

**NEXO DE CAUSALIDAD PARA DETERMINAR
LA RESPONSABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO
DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN
MIXTO EN COLOMBIA***

**THE CAUSAL LINK TO DETERMINE THE
RESPONSIBILITY ON THE RECOGNITION OF THE
DISABILITY PENSION WITH MIXED ORIGIN IN
COLOMBIA**

**NEXO DE CAUSALIDADE PARA DETERMINAR A
RESPONSABILIDADE PARA O RECONHECIMENTO
DA PENSÃO DE INVALIDEZ DE ORIGEM MISTA NA
COLÔMBIA**

Gabriel Vargas Mendoza^a
vargas.abogados@une.net.co
Fecha de recepción: 15 abril de 2015
Fecha de revisión: 12 de agosto de 2015
Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2015

RESUMEN

Una solución a la problemática que originan las pensiones de invalidez denominadas mixtas, se basa en el establecimiento del nexo de causalidad entre uno y otro origen, con el fin de determinar la responsabilidad en el sistema de seguridad social sobre el pago de dicha prestación. Para demostrar el nexo de causalidad e imputar responsabilidad, se requieren medios probatorios idóneos y pertinentes como: la historia clínica, la prueba pericial, los testimonios y conceptos técnicos. De la correcta aplicación de este conjunto de técnicas probatorias, se podrá establecer dicho nexo y por ende determinar el responsable del evento causante de la invalidez. Cuando

* Artículo producto de investigación realizada para optar por el título de especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia en el semestre 2013-02.

a. Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Seguridad Social de la Universidad de Antioquia. Docente de derecho laboral colectivo de la Universidad Santo Tomás, abogado consultor de la firma de abogados TRATTO, en la ciudad de Medellín (Antioquia-Colombia), se ocupó de la gestión de asuntos de derecho laboral individual, colectivo y de seguridad social para una prestigiosa compañía británica con sede en Colombia, valiéndole esta experiencia para acompañar y brindar una vasta asesoría en derecho laboral individual, colectivo y de seguridad social a clientes corporativos y personas particulares por más de doce años, en calidad de abogado litigante.

se logra determinar a partir del nexo causal, que posterior y consecuentemente a un evento de tipo profesional ocasiona una pérdida de capacidad laboral de origen común, generando a su vez una pérdida de capacidad laboral, la responsabilidad al respecto recaerá sobre la aseguradora de riesgos laborales a la que estuviera afiliado el trabajador al momento del evento.

PALABRAS CLAVES

Nexo de causalidad, origen mixto, pensión de invalidez, prueba.

ABSTRACT

A solution to the problem that cause the mixed disability pensions is based in establishing the causal link between the different origins, with the purpose of determining the responsibility of payment of such benefit in the social security system. To demonstrate the causal link and to impute responsibility is required appropriate and relevant evidence, such as medical records, expert evidence, testimonies and technical concepts. From the proper application of this group of evidentiary techniques it will be established the above-mentioned link; therefore we will be able to determine the responsibility on the event which caused the disability. When it is determined from the causal link that after and as a consequence of a professional event there is a loss of work capacity of common origin, which at the same time generates a loss of the ability to work; the corresponding responsibility will fall on the labor risk insurance company with which the worker was affiliated at the moment of the event.

KEYWORDS

Causal link, mixed origin, disability pension, evidence.

RESUMO

A solução para os problemas que causam as pensões de invalidez chamadas mistas baseia-se no estabelecimento de um nexo de causalidade entre os dois origens, a fim de determinar a responsabilidade no sistema de segurança social sobre o pagamento desse benefício. Para demonstrar o nexo de causalidade e imputar a responsabilidade, os meios apropriados e de prova relevantes são necessários, tais como histórico

médico, prova pericial, testemunho e conceitos técnicos. A correta aplicação deste conjunto de técnicas de prova pode estabelecer essa ligação e, assim, determinar a causa responsável pelo evento de deficiência. Quando é possível determinar a partir do nexo de causalidade, que mais tarde e conseqüentemente resultado de um acontecimento de tipo profissional provoca uma perda de capacidade de trabalho de origem comum, por sua vez, gerando uma perda de capacidade de trabalho, a responsabilidade por esta encontra-se na seguradora de riscos laborais na que o trabalhador estava inscrito no momento do evento.

PALAVRAS-CHAVE

Ligação causal, origem mista, pensões de invalidez, prova.

INTRODUCCIÓN

Existe actualmente una problemática respecto a la responsabilidad para reconocer la pensión de invalidez, cuando esta tiene componentes de origen mixto; esto es, riesgo laboral y origen común, dado que no hay una norma en el ordenamiento colombiano, que en forma específica contemple esta hipótesis. Esto conlleva a que existan personas formal y materialmente inválidas, sin claridad respecto a cual ente de la seguridad social (sistema de riesgos laborales o pensiones), es el encargado de conceder la pensión de invalidez.

Lo anterior presenta una situación de debate permanente, tendiente a determinar cuál entidad es la llamada a conceder el derecho, en primera instancia el afiliado solicita a cada una de las entidades la prestación la cual es negada, con el argumento de que el origen de la contingencia y el porcentaje de pérdida de capacidad, no es en su totalidad de origen laboral o común. Posteriormente le corresponde al afiliado instaurar demanda ordinaria laboral, con el fin de que sea el operador jurídico el que determine qué entidad es la responsable para otorgar la prestación solicitada.

Sobre esta situación, son pocos los casos tratados por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, lo que ha generado que al respecto no se haya establecido una línea jurisprudencial definida, conduciendo a un sinnúmero de interpretaciones por parte de los entes de la seguridad social (aseguradoras

de riesgos laborales y fondos de pensiones) y posteriormente a interpretaciones diferentes por parte del juez, situación que aumenta el grado de incertidumbre al respecto.

El planteamiento de este artículo pretende determinar a partir del nexo de causalidad del evento, cuál entidad es la llamada a responder por el pago de la pensión de invalidez reclamada.

En esta propuesta es relevante a la parte probatoria en materia de responsabilidad, en donde la prueba técnica “peritazgo” es fundamental para determinar el nexo causal y consecuentemente determinar el responsable del pago de la pensión de invalidez, aspecto probatorio capital, a propósito de la reflexión que en su momento hiciera el profesor Antonio Rocha (1967) “el conocimiento se logra a través de la inteligencia, los sentidos y las relaciones sociales” (p.36)

Integrar conceptos de la responsabilidad civil a la seguridad social, es una propuesta válida para resolver la problemática planteada, toda vez que en la búsqueda del hecho causante y desencadenante de la pérdida de capacidad, la carga de la prueba le corresponderá al afiliado en aras de establecer la causalidad, acorde con lo establecido en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

1. DEFINICIÓN DE PENSION DE ORIGEN MIXTO

La “pensión de invalidez de origen mixto” se refiere a la oportunidad de adquirir el derecho a recibir beneficios económicos que permitan al afiliado cubrir las contingencias derivadas de la pérdida de la capacidad laboral, reconocidos mediante la sumatoria de porcentajes de pérdida de la capacidad laboral de origen común y laboral, cuando cada porcentaje considerado individualmente sea inferior al 50%, y mirados conjuntamente sumen conjuntamente el 50% o más de la pérdida.

