



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 11 de agosto de 2022

Radicación: 47001-23-33-000-2019-0002501
No. Interno: 1757-2022
Demandante: Iveth Hortensia Sánchez Castellón
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Asunto: Indemnización por enfermedad profesional

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso¹ de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena de fecha 5 de mayo de 2021 que negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

La demanda.

2. La señora Iveth Hortensia Sánchez Castellón en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presenta demanda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y pretende se declare la nulidad del acto ficto configurado el 11 de marzo de 2018 a través de la cual la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la indemnización por enfermedad profesional a la que tiene derecho debido a la pérdida de capacidad laboral el cual fue del 96% y por la que le fue reconocida pensión de invalidez mediante Resolución No 99 del 8 de febrero de 2017.

3. A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la demandada al reconocimiento de la indemnización por enfermedad profesional la cual deberá ser liquidada desde el 3 de febrero de 1981 (fecha en que fue posesiona como docente)

¹ De acuerdo con la nota secretaría, el proceso ingresó al despacho en fecha 21 de julio de 2022.

hasta el 30 de abril de 2017 (fecha de retiro por invalidez), suma que deberá ser indexada.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda:

4. La demandante manifiesta que fue afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 13 de febrero de 1981 y que durante la prestación del servicio como docente adquirió enfermedad, por la cual, la secretaría de educación a través de la Fiduciaria La Previsora en calidad de administradora de riesgos laborales ordenó el reconocimiento de una pensión por invalidez por medio de la Resolución No 009 del 8 de febrero de 2017.

5. Indicó que el 31 de agosto de 2016 fue retirada del servicio por invalidez sufrida debido a sus laborales profesionales sin que se le cancelara indemnización a que tiene derecho por la Ley 776 de 2002.

6. Adujo que en atención a los aportes que de manera mensual realizó a salud y pensión al FOMAG, quien en su momento actuó como administradora de riesgos laborales y fondo de pensiones, tiene derecho a que se le reconozca y ordene el pago de la devolución de saldos e indemnización sustitutiva de conformidad con el artículo 15 de la Ley 776 de 2002.

Concepto de violación.

7. La parte actora se limitó a transcribir los artículos 2,25, 52 y 228 de la Constitución Nacional. Así mismo, transcribió los artículos 15 y 37 de la Ley 776 de 2002, los artículos 1 al 5 del Decreto 1730 de 2001 sin explicar las razones o motivos por los cuales dichos preceptos fueron quebrantados por el acto administrativo acusado que le negó el reconocimiento de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral.

Contestación a la demanda.

8. La **Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** contestó la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones. Señaló que no es posible efectuar reconocimiento de

la indemnización por enfermedad profesional toda vez que, de acuerdo con el Decreto 2644 de 1994, solo es viable reconocer este tipo de prestaciones cuando la pérdida de la capacidad laboral se encuentre entre el 5% y el 49.99% y la demandante ostenta una disminución de la capacidad equivalente al 96%.

9. Indicó que a través de la Resolución 99 del 8 de febrero de 2017, le fue reconocida a la actora pensión de invalidez con lo cual se podría decir que la contingencia alegada fue cubierta. Así mismo, sostuvo que la pensión de invalidez es incompatible con cualquier otra pensión y que en virtud de su reconocimiento no procede la devolución de saldos o indemnización sustitutiva de conformidad con lo contemplado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

Sentencia apelada.

10. El Tribunal Administrativo del Magdalena mediante sentencia de fecha 5 de mayo de 2021, negó las pretensiones de la demanda. Como sustento de la decisión sostuvo que en el presente caso no es posible efectuar el reconocimiento de la indemnización por enfermedad profesional, pues tal como dispone el Decreto 2644 de 1994, solo es viable reconocer este tipo de prestaciones cuando la pérdida de la capacidad laboral se encuentra entre el 5% y el 49.99% y en el caso sometido a estudio, la actora ostenta una indemnización equivalente al 96%, razón por la que a través de la Resolución No 99 del 8 de febrero de 2017 le fue reconocida pensión de invalidez, con lo cual se puede afirmar que la contingencia ya fue cubierta.

