defensa, que ante una eventual condena, el juzgado debe tener en cuenta que si la incapacidad inició bajo la vigencia de la póliza de seguros con BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA y continuó bajo la vigencia de la nueva póliza contratada con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., será a aquella y no a la última a quien corresponda cubrir una eventual e hipotética orden de reembolso del subsidio de incapacidad.

 **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

 En sede de primera instancia, la a-quo accedió al pedido de la demanda y en consecuencia condenó a la AFP demandada al pago del subsidio por incapacidad a favor del demandante entre el 20 de abril de 2010 y el 18 de marzo 2013, calculado sobre la base de un (1) S.M.L.V., declarando prescritas las generadas entre el 7 de julio de 2009 y el 19 de abril de 2010, teniendo en cuenta que las incapacidades sólo vinieron a reclamarse el 19 de mayo de 2013.

 En relación al objeto del llamamiento en garantía, ordenó que la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en virtud del seguro previsional vigente desde el 1º de enero de 2010, concurriera al pago del subsidio por incapacidad a partir del 11 de enero de 2012, pues antes de la expedición del Decreto 0019 de 2012 (expedido el 10 de enero de 2012), el pago de dicho emolumento se encontraba única y exclusivamente a cargo de las AFP y no del seguro previsional de invalidez y muerte.

 De acuerdo a lo expresado en sede de primer grado, la decisión tiene fundamento en la jurisprudencia asentada en la sentencia T-333 de 2013, según la cual, cuando la calificación de la pérdida de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el empleador deberá reincorporar al trabajador a su empleo o a uno con funciones acordes a su incapacidad. Y en el caso en que el trabajador no recupere su capacidad laboral y por esa causa el médico tratante le siga expidiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y habiendose dictaminado una incapacidad permanente y parcial por pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%, le corresponde al Fondo el pago de esas incapacidades superiores a los 180 días y hasta que se expida un nuevo dictamen de pérdida de la capacidad laboral que le permita al afiliado consolidar el derecho pensional, siempre que exista concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se pueda efectuar una nueva calificación de su estado de invalidez.

 En armonía con dicho pronunciamiento, concluyó la a-quo que las incapacidades que excedan 180 días correran siempre por cuenta de la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador incapacitado, hasta tanto no se determine de manera definitiva el estado de invalidez.

**III. RECURSO DE APELACIÓN**

La AFP demandada y la llamada en garantía, MAPFRE S.A., condenadas al pretendido pago del subsidio por incapacidad, se alzan contra la decisión acabada de resumir y piden su revocatoria integral.

De un lado, PORVENIR S.A. no comparte la aplicación de la sentencia T-333 de 2013 (del 11 de junio de 2013) -fundamento de la decisión de primera instancia-, pues este pronunciamiento judicial no está llamado a servir de sustento jurisprudencial en la resolución del asunto de marras, dado que sus efectos no son retroactivos y las circunstancias fácticas expuestas en la demanda tuvieron lugar antes de su emisión.

En todo caso, señala, en el evento en que se mantenga la decisión, debe tenerse en cuenta que el subsidio por incapacidad tiene un limite máximo de 360 días contados a partir del día siguiente en que se exceden los primeros 180 días de incapacidad pagados por la EPS. Es decir, la AFP sólo estaria obligada al pago de las incapacidades generadas entre el 8 de julio de 2009 y el 7 de julio de 2010, y habiéndose presentado la reclamación en el año 2014, es claro que operó el fenómeno prescriptivo haciendo inviables las pretensiones. De todas maneras, y caso de que no sea acogido ese argumento, ha de tenerse en cuenta que las incapacidades fueron efectivamente reclamadas el 19 de mayo de 2013 y no el 20 de abril de 2013, como equivocadamente se determinó en primera instancia, por lo que el fénomeno de la prescripción trienal tendría efectos sobre las incapacides anteriores al 19 de mayo de 2010.

 Por su parte, la llamada en garantía se suma a los argumentos de la apelación promovida por la AFP demandada e insiste en que la eventual condena debe imponerse en contra de BBVA COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues las incapacidades reconocidas al demandante sobrevinieron como producto de una enfermedad que empezó a manifestarse en vigencia de la póliza que en su momento suscribió la AFP con BBVA, y no con MAPFRE, pues con esta última la cobertura de la póliza previsional corre a partir del 1º de enero de 2010 y el reconocimiento de las incapacidades fue a partir del 7 de febrero 2009.