Este derecho no está regulado en el sistema pensional, solo se ha venido reconociendo en Colombia por la Corte Constitucional, a través de la sentencia, C-425 de 2005, en la que se consideró que el parágrafo 1, del artículo 1 Ley 776 de 2002, es contrario a la Constitución Política. En esta sentencia se argumenta que “al no tener en cuenta las patologías anteriores para aumentar el grado de incapacidad, es

discriminatorio y se desconocen los principios de universalidad, solidaridad y obligatoriedad de la seguridad social”. En varios salvamentos de voto de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, algunos Magistrados de esta corporación, acogen esta teoría, argumento que fue expuesto en la sentencia, con radicado 33.744 del mes de agosto de 2010, expresando que:

La norma legal que prohíbe que se aumente el grado de incapacidad por una enfermedad, limitación o incapacidad previa a la ocurrencia del accidente de trabajo, efectivamente atenta contra la vocación protectora del sistema de riesgos profesionales que está orientada a amparar al trabajador, como expresión de una fenomenología vital y no como un ser abstracto cuya invalidez puede ser medida formalmente abstrayéndola de la dimensión personal.

Así las cosas, previo cumplimiento de los requisitos determinados en cada sistema pensional, se puede definir que la única exigencia en relación con la pérdida de la capacidad laboral para adquirir el derecho a la “pensión de invalidez de origen mixto” es que el afiliado tenga pérdida de la capacidad laboral igual o mayor al 50%, porcentaje que se obtiene mediante la acumulación de patologías de origen laboral y común, esta última que haya ocurrido antes o después del evento de tipo profesional.

La fecha que se puede tomar como de estructuración por tratarse de dos patologías diferentes, una de origen laboral y otra de origen común, las que probablemente se produjeron en fechas diferentes, sería la fecha de la última patología con la que se logró superar el porcentaje mínimo requerido para que el afiliado sea considerado por el sistema como inválido, debido a que antes de cumplir con este requisito el afiliado no puede considerarse como tal y es la fecha de estructuración del estado de invalidez la que determina la normatividad aplicable, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia, radicado 31.017, del 4 de septiembre de 2007, con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, quien dijo:

El estado de invalidez no se produce indefectiblemente en la misma fecha de ocurrencia del percance del trabajo; es posible que la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de este, se presente

paulatinamente, y no necesariamente de forma irreversible, que es cuando procede la declaratoria de invalidez; así su determinación bien puede ser con posterioridad al momento en que sucedió el accidente.

Por lo tanto, es la fecha de estructuración de la invalidez la que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez y la normatividad que lo regula.

2. MARCO JURÍDICO DE LA PENSION DE ORIGEN MIXTO

Es preciso señalar que, la ley colombiana, no establece ni prevé la pretendida “compatibilidad” de las pensiones de invalidez entre el sistema ordinario y el de riesgos laborales, contrariamente, el parágrafo 2° artículo 10, Ley 776, manifiesta: “No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento”.

Hay varios supuestos normativos que proscriben cualquier fórmula para dividir o prorratear la pensión entre varios obligados y fragmentar su pago, tales como el caso en que varias entidades deben concurrir al pago de una pensión de jubilación y la ley radica en una de ellas la obligación de pagarla total y directamente, con la posibilidad de repetir o exigir las cuotas partes a las restantes por las porciones respectivas, sin que haya lugar a fraccionamiento alguno en el pago efectuado al trabajador.

Por otro lado, es importante señalar que el parágrafo 1°, artículo 1 de la Ley 776, que señalaba: “La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador”, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-425-2005. Si bien la sentencia citada se refiere a “patologías anteriores”, el mismo análisis y reflexión de la Corte Constitucional es aplicable a “patologías posteriores”, que sean consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad laboral, lo cual abre la posibilidad que en una misma persona concurren pérdidas de capacidad tanto de origen laboral como de origen común antes y después del evento profesional.

El desconocimiento de la existencia de patologías anteriores o posteriores al evento profesional, violenta los principios de universalidad, irrenunciabilidad, obligatoriedad de la seguridad social y solidaridad, consagrados en la Constitución Nacional fue así como la Corte Constitucional en sentencia C-425 de 2005, del M.P Dr. Jaime Araújo Rentería dijo:

Así las cosas, el parágrafo acusado, al prohibir que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, que materialmente es inválido, pero carecería de la protección adecuada a su incapacidad, conforme los consagran los artículos 13, 47,48 y 53 de la Constitución Política. Por consiguiente, la Corte declarará la inexecutable del parágrafo 1° del artículo 1 de la ley 776 de 2002.

De acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, radicado 38.614 del 26 de junio de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, sentencia hito en el caso particular que nos ocupa, porque resolvió un caso como el que planteamos en este escrito y en apartes de la sentencia dijo:

Mas en todo caso cabe recordar que el artículo 19 del C. S. del T. prevé que cuando no exista una norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulan casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptadas por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad, debiendo entenderse que cuando la norma se refiere a los principios del derecho del trabajo está refiriéndose también a los de la seguridad social, dada la íntima conexión y cercanía entre estas dos ramas del Derecho.

Si bien no existe una norma expresa que establezca responsabilidades o la forma de su distribución cuando se configure este tipo de invalidez de origen mixto, no es menos cierto que el derecho en su amplitud e integralidad, encuentra siempre solución a casos no regulados

por la norma sustantiva, con la finalidad de restablecer el derecho y armonizar la paz social.

3. CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional en sentencia T 518 de 2011, en uno de sus apartes:

En el sistema de seguridad social en Colombia se ha incluido un conjunto de previsiones orientadas a regular la situación de las personas que deben enfrentar una pérdida de su capacidad laboral, en distintos niveles. En ese contexto, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, a través de los procedimientos previstos en la ley, es determinante para establecer las prestaciones a las que puede acceder una persona en los eventos de incapacidad permanente parcial o de invalidez, y que comprenden prestaciones asistenciales y prestaciones de tipo económico como es la pensión de invalidez atendiendo el origen de la pérdida de capacidad.

