

ESQUEMA DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES

LUCIANO BARRIENTOS GARCÍA

Profesor del Postgrado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana

Para presentar un esquema general de riesgos profesionales es necesario ubicarlo dentro de la ley 100 de 1993 que realmente estableció en Colombia el Sistema de Seguridad Social Integral.

Podemos entender como definición de seguridad social “La parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas, ayuda, previsión o asistencia, tiene por fin defender y propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros”. Es la definición dada por el tratadista español J. Pérez Leñero (Sistema de Seguridad Social en Colombia, Álvaro Bustamante Ledesma, Edición 1995).

La anterior definición trae el pensamiento moderno porque antiguamente se hablaba de asistencia pública, más tarde, asistencia social, posteriormente seguridad social a cargo en Colombia de los seguros sociales, las Cajas de Previsión Social y las entidades médico-asistenciales de la Nación, los departamentos y municipios.

La seguridad social merece, y la ley 100 así lo indica, que se trate como una materia aparte, no como título del Código Sustantivo del Trabajo. Todas las prestaciones asistenciales en seguridad social se incluyeron dentro del Título VIII del C.S. del T. como prestaciones patronales comunes, pero el artículo 193 del Código estableció una temporalidad al establecer que “Todos los patronos están obligados a pagar prestaciones sociales establecidas en este Título, salvo las excepciones que en el mismo se consagran.

2o. Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de

Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto”.

Al Seguro Social se le fueron asignando los riesgos de enfermedad general, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional e invalidez, vejez y muerte, lo mismo que la asistencia familiar, pero en forma paulatina, progresiva e incompleta, sin que existiera un régimen de Seguridad Social Integral, que sólo se asume en Colombia mediante la Ley 100 de 1993. Estatuto que contempla toda la materia y que era una necesidad imperiosa por la forma como inadecuadamente los Seguros Sociales atendían la seguridad social y por ello se hicieron innumerables críticas que no es del caso repetir en esta conferencia porque han sido tema de muchas exposiciones.

La creación del nuevo estatuto de la Seguridad Social Integral a más de todas las regulaciones precisas que efectúa, tiene una especial cualidad, cual fue haber consagrado como normas principios esenciales para el desarrollo e interpretación de la ley. En el artículo 2o. del estatuto se resumen los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que dicho sea de paso, vale la pena repasarlos porque son aplicables, como se dijo, a todas las instituciones de la ley de Seguridad Social y, por lo tanto, en los asuntos referidos a los riesgos profesionales, así:

- **Eficiencia:** Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

- **Universalidad:** Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

- **Solidaridad:** Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

- **Integralidad:** Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley.

- **Unidad.** Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de seguridad social.

- **Participación:** Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

El estatuto de la Ley 100 está dividido en un Título Preliminar y en cinco libros, ocupándose el Título Preliminar de los principios anotados y en forma esquemática se dirá a lo que se refieren los otros libros.

En el Libro I está el Sistema General de Pensiones y se establecen dos regímenes: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Tanto un régimen como el otro comprenden las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes; las dos últimas, invalidez y sobrevivientes, cuando se presentan por riesgo común, ya que cuando se presentan por riesgos profesionales se ubican en el Libro III.

Es importante destacar que en el régimen de ahorro individual con solidaridad para el reconocimiento de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, se establecen tres modalidades completamente nuevas dentro del marco legal colombiano, cuales son la renta vitalicia inmediata, el retiro programado y el retiro programado con renta vitalicia diferida. Además las modalidades que posteriormente puede crear la Superintendencia Bancaria.

El Libro II trata sobre el sistema general de seguridad social en salud con bastantes y teóricamente convenientes modificaciones a cargo de Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.) a quienes sirven las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (I.P.S.S.) (I.S.S., hospitales, clínicas, etc. etc.). También, para efectos de la asistencia en salud por parte del Estado por empresas sociales del Estado de carácter nacional y de carácter territorial.

El Libro III es precisamente el sistema general de riesgos profesionales, donde se regulan y reglamentan las pensiones de invalidez y pensiones sustitutivas derivadas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, donde aparece una nueva institución que son las Entidades Administradoras de los Riesgos Profesionales (E.A.R.P.)