11. Ahora, la accionante fundamenta sus pretensiones en que la pérdida de su capacidad se produjo con ocasión a una enfermedad adquirida durante la prestación de sus servicios docente. No obstante, no logró probar una conducta indebida del empleador de acuerdo con lo cual se pudiera establecer con certeza alguna omisión en la implementación del régimen de riesgos laborales o el incumplimiento de los presupuestos de salud ocupacional.

Recurso de apelación.

12. La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia y aduce que en el caso bajo estudio «[...] es posible que la demandante acceda al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por enfermedad de origen profesional que le generó una pérdida de la capacidad

laboral de carácter permanente del 96%, obtenida como consecuencia del desempeño de sus laborales como docente para la secretaría de educación del distrito de Santa Marta, basado en lo establecido en el artículo 15 de la Ley 776 de 2012». Alega también que la indemnización por enfermedad profesional es compatible con la pensión de invalidez como quiera que se logró demostrar que la actora estuvo vinculada al FOMAG desde el 2 de febrero de 1981; que, durante la prestación del servicio como docente, adquirió la enfermedad motivo por el cual fue expedida la Resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez y que el 31 de agosto de 2016, fue retirada del servicio por invalidez. No obstante, el FOMAG no le canceló la indemnización a que tiene derecho conforme al decreto 776 de 2002.

Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

13. La parte demandante y la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio guardaron silencio en esta oportunidad procesal. Por su parte, el Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Análisis del asunto.

14. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

Problema Jurídico.

15. Se circunscribe a establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización por la enfermedad profesional que padeció durante su vinculación laboral al servicio de la secretaría de educación del distrito de Santa Marta. Así mismo, deberá establecerse si la actora agotó en debida forma la reclamación ante la administración tendiente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva que pretende le sea reconocida y con base en ello resolver dicha pretensión.

16. A fin de resolver el problema jurídico planteado, se abordará el estudio atinente al Sistema de Riesgos laborales en la Ley 100 de 1993; así como también, la indemnización de pérdida de la capacidad laboral en docentes oficiales y con base en ello, desatar el caso en concreto.

Del sistema de riesgos laborales.

17. La Ley 100 de 1993 contiene la estructura general del Sistema Integral de Seguridad Social dentro del cual, se incorpora en su artículo 8 los regímenes generales de pensión, salud y riesgos profesionales – hoy laborales. Es así como en el artículo 41² de la mencionada ley, establece la posibilidad de que las Administradoras de Riesgos Laborales determinen el estado de invalidez de una persona. De manera puntual, el Libro III³ de la Ley 100 de 1993 crea el Sistema General de Riesgos, pero sin desarrollar su estructura general.

² «**ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.** <Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de *invalidez* será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de *invalidez* vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de *invalidez* y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de *invalidez* y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez* del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de *Invalidez*, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la *invalidez* que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de *invalidez*, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de *Invalidez* por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de *Invalidez* hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de *invalidez* y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

<Texto adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de *invalidez* y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales...»

³ Sistema General de Riesgos Profesionales- hoy laborales.

18. Ante tal circunstancia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1295 de 1994⁴ a través del cual, definió lo que hoy se tiene como Sistema General de Riesgos Laborales como quiera que en dicha regulación se incluyó la primera definición del sistema, su campo de aplicación, características, prestaciones asistenciales y económicas a cargos de él, las definiciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la regulación acerca de la afiliación y cotización al Sistema, su distribución, el ingreso base de liquidación de las prestaciones económicas, las obligaciones de las partes, la clasificación según el nivel de riesgo de la empresa y sus centros de trabajo y la regulación sobre el traslado entre entidades⁵. El Decreto 1295 de 1994 estuvo plagado de inconvenientes que generaron múltiples demandas de inconstitucionalidad⁶ que dieron lugar a la inexequibilidad de varios artículos, lo que conllevó a que tuviera que ser modificada por la Ley 776 de 2002⁷ y por la Ley 1562 de 2012⁸, no solo por las necesidades de actualización, sino por los vacíos que en él se generaron debido a las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional.