En razón del origen de la pérdida de la capacidad laboral, las normas que regulan la seguridad social en Colombia han previsto dos regímenes para hacer frente a la contingencia de invalidez; el que se aplica a los eventos de origen común, definido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, y el que tiene lugar en situaciones de origen profesional, conforme a la definición de los artículos 3° y 4° de la Ley 1528 de 2012.

Aunque en los dos casos exista la misma invalidez, esta no es igual, puesto que la pensión originada en riesgo laboral, es cubierta por la aseguradora de riesgos laborales, ofreciendo una mayor garantía en cuanto a la contingencia a cubrir; entendiéndose por contingencia según el profesor Leonardo Cañón (2007) lo siguiente:

En general, con la expresión contingencia social se trata de adoptar un concepto amplio, aplicable a acontecimientos de la vida común de las personas, no necesariamente vinculados con la actividad laboral, ni necesariamente productores de daños, pero que generan necesidades para cuya protección se tiene que acudir a la ayuda de otros individuos diferentes de la persona que las soporta, representados en este caso por las instituciones de la seguridad social (p.165).

Para efectos del sistema de riesgos laborales, de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 776 de 2002, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, haya perdido el 50 % o más de la capacidad laboral, de acuerdo el “manual único de calificación de invalidez” del Decreto 917 de 1999.

4. PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DE ORIGEN PROFESIONAL INICIAL

Son varios los tratadistas que han definido el accidente de trabajo, Gerardo Arenas Monsalve, ha conceptualizado al respecto (2009) lo siguiente:

Esto quiere decir que la noción de accidente de trabajo no puede estar circunscrita al suceso ocurrido trabajando en la realización de la tarea (que sería por causa del trabajo), sino que caben en esta noción otros sucesos acaecidos por fuera de la labor específica, pero vinculados al trabajo (es decir, con ocasión del trabajo) (p.640).

En similar sentido se expreso el autor Jose Manuel Almansa Pastor (1991), el cual afirmo:

Si bien se mira, el término ‘por consecuencia’ indica una causalidad inmediata, en cuanto que el trabajo produce directamente la fuerza lesiva. El término ‘con ocasión’ es más amplio, porque indica una causalidad mediata, en la medida que hay nexo causal, no sólo cuando el trabajo produce directamente la fuerza lesiva, sino también cuando sin provocarla da lugar a que ésta se produzca (p.238-239).

La Ley 776 de 2002 en su artículo 1° estableció:

Que 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.

Lo que se deduce de la norma citada, es que si como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, la persona se invalida,

las prestaciones económicas estarán a cargo de la aseguradora de riesgos laborales a la cual la persona se encuentre afiliada; cuando la norma habla de “consecuencia” está hablando de relación directa del accidente de trabajo y no excluye que producto del accidente de trabajo o enfermedad profesional, la persona a futuro sufra una enfermedad clasificada por el sistema de la seguridad social como de origen común.

La Ley 1562 de 2012, definen el accidente de trabajo así:

Es 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 (Art.3°).

No obstante la referencia anterior que plantea una situación de modo, lugar y efecto, la norma citada también contempla que:

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 (Art.3°).

El alcance de la definición de accidente de trabajo se hace más extenso en su aplicación cuando contempla una protección al ejercicio de la actividad sindical en los siguientes términos:

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 servicios temporales que se encuentren en misión (Art.3°).

En los párrafos anteriores se ha ilustrado como esta definición, contempla a saber situaciones de modo tiempo y lugar, el desarrollo de la actividad en virtud del principio de subordinación laboral, la representación del empleador en actividades deportiva y las actividades asociadas al ejercicio del derecho de asociación, además el artículo 4° de esta ley, se hace extensivo al campo de las enfermedad laboral así:

Es la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales, serán reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes (Art.4°).

Referente a las enfermedades que no figuren en la tabla de enfermedades laborales, se observa como el legislador introduce la teoría del nexo de causalidad, para dar respuesta en este caso a aquellas situaciones no contempladas en la norma, en los casos de las enfermedades no definidas, pero son consecuencia directa del trabajo.

5. PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL COMÚN SECUNDARIA

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que ha perdido el 50 % o más de su capacidad laboral, por cualquier causa de origen no profesional, en este caso la norma es clara y no presenta ambigüedad alguna, el problema se presenta cuando la persona no obtiene el 50 % o más de pérdida de la capacidad laboral de origen común.

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 de Decreto 19 de 2012, definido para determinar el estado de invalidez y el origen, que en principio esto lo realiza las entidades de la seguridad social en salud y en riesgos laborales, en caso de que el interesado no esté de acuerdo con el porcentaje de pérdida de capacidad asignado y el origen, está deberá remitirlo a las junta regional de calificación de invalidez, cuya decisión será apelable ante la junta nacional de calificación de invalidez.

La calificación de la pérdida de capacidad laboral y la determinación de su origen, es realizada con fundamento en el Decreto 917 de 1999, "Manual Único de Calificación de Invalidez" vigente el cual tiene como objetivo servir de herramienta, bajo criterios técnicos pertinentes, para evaluar la pérdida de capacidad laboral de cualquier origen en los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial y privado.

Las nuevas tecnologías medicas referentes a la valoración y apoyo diagnóstico en el campo de la medicina, permiten determinar de manera más objetiva y rápida los orígenes de una determinada pérdida de capacidad laboral y sus consecuencias, es un reto para los actuales profesionales de la medicina que practican dichas valoraciones, profundizar en las consecuencia del accidente de trabajo respecto a los demás órganos del cuerpo, bien sea de manera inmediata o futura, dado que esto eventualmente podría desencadenar en una patología de origen común, que tuvo como génesis el evento profesional.

6. NEXO DE CAUSALIDAD

El causalismo según Goldemberg (1984, pág. 2), ha sido entendido como un método filosófico-científico que intenta explicar los fenómenos a través del estudio de las causas, para comprender lo que ocurre en la vida cotidiana, en la cual existe inexorablemente siempre una relación de causa efecto.

El ser humano desde los inicios de la civilización, ha procurado tratar de entender por qué ocurren las cosas, es pues una incansable búsqueda de la humanidad, poder determinar el origen de los eventos, desde sus inicios Aristóteles (1998) ya se afirmaba " nada puede cambiarse por sí mismo" (p.82), es una constante búsqueda de soluciones a problemas que se encuentran en una sociedad que a partir del estudio de la dupla causa- efecto en relación con su nexo, se podrá explicar la problemática planteada y aplicar esta conceptualización a la seguridad social, de manera específica a la pensión de origen mixto.