El Libro IV trata sobre los servicios complementarios (ancianos, indigentes, tercera edad, seguro de desempleo) que apenas están establecidos, pendientes de reglamentación estatal. Cuando se reglamenten y se satisfagan estos servicios complementarios tendremos el ideal de una seguridad social integral.

El Libro V versa sobre disposiciones finales regulando asuntos presupuestales y rentísticos, prelación de créditos, aportes a los fondos de solidaridad y vigencias y de derogaciones de las disposiciones anteriores.

Ubicados en el Libro III sobre Riesgos Profesionales, comentamos en primer lugar que la ley fue parquísima en la regulación de estos riesgos profesionales, pues solamente trae ocho artículos (del 249 al 256), pero como el artículo 139 en su numeral II de la misma ley dio facultades extraordinarias al Presidente de la República, la materia prácticamente se reguló mediante el Decreto 1295 de junio 22 de 1994 expedido con dichas facultades. Este Decreto 1295 fue reglamentado por el 1771 de agosto 13 de 1994 muy parcialmente (13 artículos), pues principalmente se refiere a reembolsos de las Promotoras de Salud a las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales y otros reembolsos oficiales.

En forma extraña y desubicada el artículo 12, penúltimo del Decreto 1771 pretende vana, vaga y oscuramente, introducir la responsabilidad plena de perjuicios pero sin facultad para ello porque su categoría de reglamentario no lo permite, tema que se ampliará más adelante.

El campo de aplicación de los riesgos profesionales por accidente de trabajo y enfermedad profesional lo establece el artículo 3o. del Decreto 1295 que a la letra dice "El Sistema General de Riesgos Profesionales con las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas de los sectores público, oficial, semioficial en todos sus órdenes y del sector privado en general". Nótese que el campo de aplicación es absolutamente general, exceptuando solamente a quienes también exceptuó la Ley 100 en su artículo 279, esto es, las fuerzas militares, la policía nacional, el magisterio y los servidores públicos de Ecopetrol, lo cual es lógico y congruente.

Como se trata simplemente de dar un esquema de estos riesgos profesionales, pues sus modalidades, formas de pago, requisitos tablas, regulaciones de toda índole, serán materia de la conferencia sobre el accidente de trabajo y enfermedad profesional propiamente dichos, simplemente se hará una referencia a los objetivos, las características, las obligaciones de las partes, las sanciones a las mismas y finalmente y por último, un comentario al artículo 12 del Decreto 1771 de agosto 3 de 1994 para precisar si la nueva ley y el estatuto (1295) dejó vigente o no el artículo 216 del C.S. del T. sobre responsabilidad plena de perjuicios.

Objetivos del Sistema General de Riesgos Profesionales.
El sistema general de riesgos profesionales tiene los siguientes objetivos:

- a) Establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora., protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo que puedan afectar la salud individual o

colectiva en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad;

- b) Fijar las prestaciones de atención de la salud de los trabajadores y las prestaciones económicas por incapacidad temporal a que haya lugar frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional;
- c) Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional, y
- d) Fortalecer las actividades tendientes a establecer el origen de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el control de los agentes de riesgos ocupacionales.

Características del Sistema. El sistema general de riesgos profesionales tiene las siguientes características:

- a) Es dirigido, orientado, controlado y vigilado por el Estado.
- b) Las entidades administradoras del sistema general de riesgos profesionales tendrán a su cargo la afiliación al sistema y la administración del mismo;
- c) Todos los empleadores deben afiliarse al sistema general de riesgos profesionales;
- d) La afiliación de los trabajadores dependientes es obligatoria para todos los empleadores,
- e) El empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema general de riesgos profesionales, además de las sanciones legales, será responsable de las prestaciones que se otorgan en este Decreto;
- f) La selección de las entidades que administran el sistema es libre y voluntaria por parte del empleador;

- g) Los trabajadores afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones previstas en el Decreto 1295.
- h) Las cotizaciones al sistema general de riesgos profesionales están a cargo de los empleadores;
- i) La relación laboral implica la obligación de pagar las cotizaciones que se establecen en el Decreto;
- j) Los empleadores y trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de ATEP, o a cualquier otro fondo o caja previsional o de seguridad social, a la vigencia del presente Decreto, continúan afiliados, sin solución de continuidad, al sistema general de riesgos profesionales que por este Decreto se organiza;
- k) La cobertura del sistema se inicia desde el día calendario siguiente al de la afiliación, y
- l) Los empleadores sólo podrán contratar el cubrimiento de los riesgos profesionales de todos sus trabajadores con una sola entidad administradora de riesgos profesionales, sin perjuicio de las facultades que tendrán estas entidades administradoras para subcontratar con otras entidades cuando ello sea necesario.