19. En la actualidad, el Sistema General de Riesgos Laborales se encuentra regulado en el Decreto 1295 de 1994 «por el cual se determina la organización y administración del sistema general de riesgos profesionales» y por la Ley 776 de 2002 «por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales» que estableció las reglas sobre el derecho a las prestaciones del Sistema General de Riesgos con cargo a las administradoras de riesgos laborales, definiendo además, que en el caso de una enfermedad profesional la cobertura sería de cargo de la administradora a la cual la persona estuviese afiliado al momento de ocurrir la necesidad de una prestación y en el caso de prestaciones derivadas de un accidente.

20. La Corte Constitucional en la sentencia T – 1075 de 2005⁹, señaló que el legislador adoptó un modelo provisional que se funda en la teoría del riesgo creado por el empleador, en el cual no se toma en cuenta la culpa de este, sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los

⁴ Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales

⁵ Sistema de riesgos laborales en Colombia. Jiménez Uribe, Iván. (2020). Bogotá. Tirant lo Blanch.

⁶ Ver sentencia C- 046 de 1996; sentencia C 189 de 1996, C 773 de 1998 y C 164 de 2000, C 452 de 2002, C 858 de 2006, C 1152 de 2005 y C 313 de 2007

⁷ Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

⁸ Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.

⁹ Con ponencia del doctor Jaime Córdoba Triviño

perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio.

21. Por su parte el artículo 11 del Decreto 1295 de 1994, definió el concepto de enfermedad profesional, de la siguiente manera:

«ARTÍCULO 11. Se considera enfermedad profesional **todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador**, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional»¹⁰.

Dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1155 del 26 de noviembre de 2008¹¹, providencia que estableció que en vista de dicha declaración, se debía revivir el ordenamiento jurídico anterior con sus modificaciones, respecto al concepto de enfermedad profesional¹².

22. A su vez, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012, por medio de la cual se modificó el Sistema de Riesgos Laborales y se dictaron disposiciones relativas al tema de salud en el trabajo¹³. En ese orden, con la definición del sistema de riesgos profesionales y del concepto de enfermedad laboral se pretende amparar al trabajador, haciendo uso de las diversas prerrogativas constitucionales de las cuales es titular, entre ellas, el derecho a la

¹⁰ Se destaca de la sentencia lo siguiente: «En esencia y de acuerdo con lo que ha señalado la jurisprudencia, las facultades otorgadas por el citado numeral 11, desde el punto de vista de su contenido material, estaban dirigidas de una parte, a dictar las normas necesarias para crear, establecer, modificar, reformar, rehacer o poner en orden, el conjunto de organismos creados, los recursos y bienes destinados a la función de administrar el Sistema de Riesgos Profesionales, dosificando su uso para obtener un mayor rendimiento y optimización de este Sistema. De otra, las facultades fueron otorgadas al Presidente de la República por el legislador para “organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales” y no “para organizar el Sistema General de Riesgos Profesionales”. De este modo, es el término administración el que en definitiva precisa el contenido y límite material de la norma habilitante».

¹¹ Con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería,

¹² En ese orden se revivió el contenido del artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo, que estipuló la definición que a continuación se transcribe:

«ARTICULO 200. DEFINICION DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.

1. Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.

2. Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región sólo se consideran como profesionales cuando se adquieren por los encargados de combatirlas por razón de su oficio».

¹³ ARTÍCULO 4o. ENFERMEDAD LABORAL. Es enfermedad laboral 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 ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales.

PARÁGRAFO 2o. Para tal efecto, El Ministerio de la Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, realizará una actualización de la tabla de enfermedades laborales por lo menos cada tres (3) años atendiendo a los estudios técnicos financiados por el Fondo Nacional de Riesgos Laborales.'

vida en condiciones dignas, a la integridad física y al mínimo vital, que en un determinado momento se pueden ver afectados por los riesgos propios de la actividad laboral.

23. En lo relativo a la incapacidad permanente parcial, la Ley 776 de 2002 en su artículo 5 establece que tendrá dicha condición el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presente una disminución definitiva, igual o superior al 5%, pero inferior al 50% de su capacidad laboral. Luego, la incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado sufre una disminución parcial pero definitiva en una o varias de sus facultades para realizar su trabajo habitual, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, dentro de los porcentajes anotados. Lo anterior quiere decir que cuando la persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, tendrá condición de invalidez.