Para este análisis entre las muchas teorías elaboradas para explicar el nexo causal, se ilustrará la teoría de la causalidad adecuada, la cual es la adoptada en su generalidad por las altas cortes en Colombia, para Luis Diez Picazo (1999)

"esta teoría pretende establecer si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente relevantes y si los mismos permiten imputación objetiva del hecho a una determinada persona o circunstancia" (p.341)

El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario determinar si las consecuencias derivadas de un hecho, en la integridad del trabajador, para el caso en estudio, es la enfermedad o accidente de origen profesional, fue la causa eficiente y determinante de un daño posterior a este evento, que ocasiono en la persona una enfermedad de tipo común.

El autor Jorge Suescún Melo (1996) sobre la teoría de la causalidad adecuada afirma:

De acuerdo con lo anterior, sólo deben considerarse como causa aquellos hechos de los cuales quepa esperar, con base en criterios de probabilidad o de razonable regularidad, la producción de la consecuencia dañosa de que se trate. El concepto relevante es, por ende, el de la regularidad. Es la experiencia diaria, el acontecer cotidiano lo que muestra la idoneidad del antecedente (p.174.)

Para que se de la relación del nexo causal entre el daño, que para este caso, es la ocurrencia de una enfermedad de tipo común, como consecuencia de un evento de tipo profesional, deberán de concurrir tres requisitos: 1) La causa del daño o enfermedad de tipo común deberá ser próxima, significa que esta tenga origen en un evento de tipo profesional. 2) La causa del daño o enfermedad de tipo común deberá ser determinante, es que sin esta no se hubiera ocasionado el daño o enfermedad. 3) La causa del daño o enfermedad de tipo común deberá ser apta o idónea, es que pueda preverse un resultado proporcional.

El nexo de causalidad, tiene un tratamiento complejo, en materia de responsabilidad, con mayor relevancia en aquellas que provienen del riesgo laboral, dado que la normatividad que lo reglamentan ignoran el elemento subjetivo, convirtiéndola en las que se conocen como de tipo objetivo o por el riesgo creado, según el maestro Guillermo Gonzalez Charry (1984). Sobre el nexo de causalidad, este ha manifestado:

El tratamiento que se le ha dado a esta exigencia en la doctrina colombiana de la seguridad social ha sido parco y esquivo. De un lado, porque en las más de las veces se ha limitado simplemente a enunciar el tema, sin hacer análisis que traten de brindar soluciones a las múltiples problemáticas que le son propios; y del otro, porque las conclusiones a las que llega no encuentran respaldo en las directrices y principios de la teoría jurídica de la responsabilidad, como si el asunto naciera y muriera en los estrechos márgenes del derecho a la seguridad social (pág. 237 y 244).

Para demostrar el nexo de causalidad y los requisitos anteriormente mencionados necesariamente se tendrá que acudir en materia probatoria, al contenido de la Ley 1564 de 2012 “Código General del proceso” aplicable por analogía a la seguridad social, acorde a lo establecido en el artículo 145 de Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, en este sentido se analizarán los medios probatorios idóneos para tal fin.

7. ASPECTOS PROBATORIOS PARA DEMOSTRAR EL NEXO CAUSAL

Desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad civil para el tratadista Adriano De Cupis (1975) entiende el daño “como todo detrimento o menoscabo sufrido por la víctima” (pág.81), aplicado lo anterior, se tendrá que decir, que el daño es la pérdida de capacidad sufrida como una consecuencia de un evento profesional, que se evidencia como padecimientos de origen común.

Probado el daño, surge a la vida jurídica una obligación de reparación cuando se logra establecer el elemento causal obligación que el tratadista Eduardo Zannoni (1987) ha entendido de la siguiente manera “El daño constituye, de tal modo, uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica.” (p.1).

Ahora si el daño se materializa en una pérdida de capacidad laboral, es importante tener en cuenta como afirma el profesor Javier Tamayo Jaramillo, (2008) “Uno solo responde por los efectos de su propia conducta” (p.249), de similar apreciación es el maestro Fernando Araya (2003) “Nadie imagina que una persona pudiera resultar obligada a responder por aquello que

no resulta de su actuar o de su omitir” (p. 3), bajo la restricción de estas afirmación, no se debe interpretar en relación con el sujeto, si no con relación al evento, hay que entrar a analizar la teoría de la causalidad, por medio de los diferentes medios probatorios, que sean pertinentes y conducentes para lograr demostrar el vínculo entre el hecho y el daño causado.

Para Martínez Pineda Ángel (1995) “la prueba es la premisa de demostración apta para derivar conclusiones, mediante procedimientos especialmente silogísticos con encadenamiento lógico de unas proposiciones con otras, a fin de llegar a la precisión, a la claridad y correspondencia exacta del pensamiento” (p.12).

La finalidad de la prueba es sacar al juez del camino de la incertidumbre y llevarlo por el de la realidad, hacia la convicción, que tiene como meta la verdad material de los hechos.

La prueba para demostrar el nexo de causalidad tal como lo estipula el artículo 164 y 167 del Código General del Proceso, aplicable por analogía a los procesos de la seguridad social acorde al artículo 145 del Código del Trabajo y la Seguridad Social, le corresponde a la parte demandante que sostiene las pretensiones, como sería en el caso de estudio el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Lo anterior toda vez que la causalidad no es presunta, quien aduce el nexo causal tiene el deber procesal de probar el mismo, se deberá demostrar el hecho origen del daño, en otras palabras se debe demostrar que como consecuencia del evento de tipo profesional, este desencadenó en la salud del trabajador- demandante, una afección o enfermedad de tipo común, que conllevó a la posterior pérdida de capacidad laboral, para responsabilizar al evento creador del daño del pago de la prestación económica que surge producto de este hecho.

Los elementos que deberán probarse en el proceso además del nexo causal, son: el daño ocasionado, que en el caso en estudio es la pérdida de capacidad que supera el 50 % para ser destinatario de la pensión de invalidez y el fundamento o deber de reparar, de la aseguradora de riesgos laborales a la cual estuvo afiliado el trabajador al momento del evento.

La Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en sentencia radicado 6.878 de 26 de Septiembre de 2002 en referencia con el nexa causal dijo:

El fundamento de la exigencia del nexa causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexa causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un “delito o culpa” –es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en “que ha inferido” daño a otro.

Queda claro con esta sentencia que existe la obligación legal de demostrar el nexa de causalidad, para este caso no es el autor del daño, sino el evento generador del daño, el cual tiene como responsable a la aseguradora de riesgos laborales, encargada en virtud de la ley de hacerse cargo de las contingencias generadas de los eventos profesionales.

Para efectos de establecer el nexa de causalidad en el proceso ordinario laboral, a continuación se hace una exposición de los medios probatorios para demostrar el mismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del Código General del proceso.