Obligaciones del empleador. El empleador será responsable de:

- a) Pagar la totalidad de la cotización de los trabajadores a su servicio;
- b) Trasladar el monto de las cotizaciones a la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente, dentro de los plazos que para el efecto señale el reglamento;
- c) Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;
- d) Programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa de salud ocupacional de la empresa, y procurar su financiación;

- e) Notificar a la entidad administradora a la que se encuentre afiliado, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales,
- f) Registrar ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el comité paritario de salud ocupacional o el vigía ocupacional correspondiente;
- g) Facilitar la capacitación de los trabajadores a su cargo en materia de salud ocupacional, y
- h) Informar a la entidad administradora de riesgos profesionales a la que está afiliado, las novedades laborales de sus trabajadores, incluido el nivel de ingreso y sus cambios, las vinculaciones y retiros.

Parágrafo. Son además obligaciones del empleador las contenidas en las normas de salud ocupacional y que no sean contrarias a este Decreto.

Obligaciones de los trabajadores. Son deberes de los trabajadores:

- a) Procurar el cuidado integral de su salud;
- b) Suministrar información clara, veraz y completa sobre su estado de salud;
- c) Colaborar y velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores en este Decreto;
- d) Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de salud ocupacional de la empresa;
- e) Participar en la prevención de los riesgos profesionales a través de los comités paritarios de salud ocupacional, o como vigías ocupacionales;
- f) Los pensionados por invalidez por riesgos profesionales deberán mantener actualizada la información sobre su domicilio, teléfono y demás datos que sirvan para efectuar las visitas de reconocimiento, y

- g) Los pensionados por invalidez por riesgos profesionales deberán informar a la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente, del momento en el cual desaparezca o se modifique la causa por la cual se otorgó la pensión.

Sanciones. Le corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través del director técnico de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, imponer las siguientes sanciones, frente a las cuales no opera el recurso de apelación.

La competencia aquí prevista puede asumirla el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- a) Para el empleador.

1. El incumplimiento de la afiliación al sistema general de riesgos profesionales, le acarreará a los empleadores y responsables de la cotización, además de las sanciones previstas por el Código Sustantivo del Trabajo, la legislación laboral vigente y la Ley 100 de 1993, o normas que la modifiquen, incorporen o reglamenten, la obligación de reconocer y pagar al trabajador las prestaciones consagradas en el presente Decreto.

La no afiliación y el no pago de dos o más períodos mensuales de cotizaciones, le acarreará al empleador multas sucesivas mensuales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Cuando el empleador o responsable del pago de la cotización no aplique las instrucciones, reglamentos y determinaciones de prevención de riesgos profesionales, adoptados en forma general por la dirección técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ésta le podrá imponer multas mensuales consecutivas hasta por quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Se hará acreedor a igual sanción cuando no aplique las instrucciones y determinaciones de prevención de riesgos pro-

fesionales que le sean ordenados en forma específica por la dirección técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a solicitud de la entidad administradora a la que se encuentre afiliado.

En caso que no se hubiese corregido el riesgo, dentro de los términos que señale el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, se procederá a ordenar la suspensión de actividades hasta por seis meses. Transcurrido este término, la Dirección Técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social determinará el cierre definitivo de la empresa o actividad económica.

No obstante lo anterior, la dirección técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en cualquier momento, podrá ordenar la suspensión de actividades, cuando el riesgo profesional así lo amerite.