**IV. CONSIDERACIONES**

 **4.1. DEL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICO-TEMPORALES OTORGADAS A LOS AFILIADOS AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL**

 Se tiene previsto que cuando una enfermedad o accidente de origen común genere una incapacidad laboral, ésta debe ser pagada los tres (3) primeros días por el empleador[[1]](#footnote-1), del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS y del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más debe ser pagado por la administradora de fondos pensionales, que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días adicionales hasta tanto se efectúe el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en lo eventos en que existe pronóstico o concepto favorable de rehabilitación.

 Ello se desprende de lo previsto en el **Decreto 2463 de 2001,** cuyo texto era el vigente durante el lapso en que el demandante estuvo incapacitado, que en su artículo 23, señala al tenor: *“para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.*

 Sin embargo, tal como ocurre en el sub-examine, puede pasar que al afiliado continúe incapacitado más allá del tope de esos 540 días, evento en el cual se aprecia un aparente vacío en el ordenamiento jurídico, debido a que, por mucho tiempo, la jurisprudencia concibió que, a partir del día 541, se extinguía para el trabajador el derecho a reclamar el auxilio de incapacidad, lo cual eventualmente liberaría al Sistema del pago de dicho emolumento, muy a pesar de que este se encuentra inspirado precisamente en la necesidad de protección de quienes, en razón de un cuadro patológico o de las secuelas de un accidente, se encuentran en un estado de debilidad manifiesta que les impide generar ingresos para darse un vida en condiciones dignas más de los 540 días de incapacidad.

 A propósito de ello, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que *”la legislación nacional establece que las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, obligan a algunas de las entidades del Sistema General de Seguridad Social a su pago*[[2]](#footnote-2), sin importar el término por el cual estas se causen, pues de lo contrario se le causaría al trabajador incapacitado una afectación a su mínimo vital, lo cual resulta inaceptable en un Estado Social de Derecho, en el que las personas en estado de debilidad manifiesta o en grave situación de vulnerabilidad merecen un tratamiento especial, no solo de parte del Estado sino de la sociedad en su conjunto.

 En este orden de ideas, de acuerdo a la documental arrimada al proceso con la demanda y su contestación, tenemos que el demandante permaneció incapacitado entre 7 de febrero de 2009 y el 18 de marzo de 2013, y que tan sólo le cancelaron los primeros 180 días de incapacidad, las cuales fueron cubiertos en su totalidad por la EPS COOMEVA S.A.

 Cuando excedió 180 días de incapacidad, es decir, desde el 7 de julio de 2009, la EPS suspendió el pago de las incapacidades médicas pese a que continuó generándolas de manera ininterrumpida hasta el día 18 de marzo de 2013 (un total de 1350 días).

 Ambas entidades de la seguridad social, tanto la EPS como la AFP, se sustrajeron del pago del subsidio por incapacidad. La primera de ellas, bajo el argumento de que su obligación se extiende hasta por 180 días y no más allá de eso; y la segunda, porque supuestamente jamás recibió de la EPS el concepto médico de rehabilitación que debía emitir antes del cumplimiento del día 120 de incapacidad temporal.

 Vale la pena advertir que el concepto médico de rehabilitación emitido por la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador incapacitado, es una exigencia legal previa a la calificación del estado de invalidez, pues determina el momento a partir del cual debe efectuarse dicha calificación, puesto que si el concepto no es favorable, la calificación no podrá postergarse y deberá practicarse de manera concomitante o inmediata al momento en que la AFP reciba dicho concepto, mientras que si el concepto fuere favorable, ello significa que existe alguna expectativa de que el trabajador recupere su capacidad laboral y no sea necesario el reconocimiento de la pensión de invalidez, caso en el cual, de acuerdo a la norma en mención, la AFP tiene autorizada la postergación de la calificación de invalidez hasta por 360 días, en procura de aguardar los resultados del tratamiento médico, término durante el cual está obligada a pagarle al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando.