24. En consecuencia, las prestaciones y asistencias económicas en uno u otro caso (incapacidad permanente parcial e invalidez) serán diferentes. Por su parte el artículo 7 de la Ley 776 de 2002, respecto de la incapacidad permanente parcial, dispuso lo siguiente:

«ARTÍCULO 7o. MONTO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales a quien se le defina una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a que se le reconozca una indemnización en proporción al daño sufrido, a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales, en una suma no inferior a dos (2) salarios base de liquidación, ni superior a veinticuatro (24) veces su salario base de liquidación.

En aquellas patologías que sean de carácter progresivo, se podrá volver a calificar y modificar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En estos casos, la Administradora sólo estará obligada a reconocer el mayor valor resultante de restarle al monto de la nueva indemnización el valor previamente reconocido actualizado por IPC, desde el momento del pago hasta la fecha en la que se efectúe el nuevo pago.

El Gobierno Nacional determinará, periódicamente, los criterios de ponderación y la tabla de evaluación de incapacidades, para determinar la disminución en la capacidad laboral. Hasta tanto se utilizará el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación».

25. Con base en ello, es posible afirmar que el afiliado al que se diagnostique el estado de incapacidad permanente parcial tendrá derecho al reconocimiento de una indemnización calculada en salarios base, cuyo monto dependerá del porcentaje dictaminado, el cual, se reitera, no podrá ser superior al 49.9%, por cuanto, de

rebasarse, la prestación que se reconocerá será la **pensión de invalidez**, en los términos del artículo 10 de la referida norma.

26. Así pues, queda claro que para tener derecho al reconocimiento y pago de una **indemnización**, el porcentaje en el que se establezca la pérdida de capacidad laboral no puede ser inferior al 5% ni superior al 49.9%, por cuanto en esos casos se estipulan compensaciones diferentes a aquella.

De la indemnización de pérdida de la capacidad laboral en docentes oficiales.

27. La Ley 100 de 1993 en su artículo 11 revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales y en tal virtud, expidió el Decreto 1295 de 1994 «Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales» el cual está sujeto a las mismas excepciones contenidas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que señaló lo siguiente:

«[...] ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...».

28. De esta manera, se exceptuaron de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tenían normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

29. Ahora bien, como la norma vigente al momento en que se determinó la disminución de la capacidad laboral de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el Decreto 1295 de 1994 y el Decreto 776 de 2002, no es aplicable en principio a su caso particular por estar excepcionada de su aplicación dado que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se debe entonces remitir a las disposiciones anteriores que regulan lo relativo a la indemnización por disminución de la capacidad laboral para los empleados públicos.

30. Es así que el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968¹⁴ « por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales...» señaló:

«[...] **Artículo 14°.-**

Prestaciones a cargo de las entidades de previsión. **La entidad de previsión social a la cual se halle afiliado el empleado o trabajador, efectuará el reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones:**

1. A los empleados públicos y trabajadores oficiales:

(...)

f) Indemnización por enfermedad profesional; [...]»

31. Por su parte, las disposiciones que desarrollaban lo relativo a dicha indemnización contenidas en los artículos 22 del Decreto 3135 de 1968 y 11 a 18, que comprenden el capítulo VI del Decreto 1848 de 1998¹⁵, fueron derogados por el artículo 98 del Decreto 1295 de 1994, el cual dispuso:

«ARTICULO 98. DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación y deroga los artículos 199, 200, 201, 202, 203, 204 y 205 del Código Sustantivo de Trabajo, los artículos 20, 88 y 89 del Decreto 1650 de 1977, los artículos 24, 25 y 26 del Decreto 2145 de 1992, **los artículos 22, 23, 25, 34, 35 y 38 del Decreto 3135 de 1968, los capítulos cuarto y quinto del Decreto 1848 de 1998**, el artículo 20. y el literal b) del artículo 50. de la Ley 62 de 1989 y demás normas que le sean contrarias, a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Riesgos Profesionales, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior...».