3. Cuando la inscripción del trabajador no corresponda a su base de cotización real, o el empleador no haya informado sus cambios posteriores dando lugar a que se disminuyan las prestaciones económicas del trabajador, el empleador deberá pagar al trabajador la diferencia en el valor de la prestación que le hubiera correspondido, sin perjuicio de las sanciones a que hubiese lugar.
4. En los casos previstos en el literal anterior o cuando el empleador no informe sobre el traslado de un afiliado a un lugar diferente de trabajo y esta omisión implique una cotización mayor al sistema, la dirección técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa solicitud motivada de la entidad administradora correspondiente, podrá imponer al empleador una multa de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada caso.
5. La no presentación o extemporaneidad del informe del accidente de trabajo o enfermedad profesional o el incumplimiento por parte del empleador de las demás obligaciones

establecidas en este Decreto, la dirección técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá imponer multas de hasta doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales;

- b) Para el afiliado o trabajador. El grave incumplimiento por parte del trabajador de las instrucciones, reglamentos y determinaciones de prevención de riesgos, adoptados en forma general o específica, y que se encuentren dentro de los programas de salud ocupacional de la respectiva empresa, que le hayan comunicado por escrito, facultan al empleador para la terminación del vínculo o relación laboral por justa causa, tanto para los trabajadores privados como para los servidores públicos, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, respetando el derecho de defensa, y
- c) Para la entidad administradora de riesgos profesionales. Las entidades administradoras de riesgos profesionales que incurran en conductas tendientes a dilatar injustificadamente el pago de las prestaciones de que trata el presente Decreto, o impidan o dilaten la libre escogencia de entidad administradora, o rechacen a un afiliado, o no acaten las instrucciones u órdenes de la dirección técnica de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, serán sancionadas por la Superintendencia Bancaria, en el primer caso, o por la dirección técnica de riesgos profesionales, en los demás, con multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las demás previstas en la Ley o en este Decreto.

Sin perjuicio de la aplicación de las demás sanciones que puede imponer la Superintendencia Bancaria en desarrollo de sus facultades legales, cuando las administradoras de riesgos profesionales incurran en defectos respecto de los niveles adecuados de patrimonio exigidos, la Superintendencia Bancaria impondrá, por cada incumplimiento, una multa por el equivalente al tres punto cinco por ciento (3.5%) del valor del defecto mensual, sin exceder, respecto de cada incumplimiento, del uno punto cinco

por ciento (1.5%) del monto requerido para dar cumplimiento a tal relación.

En adición a lo previsto en los incisos anteriores, la Superintendencia Bancaria impartirá todas las órdenes que resulten pertinentes para el inmediato restablecimiento de los niveles adecuados de patrimonio o de reserva de estabilización, según corresponda.

Como se ve en las transcripciones de los artículos citados del Decreto en cuanto a las responsabilidades de los patronos y sanciones a los mismos, son generales, severas y de un permanente control, para que la salud ocupacional se cumpla cabalmente en todas las empresas; control estatal que por lo menos teóricamente hacen que los accidentes disminuyan notoriamente, por ello se explica que el estatuto (Decreto 1295 de junio 22/94) no haya consagrado la norma anterior del artículo 216 del C.S. del T.

Sobre la indemnización total y ordinaria de perjuicios, sobre lo cual hacemos algunos comentarios, así: 1o. ¿De la indemnización total se descuentan los pagos del Seguro Social? Sobre este tema sostiene la Corte: "...es únicamente el Instituto de Seguros Sociales el que está facultado, cuando otorga las prestaciones sociales al afiliado o sus beneficiarios, para demandar el pago de la indemnización que, según el Código Sustantivo de Trabajo o según el derecho común queda obligado a pagar el empleador cuando el accidente o la enfermedad profesional se producen por acto intencional o culposo suyo; pero nunca podría ser el mismo empleador responsable del daño que sufren el trabajador o sus beneficiarios por culpa patronal suficientemente comprobada, quien a la postre resulte beneficiado al permitírsele descontar de la suma a que se pruebe asciende el perjuicio una prestación otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, al cual está dicho no le ha asegurado sus actos dolosos o culposos sino que lo ha subrogado en el cumplimiento de los riesgos inherentes al trabajo, de los cuales el patrono o empleador responde por su actividad objetiva como tal y sin que medie culpa alguna de su parte.(...) "Quiere esto decir que en ninguna de las hipótesis consagradas por los arts. 216 del Código Sustantivo de Trabajo y 83 del Acuerdo 155 de 1963, le es dado a quien causó el