7.1 Prueba documental

La historia clínica del trabajador es una de las pruebas determinantes para establecer el nexa de causalidad, está regulada por la Ley 23 de 1981 en sus artículos 33 al 45 y el artículo 1° de la Resolución 1995 de 1999, proferida por el Ministerio de la Salud, la cual define la historia clínica en los siguientes términos:

La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y

los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

Historia Clínica para efectos archivísticos: Se entiende como el expediente conformado por el conjunto de documentos en los que se efectúa el registro obligatorio del estado de salud, los actos médicos y demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en la atención de un paciente, el cual también tiene el carácter de reservado.

Si bien es cierto que la historia clínica está sometida a reserva, esta podrá ser consultada por las autoridades judiciales y de control, cuando la requieran como medio probatorio para tomar decisiones en las investigaciones que adelantan en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales (Art 34, Ley 23/81), la Superintendencia Nacional de Salud y las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, en cumplimiento de su función pública de inspección, vigilancia y control de la calidad de la atención en salud (Art 34, Ley 23 / 81), el equipo de salud, (Art 23, Decreto 3380/81 y Resolución 1995/99), los investigadores en ciencias de la salud, para consulta y apoyo de trabajos médicos (Art 61, Ley 23/81 y Art 30 Decreto 3380/81), los tribunales de Ética Médica (Ley 23/81) y por el paciente y los familiares que él expresamente autorice (Art 38, Ley 23/81).

Puede ser el juez o el trabajador-demandante en el proceso, con fundamento en las normas citadas, puedan solicitar la historia clínica completa, el primero en su calidad de director del proceso y de oficio solicitar dicha prueba y el segundo en su calidad de demandante aportarla con la presentación de la demanda.

Las características básicas de la historia clínica, sirven para comprender y dimensionar la importancia de esta prueba documental en el proceso, para determinar el nexa de causalidad, toda vez que del análisis integral de la misma, se puede establecer; diagnósticos, aspectos cronológicos sobre la evolución de una determinada patología, medicamentos prescritos al paciente, exámenes diagnósticos practicados y sus análisis, intervenciones quirúrgicas realizadas, antecedentes familiares referente a determinadas

enfermedades, estas características son definidas en la resolución 1995 de 1999, proferida por el Ministerio de la Salud, en su artículo 3°, define entre otros, tres conceptos a resaltar; integralidad, secuencialidad, racionalidad científica así:

Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones Personal, familiar y comunitaria.

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

Del análisis integral de esta prueba, se pueden obtener datos determinantes desde el punto de vista técnicos científicos relativos a la salud del paciente, los cuales presentados en orden cronológico o de manera secuencial permiten ir determinado el nexo de causalidad que se pretende demostrar.

7.2 Prueba pericial

Para el autor Casimiro Varela (1990) “la prueba pericial es un medio probatorio indirecto histórico ya que los datos que proporciona son mediatos y representativos con relación a los hechos a probar” (p.191).

La prueba pericial es aquella a través de la cual se nombra a una persona experta en un tema para que informe al operador jurídico sobre temas especializados con base en sus conocimientos científicos sobre el tema y ayude al mismo a tener elementos técnicos y científico para llegar a la verdad material en un proceso, esta prueba se encuentra consagrada en los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso.

La prueba pericial médica según Guzmán Mora y otros (1996) la precisan en los siguientes términos:

El carácter técnico y especializado de la pericia medica, exige en su práctica y conclusiones una gran seriedad, lo cual implica y presupone la idoneidad del perito, que se concreta en su capacidad científica y técnica o especializada para estudiar, analizar y valorar el objeto, y sus conclusiones deberán estar basadas en los principios de objetividad, metodología y saber (p.333).

Para Ricardo Yuango, (1992) “el perito debe actuar con conciencia de un medico, la veracidad del testigo y la ecuanimidad de un juez” (p.287).

Es la prueba reina en este tipo de demostraciones y procedente en aquellos casos en que el juez requiera especiales conocimientos técnicos y científicos para poder determinar la teoría del caso, que para el caso en estudio, es la demostración del nexo de causalidad.

Es importante en esta prueba, las calidades del perito, entendiéndose por estas el nivel de especialidad médica requerido, por la calidad de sus fundamentos, el tipo de conocimiento técnico científico que se requiera y la precisión del mismo, cumpliendo en razón de la naturaleza de su cargo los requisitos establecidos en el artículo 47 del Código General del Proceso, en lo referente a su idoneidad, imparcialidad, matrícula profesional vigente, expedida por el órgano competente, entre otros, para el maestro Devis Echandía (1981) referente a las calidades del perito ha sostenido:

El fundamento del merito de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte del hecho sobre

el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del proceso con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ello se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para estos fines, en forma explicada, motivada y convincente (p.321).

Una de las características que debe contener el dictamen pericial es que debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado (artículo 226 del CGP) para que pueda ser entendido por el operador jurídico, en cuanto a la precisión debe referirse solo al tema de análisis y detallado, con todo lo relacionado al tema objeto del mismo; por otro lado, en su contenido también se deben expresar los fundamentos que llevaron a las conclusiones finales del estudio.

En materia de dictamen técnico en la disciplina médica es frecuente y necesario que el juez al evaluar los argumentos de la demanda, requiera de un concepto de expertos que le permiten analizar, evaluar y concluir sobre los hechos puestos a su consideración y poder determinar si se da o no el nexo causal que permita imputar una obligación al ente responsable del hecho ocurrido, resulta propio presentar las anotaciones que al respecto hace el tratadista Valentín Silva (1964) en su texto la prueba procesal “muy importante es para el dictamen pericial médico la investigación causal ya que, en definitiva, la obra del perito tiende principalmente a investigar estas causas difícil misión y labor extraordinariamente delicada” (p.165).

La Corte Constitucional en su sentencia C- 124 del 2011 ha referenciado la peritación de manera amplia se citan apartes de esta, para comprender este medio probatorio en toda su dimensión así:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el

experticio es un medio de prueba en si mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave.

La Corte Constitucional en su sentencia T- 274 del 2012, MP Juan Carlos Henao Pérez, referente a la prueba pericial afirmó:

Señaló la Sentencia T-417 de 2008 que, aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez.

La prueba pericial al ser el medio idóneo técnico para verificar situaciones que interesa al proceso y que requiere un conocimiento científico, el cual le es ajeno al juez, tiene de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y a la sentencia T- 274 del 2012 las siguientes características:

i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos

sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes).

Dentro de las características de esta prueba es de resaltar las calidades del perito y en particular los impedimentos consagrados en el artículo 235 del Código General del Proceso, que este pudiera tener con el asunto a resolver, al igual que la claridad y grado de detalle del mismo tal como se expone a continuación:

iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241).