32. En tal sentido no es posible aplicar el Decreto 3135 de 1968, pues como se estableció, fueron derogadas las disposiciones que regulaban lo relativo a la definición y elementos necesarios para determinar si hay o no lugar al reconocimiento de la indemnización por enfermedad profesional; razón por lo que la Sala debe señalar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que contiene la excepción de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue sometido a control de constitucionalidad¹⁶ y en su estudio, la Corte Constitucional sostuvo:

«[...] No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran

¹⁴ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

¹⁵ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.”

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política...»

33. Si bien es cierto en la demanda que dio origen a la precitada sentencia se reclamaba la presunta discriminación al impedir que los pensionados afiliados al mencionado fondo percibieran la mesada adicional -pagadera en junio de cada año, la primacía del derecho a la igualdad allí amparada, a juicio de la Sala, debe prevalecer tratándose del reconocimiento de los beneficios mínimos consagrados en dicha ley, como, en este caso, la aplicación del régimen de riesgos profesionales con fines indemnizatorios.

34. Esta Corporación ha sido garante del derecho a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos para los trabajadores en las normas laborales, tal como lo prevé el artículo 53 de la Constitución Política, razón por la cual dará aplicación al Sistema General de Riesgos Profesionales a favor de la demandante, a pesar de estar excluida de su aplicación, por no existir, dentro de su régimen propio, disposiciones que consagren lo pertinente¹⁷.

Del caso concreto.

35. La parte recurrente alega que le es posible acceder al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por enfermedad de origen profesional que le generó una pérdida de la capacidad laboral de carácter permanente del 96%, obtenida como consecuencia del desempeño de sus laborales como docente para la secretaría de educación del distrito de Santa Marta, basado en lo establecido en el artículo 15 de la Ley 776 de 2012. Así mismo, plantea que la indemnización por enfermedad profesional es compatible con la pensión de invalidez como quiera que se logró demostrar que la actora estuvo vinculada al FOMAG desde el 2 de febrero de 1981; que durante la prestación del servicio como docente, adquirió la enfermedad motivo por el cual fue expedida la Resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez y que el 31 de agosto de 2016, fue retirada del servicio por invalidez. No obstante, el FOMAG no le canceló la indemnización a que tiene derecho conforme al Decreto 776 de 2002.

¹⁷ Criterio expuesto en sentencia de fecha 3 de mayo de 2018 dentro del proceso con radicado No 68001-23-33-000-2015-00318-01(0905-17); demandante: Soraya Victoria Pedraza Jordy y demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio De Bucaramanga, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Demandante: Iveth Hortensia Sánchez Castellón
Expediente: 1757-2022
Demandados: Fomag

36. Corresponde establecer en la presente causa si es viable el reconocimiento de la indemnización por enfermedad profesional a la que aduce tener derecho la señora Iveth Hortensia Sánchez Castellón por haberla adquirido y padeció durante su vinculación laboral al servicio de la secretaría de educación del distrito de Santa Marta. Así como también, si respecto de la pretensión de acceder a la indemnización sustituta agotó en debida forma la reclamación ante la administración.

37. Pues bien, para efectos de resolver el punto objeto de controversia, la Sala cuenta con los siguientes elementos probatorios: **i)** Certificado de historia laboral en la cual se hace constar que la señora Iveth Hortensia Sánchez Castellón estuvo vinculad laboralmente como docente al servicio del Distrito de Santa Marta desde el 13 de febrero de 1981 hasta el 12 de agosto de 2016¹⁸. También reposa el Formulario de Dictamen para calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez de la Fiduprevisora S.A¹⁹, en la cual se determinó la pérdida de capacidad equivalente en un 96% con fecha de estructuración de la invalidez del 11 de diciembre de 2012.

[illegible]

¹⁸ Folio 4 del expediente.

¹⁹ Folio 5 y reverso.

38. A través de la Resolución 99 del 8 de febrero de 2017 la secretaría de educación distrital de Santa Marta obrando por delegación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la señora Iveth Sánchez Castellón la pensión de invalidez en cuantía de \$3.311.384 a partir del 1 de marzo de 2017 como docente de vinculación nacionalizado²⁰.

39. La demandante el 11 de diciembre de 2017²¹ solicitó al Fondo Nacional del Magisterio «[...] el reconocimiento y pago de una indemnización por enfermedad profesional²², petición que no fue desatada por la entidad accionada configurándose el acto presunto acusado en el presente proceso.