perjuicio descontar suma alguna del valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello conduciría a que el empleador culpable resultara a la postre obteniendo beneficios del daño que causó, o al menos exonerándose de la responsabilidad en un riesgo producido por su acto intencional o culposo. Y es apenas obvio que nadie puede alegar en su favor su propia torpeza, ni muchísimo menos puede lucrarse del daño ajeno que él causó, conforme resulta de los principios generales de derecho expresados en los antiguos pero siempre actuales brocardos latinos: “Non auditur propiam allegans turpitudinem” (El que alega su propia torpeza no debe ser oído) y “Nemo debet lucrari ex alieno damno” (Nadie debe lucrarse del daño ajeno).

Con la sentencia del 12 de noviembre de 1993 de la Sala plena de Casación Laboral la H. Corte Suprema revivió su tesis original, predicando que, en virtud de las disposiciones tantas veces mencionadas, es exclusivamente el empleador que ha pagado directamente y en forma anticipada las prestaciones derivadas de los riesgos profesionales conforme a las tarifas legales previamente definidas, quien está autorizado para solicitar se descuente su valor del monto de la indemnización ordinaria a que sea condenado por el riesgo por dolo o culpa suya y que cuando es el ISS el que realiza el pago de tales conceptos, solamente este organismo está legitimado para solicitar el reembolso, si interviene en el proceso respectivo, porque si no lo hace la sentencia no podrá pronunciarse sobre dicha deducción ya que el fallador “no puede anticiparse a suponer que el Seguro efectivamente hará valer su derecho de repetición contra el patrono o el derecho a reclamar de la víctima del accidente la devolución del valor de las prestaciones que la entidad cubrió por esa misma causa”. (Nov.2/93, radicado 5868).

Diferente interpretación sobre el mismo tema planteó la misma Corte en sentencia de 10 de marzo de 1993, radicado 5080, cuyo extracto es del siguiente contenido:

“Extractos: Conforme lo hace ver el censor, el Tribunal, sin explicar sus razones, confirmó el fallo de primera instancia, que sólo descontó del monto de la indemnización plena de perjuicios reconocida al demandante, el valor de la pensión de invalidez pagada por el ISS al

mismo actor pero congelada a la fecha de la sentencia de primer grado. Observa, entonces, el casacionista que así como la indemnización plena y ordinaria de un siniestro laboral declarado culposo abarca la vida probable del trabajador perjudicado, si a éste se le ha concedido también una pensión vitalicia, como lo es la de invalidez pagada por el ISS, a la luz de lo preceptuado por los artículos 216 del C.S. del T. y 83 del Acuerdo 155 de 1963 del consejo directivo del ISS resulta indiscutible que del monto de la indemnización plena, que se reconoce computando la vida probable del afectado, ha de descontarse el valor de aquella pensión de invalidez, pagadera también por toda la vida probable del inválido.

A este respecto, le asiste razón al recurrente en sentir de la Sala, dado que los aludidos artículos 216 del C.S. del T. y 83, inciso 2o. del Acuerdo 155 de 1963 del ISS, establecen la obligación patronal de pagar al trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo por culpa suficientemente comprobada del empleador, la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero por supuesto autorizan a descontar del monto de dicha indemnización el valor de las prestaciones en dinero sufragadas por el patrono o, si es el caso, por el ISS cuando éste haya asumido el riesgo, ello con el fin de evitar que la víctima del accidente reciba un valor superior al que le corresponde y obtenga, consiguientemente, un enriquecimiento sin causa.

Desde luego, tratándose de las prestaciones del ISS, es conocido que ellas bien pueden consistir en pensiones prácticamente vitalicias como acontece en el asunto de los autos, de forma que su valor monetario mal puede tasarse imponiendo un límite temporal artificial o arbitrario, como la fecha de una sentencia, pues el juzgador no puede desconocer que la mesada seguirá pagándose aun después de la emisión del acto procesal. Por lo tanto, de aceptarse lo decidido por el Tribunal, el trabajador demandante terminaría percibiendo un doble resarcimiento siendo que la ley permite sólo uno, dado que recibiría la pensión de invalidez vitalicia y paralelamente un pago indemnizatorio total que comprende las cifras que se calcula habría devengado de haber permanecido sano durante su vida probable.