En cuanto a la oportunidad para solicitar y practicar la prueba pericial, es importante recordar que el Código General del Proceso en los artículos 227 y 230, establece dos oportunidades procesales para la práctica de esta prueba, ambas formas de presentarla, deberán en el transcurso del proceso poner en conocimiento a la parte contraria para que esta ejerza su derecho a la contradicción, para que sea eficaz en el proceso judicial donde se pretenda hacer valer, deba producirse siempre con citación y audiencia de la parte opositora. De acuerdo a lo previsto en el artículo 29 de la Carta que indica, sin excepción, que el requisito de validez de toda prueba es la efectividad del debido proceso y con éste del derecho de defensa, la forma de practicar esta prueba son:

La primera, cuando una de las partes solicita el decreto de la prueba anticipada al proceso. El artículo 300, tal y como fue modificado por el artículo 28 de la Ley 794 de 2003, dispone que cualquiera de las partes puede pedir, ante el juez del lugar donde deba practicarse, el decreto de un dictamen de peritos, “con o sin citación de la parte contraria”. Por su parte, el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil indica que las pruebas anticipadas “se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso” y que las objeciones al dictamen pericial “se tramitarán como incidente”. Por eso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en caso de que el dictamen anticipado sea practicado sin citación de la parte contraria, de todas maneras en el transcurso del proceso debe correrse traslado para que ejerza su derecho a la contradicción.

Ahora si la norma permite la práctica de esta prueba antes del proceso, con mayor razón la misma se practica durante el proceso con las siguientes consideraciones:

La segunda, dentro del proceso, que es la manera más usual de practicar el dictamen pericial. Esta prueba puede originarse de oficio (artículos 233, 179 y 361 del Código de Procedimiento Civil), por mutuo acuerdo, o a petición de parte (artículo 236, numeral 1º del mismo código). Así, la parte demandante puede solicitar el dictamen en la demanda (artículo 75, numeral 10), en el escrito de reforma de la demanda (artículo 89, numeral 2º) y en el memorial que contesta las excepciones (artículo 99, numeral 3º). A su turno, la parte demandada puede solicitar la práctica de esta prueba en la contestación de la demanda (artículo 92, numeral 4º) y en el escrito que formula excepciones (artículo 98 del Código de Procedimiento Civil).

En todas las oportunidades, el dictamen pericial debe someterse al procedimiento reglado en la ley, para que la parte opositora ejerza su derecho de defensa mediante la contradicción del mismo, pudiendo ser materia de objeción por error grave o de solicitud de aclaración, complementación o adición (artículo 228 y 231 del Código General del Proceso), La Corte Constitucional en su sentencia T- 274 del 2012, MP Juan Carlos Henao Pérez al respecto señaló:

Como es sabido, el error grave se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer a través del incidente, si el dictamen tiene o no valor de convicción según lo dispone el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil. En caso de tratarse de prueba anticipada, se aplica el trámite previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se corre traslado a la parte por tres días y se dispone un plazo para pruebas de diez días.

Es pues concluyente esta cita, tratándose de la pericia como prueba anticipada, se deduce que la intervención extra proceso agotado el trámite del incidente sin que necesariamente haya decisión de fondo frente al error grave, pues su definición corresponderá al juez del conocimiento en el cual se haga valer la práctica de la prueba, quien lo definirá en la sentencia.

En el escrito de objeción se deberá precisar el error, indicando en qué consiste el mismo y como este afecta la prueba practicada, pudiendo pedir en el mismo escrito las pruebas para demostrarlo. De aquel se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 228 y 231 del Código General del Proceso, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El operador jurídico decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas.

En copiosas oportunidades la jurisprudencia, ha expresado que si se practica dicha prueba sin citación y audiencia de la parte opositora, no existiría la posibilidad de presentar objeciones, bajo esta situación el dictamen constituiría prueba sumaria, en vez de plena, quitándole a los interesados la obtención de una prueba segura y formalmente completa, sin lugar a incertidumbre y sin posibilidad de discusión en el proceso posterior, en relación con sus pretensiones o sus excepciones, dado que en la práctica el dictamen recepcionado en el proceso sin contradicción es de poca utilidad al momento de resolver la litis y exigiría la recepción de uno nuevo, con lo cual la situación resultaría aproximada a la generada por la negación de la prueba.

Se concluye que la prueba pericial practicada de manera anticipada tendrá pleno valor probatorio y por consiguiente, podrá ser apreciada por el operador jurídico solamente si fue sometida a la contradicción de la parte opositora y si la misma esta legalmente incorporada al proceso en el cual se pretende hacer valer; conforme con las reglas previstas en la norma procesal para el efecto. Si la prueba no cumple los requisitos ya mencionados, carece de mérito probatorio y, por lo mismo, no puede ser valorado judicialmente porque no corresponde a una prueba legalmente practicada.

Para efectos de la peritación técnica tratada en este capítulo se debe tener en cuenta Decreto 1352 de 2013, por medio del cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, como consecuencia de la modificación realizada en la Ley 1562 de 2012. Que para efectos de dictámenes de acuerdo al literal a) y h) del artículo 1° de la norma citada es aplicables para la determinación de la pérdida de capacidad a los afiliados al sistema general de riesgos laborales, que requieran de estas juntas, para efectos de reclamar un derecho o aportarlo como prueba en un proceso judicial o administrativo.

El artículo 52 de la citada norma, contempla el concepto de calificación integral de invalidez citando la sentencia de la Corte Constitucional C-425 de 2005, esto refuerza en este tipo de entidades el concepto de integralidad de la calificación, toda vez que exigirá una mayor dedicación del profesional en su valoración.

Se espera en el caso de la pensión de origen mixto, un estudio más profundo, referente a las causas u orígenes de las patologías que generan la incapacidad, para poder determinar si un origen es consecuencia del otro, o si por el contrario no hay relación alguna entre ellos para determinar el ente de la seguridad social encargado del pago de la pensión de invalidez.

7.3 Prueba testimonial técnica

Es relevante citar a los médicos tratantes del trabajador con la finalidad de que expliquen en el proceso, desde el punto de vista médico las consecuencias que tuvo en la salud del paciente-trabajador, el evento de tipo profesional. Esta prueba deberá ir acompañada de una exposición

técnica de la historia médica aportada al proceso como prueba documental, la excepción al deber de testimoniar consagrada en el artículo 209 del Código General del Proceso, que refiere al secreto profesional, no es impedimento en este caso, toda vez que dicha reserva se entiende levantada, cuando el representante legal de trabajador en la demanda, así lo manifiesta.