40. Señaladas las anteriores pruebas, se debe ahora determinar si las mismas acreditan elementos necesarios para atribuirle alguna responsabilidad al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la enfermedad profesional que padeció la demandante.

41. En tratándose de riesgos profesionales de los empleados públicos, en principio, solo existe una clase responsabilidad derivada de la relación laboral, la cual es de tipo objetivo y cubierta por el sistema de riesgos laborales, que obliga en el caso de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos laborales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.

42. Resulta imperativo señalar, que frente a la enfermedad profesional, el legislador previó un conjunto de prestaciones e indemnizaciones destinadas al amparo del trabajador frente a la pérdida de su capacidad laboral, permitiéndole acceder a una

²⁰ Visible a folios 12 al 15.

²¹ Folios 17 al 22.

²² Folios 22.

pensión de invalidez o a una indemnización a causa de tal patología, y que están inspiradas en la relación laboral.

43. No obstante, en circunstancias como la presente, el debate no se centra puntualmente en el reconocimiento de las mencionadas prestaciones, sino que trasciende a la evaluación de la conducta del empleador alrededor de los deberes de cuidado del trabajador frente los riesgos inherentes a las actividades y funciones que despliega, y que habilitan al reclamo indemnizatorio no por lo dispuesto en el régimen prestacional positivo, sino por la sustracción del deber funcional, también relacionado con el vínculo laboral.

44. Es por ello que no es posible efectuar el reconocimiento de la indemnización por enfermedad profesional, como quiera que de acuerdo a lo señalado Decreto 2644 de 1994²³, solo es viable reconocer este tipo de prestaciones cuando la pérdida de la capacidad laboral se encuentre entre el 5% y el 49.99%, y en el presente caso, la demandante ostentó una disminución equivalente al 96.%, razón por la que a través de la Resolución 099 del 8 de febrero de 2017 le fue reconocida la pensión de invalidez, con lo cual se puede afirmar que ésta contingencia ya fue cubierta.

45. Entonces, ante este panorama, es la parte interesada a quien le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho, pues no basta con acreditar el daño causado con la enfermedad profesional, sino que también le incumbe demostrar la omisión del ente demandado en el cumplimiento de las normas de salud en el trabajo para con ello probar el nexo causal, máxime cuando sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretende impugnarlos.

46. Se insiste, debe distinguirse la ocurrencia de la enfermedad profesional, que comprende el reconocimiento de las prestaciones a que hubiere lugar, y que tal como quedó advertido, procede por ministerio de la ley al margen de la conducta de la administración; del hecho que el padecimiento que sufra el empleado, sea consecuencia directa de los actos u omisiones del ente patronal; en cuyo caso, deberá demostrar el afectado la correspondiente falla, pues lo contrario sería admitir que la enfermedad profesional es siempre responsabilidad del empleador.

²³ “(...) Por el cual se expide la Tabla única para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49.99% y la prestación económica correspondiente. (...)”.

47. Bajo ese contexto, se evidencia que dentro del plenario no hay una sola prueba en donde se demuestre que la enfermedad padecida por la demandante fuera por causa del empleador, por ejemplo, el incumplimiento de los presupuestos de salud ocupacional, las condiciones que progresivamente fue desarrollando y que la llevaron a tener tal grado de pérdida en su capacidad laboral y la omisión por parte de éste al no acatar las recomendaciones dadas por los médicos tratantes para cambiar sus condiciones laborales.

48. Ahora bien, aun cuando fue calificada como de origen profesional por parte de medicina laboral las enfermedades de la demandante, lo cierto es que existen serias dudas en cuanto a esta valoración, como lo es el concepto de salud ocupacional²⁴, por cuanto no se determinó ningún nexo causal entre la enfermedad adquirida, esto es, la disfonía funcional, el lumbago no especificado, el trastorno sacrooccigeo y la peniculitis con el ejercicio de las labores propias de su cargo. Adicionalmente, se observa que en el formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez, si bien aparece en el ítems de calificación total el porcentaje del 96% de pérdida de capacidad laboral, también lo es que, solo se reporta en dicho formulario el criterio de disfonía en porcentaje de 55% sin que aparezcan los porcentajes correspondientes de las deficiencias de los diagnósticos: **a)** trastorno sacrocogigeos, **b)** discopatía lumbar y **c)** paniculitis que afecta la región de cuello y espalda, aunado a la falta de indicación del rol laboral y otras áreas ocupacionales, documento que ante tantas falencias le resta credibilidad.