Frente a las observaciones de la parte opositora, es de advertir que estos criterios no contradicen la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte que sobre el punto reiteradamente ha expresado lo siguiente:

“La hipótesis de hecho que encontró demostrada el Tribunal Superior fue la regulada por la segunda parte del primer inciso y por el segundo inciso del ya citado artículo 83 que prevén las consecuencias del accidente imputable a culpa del patrono. Cuando esto ocurre, y por la simple y potísima razón de que nadie puede asegurar su propia culpa, prevé la norma en primer término la posibilidad de que el seguro social demande al patrono el pago de la indemnización que se cause como consecuencia del accidente, hasta el monto de las prestaciones que el Instituto reconociere al trabajador accidentado o sus beneficiarios y les entregue el saldo, si lo hubiere, sin que ello impida naturalmente que la víctima y sus causahabientes puedan instaurar contra el empleador culpable del accidente las acciones pertinentes para obtener la indemnización total de los perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con su reglamento”. (Sentencia de marzo 21 de 1991. Radicación 4097).

Así las cosas, el cargo prospera y habrá de quebrantarse la sentencia impugnada en tanto confirmó el literal a) del fallo de primer grado que contiene la condena en cuantía de \$13.819.427.63 como indemnización futura, sin descontar de esta cifra el valor prospectado de la pensión de invalidez que percibe el demandante a cargo del ISS.

En sede de instancia bastan las razones expuestas para concluir que la indemnización de perjuicios reconocida, ha de hacerse el referido descuento, para lo cual la Sala estima viable acoger los datos contenidos en el peritaje actuante a folios 171 a 175 del informativo, dado que no fue objetado y el mismo casacionista lo invoca como fidedigno pese a ser una prueba pedida por la parte actora, de forma que la condena por indemnización futura se reducirá a la cifra de \$1.622.017 que figura en el dictamen”. (Sentencia de marzo 10 de 1993. Rad. 5480. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Enrique Daza Álvarez).

La interpretación última es a nuestro sentir la verdadera, pues se mueve dentro del texto legal, la lógica y sobre todo no busca esquinces procesales que den lugar a doble indemnización.

La indemnización cuando proviene de responsabilidad plena de perjuicios es todo, abarca o subsana también la responsabilidad objetiva y el doble pago se evita, descontando de la indemnización plena (daño material y moral) el pago asegurado hecho por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier entidad aseguradora o por el propio patrono. No puede ser a la vez indemnización objetiva y responsabilidad plena.

Dicho en otra forma, el mismo accidente no puede dar lugar a dos indemnizaciones a la vez (objetiva y la plena), pues constituiría indudablemente un enriquecimiento sin causa. Simplemente la indemnización plena de mayor responsabilidad y consecuentemente de mayor valor se cubre con el valor de la responsabilidad objetiva más todo lo que falte para completar el valor de los perjuicios en la responsabilidad plena o sea los materiales (daño emergente y lucro cesante) y los morales (**pretium doloris** y objetivados y aun los perjuicios psicológicos si se da cabida a dicha teoría).

2o. ¿Después de la Ley 100 sigue vigente la norma del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo? Al respecto dice el profesor Álvaro Bustamante Ledesma en su muy meritoria obra Sistema de Seguridad Social en Colombia, Edición 1995, página 354, lo siguiente:

“La circunstancia de que en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994 no existe una norma igual o parecida al art. 216 del C.S. del T., hizo sospechar que la responsabilidad patronal por riesgos profesionales había quedado únicamente circunscrita a la objetiva, respecto de los siniestros ordinarios inherentes a la actividad laboral para la cual fue contratado el trabajador y se había eliminado la responsabilidad por accidentes o enfermedades ocurridos por dolo o culpa del empleador. Afortunadamente el art. 12 del Decreto 1771 del 3 de agosto de 1994 despejó ampliamente esas dudas y no sólo ratifica la existencia de los dos tipos de responsabilidad patronal frente a los riesgos ocupacionales sino que mantiene la vigencia del art. 216 del C.S. del T.

aplicable a trabajadores y empleadores no afiliados o desafiados del nuevo sistema y a su vez reglamenta la interrelación entre la indemnización tarifada prevista en los reglamentos y la ordinaria, cuando se trata de afiliados a dicho Sistema.