La prueba testimonial técnica, tiene como fin facilitarle al operador jurídico un entendimiento del caso y de manera particular de la historia clínica del paciente-trabajador; toda vez que debido al carácter técnico del tema médico, este necesitara de una explicación también técnica del mismo, en síntesis la finalidad de esta prueba, no es otra que explicar al juez de una manera más simple, un tema técnico como es el de la salud, tratamientos, enfermedades, consecuencias, medicamentos utilizados, impacto de los medicamentos en la salud del paciente (efectos secundarios), funcionamiento de los sistemas del cuerpo etc.

En el contexto anterior es importante para el juez saber del profesional en la materia, en una terminología más común, sobre la lectura e interpretación de la historia clínica, toda vez que para la ciencia médica en ocasiones la ocurrencia del daño deviene de la sumatoria de muchas causas que desencadenan una consecuencia en el organismo u organismos diferentes, sobre el particular el profesor Ricardo Luis Lorenzatti dice (1997) “es preciso comprender que para la ciencia médica no será una causa la que produzca un resultado si no un conjunto de ellas que en grado diverso aportara para la conformación del resultado final” (p.115).

7.4 Informe técnico

El legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, distinto a la prueba pericial, que tiene como objeto autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. En efecto, por primera vez, el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, autorizó a las partes, de común acuerdo, a presentar informes técnicos y así lo estipulo:

En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de

primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo.

Posteriormente, en el capítulo 4 de las pruebas, el artículo 10 de la Ley 446 de 1998, referente a la prueba técnica señaló que:

Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones, se dará aplicación a las siguientes reglas:

Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticos emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

Esa norma fue reiterada, en idéntico sentido, en el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, al disponer como oportunidad probatoria, entre otras, la siguiente:

Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticos emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

El artículo 275 del Código General del Proceso referente al informe técnico consagra:

A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del

juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo.

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.

Los informes técnicos regulados en los artículos 275 a 277 del Código General del Proceso, al igual que las peritaciones de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 234 del mismo estatuto procesal, deben ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días para que se complementen o aclaren.

Ahora referente a los conceptos técnicos su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar esta prueba y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, de esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento.

Precisamente por las razones expuestas, el legislador consideró prudente y necesario imponer al juez el deber de decretar un dictamen pericial en el curso del proceso de su competencia cuando, en ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia y de contradicción, las partes aportan conceptos técnicos contradictorios. En efecto, es evidente que los artículos 10 de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, en la forma en que fueron modificados por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, no señalan para el juez una atribución facultativa sino obligatoria que consiste en decretar un peritaje cuando existe contradicción entre los experticios emitidos por profesionales especializados, que hubieren sido oportunamente aportados por las partes.

El tratadista Parra Quijano (1996) sobre la prueba de informes técnicos conceptúa lo siguiente:

En Colombia lo que podríamos llamar prueba de informes solo está consagrada en los artículos 278 y 191 del Código de Procedimiento Civil, con una reglamentación propia, los artículos 199, 242 y mucho menos el 277 del Código de Procedimiento Civil, consagran la mencionada prueba.

En conclusión, no existe en Colombia, una norma que genéricamente se refiera a la prueba de informes, solo los artículos mencionados, pero con una reglamentación propia. Por otra parte en Colombia el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, le quita absolutamente toda importancia a la beligerancia, por la prueba de informes, y si se trata de traer al proceso datos que están registrados, si ello es así estamos frente a la prueba documental (p.160).

8. ANALISIS DE UN CASO

Sobre la pensión de origen mixto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia radicado 38.614 del 26 de junio de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, resolvió un caso de pensión de origen mixto, sentencia que si bien es cierto no desarrolla el nexo de causalidad como se propone en este artículo, si da elementos jurídicos sobre el tratamiento de las pensiones de este tipo.

Haciendo una síntesis del caso, el mismo consistió en:

No hay discusión acerca de la calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador en un 56.01% y que para llegar a ese resultado la junta relacionó, acumuló y calificó varias dolencias y deficiencias, así: Neuropatía ojo izquierdo (accidente de trabajo) 30%; pérdida campo visual ojo izquierdo 12.5% (enfermedad común) y trauma acústico bilateral (común) 6.9% para un total combinado de 33.71, más un 5.8% por discapacidades y un 16.5% de minusvalías.

Acorde a lo indicado, el trabajador ostentaba a partir de la referida calificación la condición de inválido, en tanto por expreso mandato legal debe tenerse como tal a quien pierda el 50% o más de su capacidad laboral, porcentaje mínimo establecido tanto para el sistema de pensiones como del sistema de riesgos profesionales, y que

lleva a una limitación profunda de conformidad con la calificación prevista en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001.

Para la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada, es claro que el porcentaje de pérdida de capacidad no debe alcanzarse exclusivamente en uno u otro sistema, por el contrario es válida la sumatoria de las pérdidas de capacidad en ambos sistemas.

Del artículo 2 del Decreto Reglamentario 917 de 1999, estipula respecto a la invalidez “la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral”, nótese de que de esta cita no se puede inferir la exclusividad respecto a que la invalidez se estructure en uno de los regímenes y por el contrario si se puede concluir de manera contraria que la invalidez se puede ocasionar por cualquier causa de origen, es absurdo desde el punto de vista lógico pensar lo contrario.

El concepto de integralidad del sistema de seguridad social en Colombia, el cual es positivado en el preámbulo de la ley 100 de 1993 así:

El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Lo anterior en conjunto con el artículo 1 y 2 de la Ley 100 de 1993, este último en sus literales d) el cual contempla de manera expresa el principio de la integralidad y el literal e) que consagra el principio de la unidad de prestaciones, tales normas tiene como finalidad la de garantizar integralmente la protección contra todas las contingencias, en especial las que afectan directamente la capacidad económica de las personas.

En las condiciones anteriores el sistema de seguridad social deberá dar respuesta protegiendo estas personas de esta contingencia sufrida en el

ejercicio de una actividad laboral, es así como no existiendo una norma aplicable de manera explícita a esto tipos de casos, esto no implica que el operador jurídico no deba ordenar a las instituciones de la seguridad social el pago de la pensión.

En el caso de referencia el tribunal Superior de Cundinamarca y posteriormente la Corte Suprema de Justicia son coincidentes en que la decisión se fundamentó, en que en la incapacidad definitiva tuvo especial incidencia el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, y siendo ello así resulta razonable, en concordancia con lo antes visto, que se ordenara a la aseguradora de riesgos laborales el pago de la pensión de invalidez, de esta reflexión se puede deducir de manera clara el criterio de causalidad con el cual fue resuelto este caso.