 Con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, en sentencia del 13 de noviembre de 2013, dictada dentro del proceso radicado bajo el denominativo serial abreviado No. 2014-00209, la Sala Laboral del Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos:

 *“A la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, el pago del auxilio de incapacidad se encuentra a cargo de la EPS, durante los primeros 180 días; de ahí en adelante, siempre que el trabajador esté incapacitado, independientemente de que el concepto de rehabilitación sea favorable o no, y hasta que no exista un dictamen definitivo del alcance y grado de la pérdida de su capacidad laboral, la responsable del pago será la AFP.*

 *Con la firmeza del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, si el resultado fuese inferior al 50%, siempre que el cuadro clínico siga siendo incapacitante, lo cual corresponde certificar al médico tratante, el afiliado seguirá disfrutando del auxilio por incapacidad, cuyo pago volverá a estar a cargo de la EPS, hasta por 180 días, vencidos los cuales corresponderá su pago a la AFP, hasta por 360 días más, término dentro del cual deberá procurar una nueva calificación del trabajador.*

 *Hay que enfatizar que la vigencia de la afiliación, a la par de la generación de incapacidades médico legales al afiliado, obligan siempre a alguna de las entidades que componen el Sistema de la Seguridad Social, ya sea a la EPS o la AFP, según sea el caso, a la cancelación del auxilio de incapacidad a favor del afiliado incapacitado, cuyo pago no puede ser suspendido en razón de la superación de determinado tope de días, en consideración a que los ciclos se cierran con la calificación del estado de invalidez del afiliado, pero se deben reabrir si con posterioridad al dictamen el calificado continua incapacitado para retomar sus tareas laboral. Dicho criterio ha sido desde siempre el acogido por esta Sala”*.

 Ahora bien, se ha de precisar que aunque las incapacidades que se adeudan al demandante se empezaron a generar antes de la emisión de la sentencia T-333 de 2012, que sirvió de referente interpretativo a la jueza de primera instancia, no se puede descartar la aplicabilidad de su *ratio-decidendi* al caso de marras, como quiera que el esquema de responsabilidades de los actores del Sistema General de la Seguridad Social en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común no ha cambiado desde el Decreto 2463 de 2001, con una salvedad, relativa a que las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.

 En ese orden de ideas, con apoyo en la prueba documental que obra en el expediente, para efectos de determinar a quién corresponde el pago del auxilio por incapacidad reclamado por el demandante, se deberá verificaren qué fecha y bajo que pronostico se dictaminó su porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. Así mismo, será necesario constatar si dicha calificación se encuentra en firme, pues tal y como viene de decirse, sólo a partir del momento en que la calificación adquiere firmeza, cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es inferior al 50% y la enfermedad del trabajador le impide retornar a su puesto de trabajo, se reabre un nuevo ciclo de incapacidades, otra vez a cargo -hasta por 180 días- de la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador incapacitado.

**4.2. CASO CONCRETO**

 Las pruebas aportadas al expediente indican que el accionante fue incapacitado continuamente desde el 2º de febrero de 2009 (Fl. 20), debido a un diagnóstico de enfermedad general.

 El 11 de mayo de 2009, habiéndose cumplido 99 días ininterrumpidos de incapacidad temporal, la aseguradora previsional **(BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.)**, sin tomar en cuenta que el 28 de abril de ese mismo año la EPS había emitido concepto favorable de rehabilitación (Fl. 264), es decir, pese a que no había finalizado el tratamiento clínico, calificó al afiliado y le dictaminó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 44,45%.

 Es necesario señalar respecto a ese primer dictamen, que este no resulta vinculante a efectos de determinar el grado de pérdida de capacidad laboral del demandante, pues el pluricitado Decreto 2463 de 2001 (Art. 23) tiene previsto que el afiliado incapacitado no podrá calificarse mientras se encuentre incompleto su proceso de tratamiento y rehabilitación.

 Ahora bien, luego de aquella primera calificación, el tratamiento médico siguió su curso incluso después de que el paciente completara 180 días incapacitado. Sin embargo, una vez fue excedido ese extremo, la EPS suspendió el pago de las incapacidades al considerar, que existiendo concepto favorable de recuperación, su pago empezaba a correr por cuenta de la AFP hasta el momento en que el paciente recuperara sus condiciones laborales o hasta la fecha en que la calificación de su estado de invalidez quedara en firme.

 Como primera conclusión, debe señalarse que antes de cumplir 180 días de incapacidad, el demandante se encontraba en proceso de rehabilitación, con pronóstico favorable de recuperación, en razón de lo cual la AFP, antes de calificarlo, debía aguardar a que se diera algún cambio en dicho pronóstico (es decir, hasta que culminara el tratamiento médico) o esperar hasta que transcurrieran 180 días más, prorrogables por otros 180, término durante el cual debía pagar el subsidio de incapacidad y vencidos los cuales era su obligación proceder a calificar de manera definitiva el estado de invalidez del afiliado.