Reza así el art. 12 citado:

“Subrogación. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero”.

“Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima o sus causahabientes, instauran las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales”.

Lo anotado permite concluir que en el Sistema General de Riesgos Profesionales subsiste el art. 216 del C.S. del T. cuya aplicación referida a los afiliados a este Sistema no se hará conforme a los delineamientos del art. 83 del Acuerdo 155 de 1963 aprobado por el Decreto 3170 de 1964 que contenía los reglamentos generales de ATEP en el ISS, sino con fundamento en el art. 12 transcrito, lo cual implica una modificación de bastante importancia que merece toda nuestra atención. Para entender esta variación bien vale la pena un poco de historia sobre la manera como venían operando estas dos disposiciones en materia de responsabilidad patronal, por contingencias ocurridas por dolo o culpa del empleador, cuando se reclamaba judicialmente el pago de la indemnización ordinaria de perjuicios”.

No se comparte en lo más mínimo dicha interpretación por las siguientes razones:

1a. El artículo 12 en que se basa la teoría de introducir al sistema de seguridad social la responsabilidad por culpa patronal es un simple decreto reglamentario del Decreto 1295 de 1994 éste sí con fuerza de ley en razón de las facultades extraordinarias precisas conferidas por

el numeral 11 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, pero el decreto reglamentario no puede reglamentar lo que no existe sino lo que previó el estatuto reglamentado, no tiene ni puede tener la facultad de crear una figura, una institución, que el estatuto no creó.

Si formalmente puede tener alguna validez la interpretación impugnada que no es cierta por otros aspectos de fondo como se verá, su duración será precaria porque no resiste el más mínimo análisis en su alcance y facultad de introducir la institución que el estatuto no introdujo en el nuevo ordenamiento de la seguridad social cuando se refiere a los riesgos profesionales.

2a. Si en gracia de discusión se aceptara la validez formal y aun material del artículo 12 del Decreto 1771 de 1994 para su validez de la responsabilidad por culpa patronal el contenido de la norma no se refiere a este asunto porque está dirigido a terceros y el patrono no es un tercero en una relación contractual y ello lo corroboran las mismas argumentaciones que presentó el profesor Bustamante Ledesma al criticar la norma, no como ratificación de la responsabilidad plena de perjuicios por culpa patronal, sino al analizar el tema referente a la repetición y descuento en el nuevo sistema, dice al respecto:

“Con las precisiones jurisprudenciales hechas a la aplicación de las disposiciones referentes a la responsabilidad del empleador por un riesgo profesional producido por culpa suya, había quedado despejado en forma por demás lógica y satisfactoria esta problemática pero con la regulación consagrada en el art. 12 del Decreto 1771 de 1994 el panorama se ensombreció y ahora surgen más inquietudes que antes.

En efecto, la norma precitada, partiendo del fenómeno de la subrogación, en razón de que las EARP asumen el pago de las prestaciones derivadas en los riesgos profesionales según la reglamentación contenida en el Decreto 1295 de 1994, establece la indemnización ordinaria de perjuicios, pero lo hace con tanta deficiencia y ambigüedad que son varios los reparos que se pueden formular y los interrogantes por resolver.

Expresa el inciso primero del art. 12 mencionado que cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurre por culpa de un

tercero y la entidad administradora de riesgos profesionales asume el pago de las respectivas prestaciones, podrá repetir en su contra hasta por el monto calculado de las prestaciones a su cargo, con sujeción al límite de la responsabilidad de dicho tercero. Como la expresión "tercero" habrá que referirla necesariamente a una persona distinta del trabajador afiliado al sistema y su empleador, nace de inmediato la inquietud en cuanto a qué clase de "tercero" se refiere la norma. Para nuestro criterio esa tercera persona debe ser alguien cuya conducta sea totalmente ajena al empleador, de tal manera que no sea factible comprometerlo en el desarrollo de los hechos desencadenadamente del riesgo laboral.