Como lo dice el profesor Carlos Lebrún, en su trabajo de grado para optar el título de magister denominado “la relación de causalidad en los riesgos profesionales” (2009),

(...) el caso concreto y particular es el que determina la solución y no el general. Se vive un momento en donde muchas de las decisiones se explican a la luz de elementos subjetivos, ajenos a criterios de orden jurídico. Es común que hoy se conceda un derecho y mañana se niegue el mismo, o a la inversa, con soporte en teorías que minan de manera grave la seguridad jurídica que debe existir en todo ordenamiento jurídico (p.9).

Para determinar la responsabilidad, si bien existe un marco general, hay que revisar y demostrar en cada caso la teoría que se pretende validar, para obtener así del derecho que se reclama.

CONCLUSIONES

Para determinar el nexo de causalidad en la pensión mixta, en las hipótesis planteada en este artículo, se requiere de un estudio exhaustivo del caso, iniciando con la historia clínica del trabajador, estudio que se debe hacer acompañado de un técnico en el tema “medico especialista”, que pueda orientar el análisis y facilitar la comprensión de los diferentes patologías que eventualmente se desencadenaron de un evento profesional, que al final pueden ser catalogadas como de origen común.

Es de suma relevancia la prueba documental que se aporte al proceso, historia clínica, exámenes, peritazgos, conceptos técnicos escritos, los cuales deberán aportarse al proceso cronológicamente organizados, toda vez que de la lectura que haga el juez de este material probatorio podrá inferir el nexo de causalidad indicado.

El artículo 52 del Decreto 1352 de 2013, hace énfasis en la evaluación integral de la pérdida de capacidad, deberá vigilarse en los dictámenes de las juntas regionales y nacionales de calificación de invalidez, ya que esto es ya una imposición que la norma hace a los entes calificadoros.

En caso de que se demuestre el nexo de causalidad entre el evento de tipo profesional y una pérdida de capacidad de origen común, el llamado a responder por la pensión de invalidez es la aseguradora de riesgos laborales.

Se requiere un compromiso amplio del abogado litigante para efectos de demostrar el nexo de causalidad, implica esto un conocimiento amplio de los manuales únicos de calificación de invalidez.

BIBLIOGRAFÍA

- Araya Jasma, F. (2003) La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Arenas Monsalve, G. (2009). El derecho colombiano de la seguridad social. - 2. ed. Bogotá: Legis.
- Almansa Pastor, J. (1991) Derecho de la Seguridad Social. 7 ed., Madrid: Tecnos.
- Cañón Ortegón, L. (2007). Una visión integral de la seguridad social. 2 ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 425 de 2005
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 417 de 2008
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T -518 de 2011
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 124 de 2011
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 274 de 2012
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 6878 (2002)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 31.017 (2007)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 33.744 (2010)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 38.614 (2012)
- De Cupis, A. (1975) El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Devis Echandia, H. (1981). Teoría general de la prueba judicial quinta edición, Buenos Aires: Editor Víctor P de Zavalía.
- Diez Picazo, L (1999) Derecho de daños 1 ed., Madrid, Civitas.
- Goldemberg, I. (1984). La relación de la causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, editorial Astrea.
- Gonzalez Charry, G. (1984) Prestaciones sociales del sector privado. 4 ed. Bogotá: Librería Editorial el foro de la Justicia.
- Guzmán Mora, F. y Otros. (1996) La práctica de la medicina y la Ley 1 ed. Medellín: Editorial Diké.
- Lebrún Morales, C. (2009) La relación de causalidad en los riesgos profesionales “una visión crítica”, Medellín, Trabajo de grado para optar el título de Magister en Derecho, Universidad de Antioquia.
- Lorenzatti Ricardo, L (1997). Responsabilidad civil de los médicos tomo III, Buenos Aires: Rubinza-Culzoni editores.
- Martínez Pineda, A. (1995). Filosofía jurídica de la prueba, México: Editorial Porrúa.
- Parra Quijano, J. (1996). Tratado de la prueba judicial, la prueba pericial, tomo V, Bogotá: Ediciones Librería el profesional, segunda edición.
- Silva Melero, V. (1965). La prueba procesal, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Suescún Melo, J. (1996). Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, v. 1.
- Rocha Avila, A (1967). De la prueba en el derecho, Bogotá: Ediciones Lerner.
- Tamayo Jaramillo, J. (2008) Tratado de responsabilidad Civil. 3 ed. Bogotá : Legis, v. 1.
- Varela A, C (1990) Valoración de la prueba, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Yuango Ricardo, A. y otros (1992) Responsabilidad Profesional de los médicos. Buenos Aires: Editorial Universal.
- Zannoni Eduardo, A. (1987) El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, segunda edición actualizada y ampliada.

**EL MOTU PROPRIO DEL PAPA FRANCISCO
QUE DEROGÓ LA CONSULTA OBLIGATORIA
PARA LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DEL
MATRIMONIO CATÓLICO***

**THE MOTU PROPRIO OF POPE FRANCIS
WHO ABOLISHED THE MANDATORY
CONSULTATION FOR CATHOLIC
MARRIAGE ANNULMENTS**

**O MOTU PRÓPRIO DO PAPA FRANCISCO
QUE REVOGOU A CONSULTA
OBRIGATÓRIA PARA OS JULGAMENTOS
DE NULIDADE DO CASAMENTO CATÓLICO**

Vilma S. Moreno Díaz^a

vismodi@yahoo.esm

Fecha de recepción: 15 de enero de 2016

Fecha de revisión: 10 de febrero de 2016

Fecha de aceptación: 24 de abril de 2016

RESUMEN

El Papa Francisco, en su calidad de jerarca y representante de la Iglesia Católica y en ejercicio de su potestad de régimen legislativa derogó la Consulta obligatoria para aquellas sentencias de primera instancia que declararen la nulidad del matrimonio católico. Nulidades que, también en virtud de la potestad de régimen jurisdiccional, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos. Dicha consulta también se establece en Colombia para ciertos procesos, y en algunos casos también ya fue derogada.

PALABRAS CLAVES

Iglesia, Motu proprio, Potestad de régimen, Matrimonio, Sentencia de nulidad, Consulta obligatoria, Proceso, celeridad, economía procesal.

* Artículo producto de investigación realizada en el Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás.

a. Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho de Familia de la misma universidad, Magister en Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (España), Doctora en Derecho Canónico de las Universidades Pontificia Comillas y Javeriana. Docente universitaria en el área de Familia y Sucesiones desde el año 2.000, Abogada litigante ante los Tribunales Eclesiásticos y ante la jurisdicción de familia. Tutora del Doctorado de Derecho de la Universidad Santo Tomás y esta investigación se enmarca dentro del grupo de investigación del Doctorado.