 Esto conduce a la segunda conclusión, consistente en que la AFP estaba obligada al pago de las incapacidades generadas desde el 7º de julio de 2009, es decir a partir del día siguiente a los primeros 180 días de incapacidad temporal pagados por la EPS.

 Pues bien, la AFP HORIZONTE (HOY PORVENIR S.A.), tal como lo reconoció en la contestación a la demanda, jamás asumió el pago de dicho subsidio y un año y medio después del primer dictamen, el 22 de octubre de 2010 (Fl. 41), remitió a una nueva calificación al demandante, esta vez ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle de Cauca, quien dictaminó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 44,95%.

 Como antesala de esta última calificación, la EPS había emitido un nuevo concepto de rehabilitación y remisión el 13 de abril de 2010 (Fl. 280), en el cual expresó que el paciente presenta síntomas de seudoartrosis de fractura de fémur producto de un accidente de tránsito sufrido el 15 de noviembre de 1998 y se encontraba en tratamiento con “tutor externo y alargamiento óseo con el que se espera recuperar 12 cm de los cuales van 7,5 cm, requiriéndose no menos de 6 meses para alcanzar el objetivo”; seis meses que, dicho sea de paso, vencieron a mediados del mes de octubre, lo cual coincide con la fecha de calificación emitida por la Junta Regional de Valle el 22 de octubre de 2010.

 Bajo tal presupuesto, aplicando el precedente de esta Sala, podría pensarse, contrario a lo decidido en primera instancia, que el auxilio de incapacidad solamente se causó hasta la fecha en que adquirió firmeza este último dictamen, luego de lo cual los pagos revirtieron o recayeron de nuevo en la EPS, pues el subsidio de incapacidad, tal como se ha explicado, sólo se causa mientras esté pendiente la calificación del estado de invalidez. Sin embargo, como veremos, tal dictamen no se encuentra en firme, como quiera que el procedimiento de calificación no está ajustado a la regla prevista en el artículo 41 de la Ley 100, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, atinente a la determinación de la pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez de los afiliados al Sistema General de la Seguridad Social a través del régimen contributivo.

 Veamos, el mentado artículo señala que la calificación corresponde en una primera oportunidad, entre otras, a la aseguradora previsional que asuma el riesgo de invalidez y muerte y que cuando la incapacidad declarada por una de esas entidades sea inferior en no menos del diez por ciento (10%), es decir entre el 40% y el 49%, a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatorio al superior funcional.

 Se observa en el presente asunto que la determinación del grado de pérdida de la capacidad laboral en una primera oportunidad estuvo a cargo de la Junta Regional de Calificación de invalidez, pretermitiéndose por completo la calificación por parte de la aseguradora previsional y cerrando de esa manera la posibilidad de que dicho dictamen, que fijó por encima del 40% el grado de pérdida de la capacidad laboral, fuera consultado ante otro ente calificador, en razón de lo cual, no queda más que invalidar el procedimiento de la calificación, lo que de contera permite afirmar, que mientras se generaron las incapacidades, estaba pendiente la determinación del estado de invalidez del demandante. De modo que el auxilio por incapacidad debía correr por cuenta de la AFP, en la medida que por su culpa se dilató la calificación.

 Corolario de lo anterior, aunque por razones distintas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por último, tampoco habrá de modificarse la condena impuesta a la llamada en garantía, pues las incapacidades, que son prestaciones de carácter periódico, se generaron en vigencia de la póliza tomada por la AFP a partir del 1º de enero de 2010, tal como acertadamente se explicó en sede de primer grado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia objeto del recurso de apelación.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia por haber prosperado el recurso para ninguno de los apelantes.

 Notificación surtida en estrados.

Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

 No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

1. Este preciso aspecto fue modificado por el Decreto 2943 de 2013, que modificó el artículo 52 del Decreto 1406 de 1999, en el sentido de que el empleador sólo debe pagar los primeros dos (2) días de la incapacidad por enfermedad general de sus empleados. [↑](#footnote-ref-1)
2. ya sea la EPS o la AFP en la que se encuentre afiliada la persona incapacitada. (Sentencia T-2014-004) [↑](#footnote-ref-2)