Hecha esta puntualización nos preguntamos si la acción de repetición queda circunscrita exclusivamente a ese tercero o si también puede ejercitarse contra el patrono responsable del siniestro por culpa suya debidamente comprobada. Ateniéndonos al texto de la norma, tendríamos que concluir que sólo se consagró respecto del tercero responsable, dejando por fuera al empleador culpable".

Estos mismos argumentos sirven para demostrar que la materia, la norma, no está dirigida al patrono para que esté comprometido a la responsabilidad plena de perjuicios en los riesgos profesionales del nuevo sistema contractualmente.

De manera pues que la circunstancia de que en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994 no existiera una norma igual o parecida al artículo 216 del C.S. del T. no es una simple sospecha sino que es una realidad.

El estatuto no trajo la norma equivalente por lo mismo con ese precario artículo 12 que se refiere a otro sujeto (el tercero) no tiene ese alcance como se dijo anteriormente, por ello no puede dársele la interpretación de la obra citada.

En resumen, si se reglamentó íntegramente la materia, como se hizo, en forma completa, integral y extendida a todo el territorio nacional, cobra especial validez el artículo 193 del C.S. del T. cuando dice, como se insinuó desde un principio en esta conferencia, que "estas

prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto”.

Si ofrecía alguna duda anteriormente cuando se expuso la teoría de que al asumir el Seguro Social los riesgos la norma (art. 216) desaparecía, hoy en día, con la cobertura total de la ley 100, obviamente ya la norma no está inmersa dentro del C.S. del T.

3a. La responsabilidad plena de perjuicios se incrustó, se llevó al C.S. de T. por una norma específica, art. 216 del mismo estatuto. Al no haberse repetido ésta ni haberse introducido dentro de la nueva normatización de riesgos profesionales, obviamente esta responsabilidad plena de perjuicios queda por fuera, sin que ello signifique que no habrá responsabilidad cuando se produce el accidente por dolo o culpa patronal como se verá más adelante.

**EN VIGENCIA DE LA LEY 100 Y DEL DECRETO 1295 DE 1994,
¿CÓMO OPERARÁ JUDICIALMENTE LA RESPONSABILIDAD POR
CULPA PATRONAL O DOLO DEL MISMO?**

Efectivamente como hay una reglamentación completa estableciendo graves sanciones y responsabilidades específicas, en materia de seguridad social que clama por su autonomía sustantiva y procesal desaparece la responsabilidad plena de perjuicios, pues ni el dolo ni la culpa patronal son materias de contenido laboral o de la seguridad social sino instituciones antiquísimas con soluciones en los distintos sistemas del Derecho occidental. Las obligaciones provenientes del dolo y de la culpa han tenido su desarrollo a través de los siglos, con teorías propias y decantadas suficientemente que permiten hacer efectivas las consecuencias que se deriven de dichas conductas.

Hay que cambiar la visión “provisional” -50 años- del artículo 216 del C.S. del T., volver a la responsabilidad extracontractual en el campo civil, si de él se trata, regulado por los artículos 2342 y siguientes y concordantes del Código Civil y en el ámbito administrativo porque los patronos oficiales entraron al estatuto de los riesgos profesionales, a todas las acciones administrativas y contencioso-administrati-

vas sobre responsabilidades extracontractuales cuando la culpa o el dolo se prediquen de una entidad de carácter oficial.

No es absolutamente nuevo, era lo que existía y ha existido siempre por el dolo y por la culpa. Cuando se llevó esta institución por el injerto que se hizo al C.S. de T. dio lugar a muchas interpretaciones equivocadas en nuestro sentir, por ejemplo admitir la culpa leve, no admitir la compensación o descuento del pago por el accidente asegurado, las presunciones de culpa y otras más que no es el caso enumerar porque ya desapareció la norma en el campo laboral y de la seguridad social para que las responsabilidades por dolo o culpa entren a la esfera extra-contractual con sus propios lineamientos y consecuencias jurídicas. Se objeta la anterior teoría porque rompe el principio de la unidad o porque de un accidente de trabajo entiéndase en el trabajo, no se pueden derivar dos acciones por vías diferentes, lo cual rigurosamente no es cierto, puesto que, la responsabilidad plena de perjuicios o por culpa se deriva de la norma, mientras la responsabilidad objetiva del riesgo profesional se deriva precisamente del contrato.