49. Así pues, se puede concluir que no es viable otorgar la indemnización por la calificación de la enfermedad profesional pretendida por la demandante, ya que la contingencia fue cubierta a través de la pensión de invalidez que le fue otorgada y, si bien puede pretender algunos perjuicios como consecuencia de la lesión en sí, resulta que éstos no fueron probados.

50. De otra parte, en cuanto al reconocimiento de la indemnización sustitutiva pretendida por la accionante, observa la Sala que al revisar el libelo introductorio y, en particular, la petición que dio origen al acto acusado, se advierte una imprecisión

²⁴ Transcrito en el formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez.

por parte de la apoderada de la demandante, pues, en uno y otra solicitó en forma expresa «**la indemnización por enfermedad profesional**»; sin embargo, en la transcripción de la normativa que hizo en el concepto de la violación de la demanda, se refirió a la Ley 776 de 2002, artículo 15, que trata sobre la devolución de saldos e indemnización sustitutiva, en concordancia con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

51. En efecto, se trata de dos situaciones diferentes, cuyas particularidades se pasa a explicar: **i. Indemnización por enfermedad profesional** o indemnización por incapacidad permanente parcial, la primera de ellas, está contemplada, entre otras normas, en el artículo 14, numeral 1, literal f), del Decreto 3135 de 1968 y, la segunda, tanto en el artículo 7, literal b), del Decreto 1295 de 1994, como en el artículo 7 de la Ley 776 de 2002 y ambas consisten en un reconocimiento económico que se hace a favor de aquel trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se le determine una incapacidad por tal circunstancia.

52. La primera, estuvo concebida para los servidores públicos del orden nacional, con antelación a la creación de este sistema de riesgos profesionales, mientras que la segunda, se dirige para los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales. Tal derecho indemnizatorio surge en proporción al daño sufrido y, aunque respecto de la primera se predica una incompatibilidad²⁵ respecto de la pensión por invalidez,²⁶ en relación con la segunda, no se concibe incompatible con la prestación,²⁷ pues esta última está a cargo de la administradora de riesgos profesionales.

53. Por su parte, **la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos** de que tratan tanto la Ley 776 de 2002, en su artículo 15, como la Ley 100 de 1993, artículo 37, consiste en aquel reconocimiento económico que se hace al afiliado al Sistema de Riesgos Profesionales cuando se incapacita o muere por una causa atribuible a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, para que, de manera adicional al reconocimiento pensional por invalidez²⁸ se le devuelva: i) la totalidad

²⁵ Al respecto, el artículo 18 del Decreto 1848 de 1969 preveía: Artículo 18. Excepciones. 1. No habrá lugar al pago de la indemnización establecida en el Artículo 16., en el evento de que se cause en favor del empleado el derecho a la pensión de invalidez a que se refiere el capítulo XII de este Decreto.

²⁶ La cual tiene justificación en cuanto era reconocida por la caja de previsión a la que estuviera afiliado el empleado o por su empleador, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Decreto 1848 de 1969.

²⁷ El artículo 7 del Decreto 1295 de 1994, transcrito en el acápite marco normativo de esta providencia, establece, entre otros, tanto el reconocimiento de la indemnización como el de la pensión por invalidez.

²⁸ Pensión por invalidez o pensión de sobrevivientes.

del saldo que tenía en su cuenta individual, si hacía parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o ii) la indemnización sustitutiva de la pensión ordinaria de jubilación, si estaba en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la cual se debe ser liquidada en los términos de la Ley 100 de 1993, artículo 37. Tal devolución o reconocimiento indemnizatorio compete al fondo pensional al que hubiera estado afiliado el empleado²⁹.

54. Como corolario de lo expuesto se debe señalar que la indemnización por incapacidad permanente parcial o indemnización por enfermedad profesional consiste en un reconocimiento económico que tiene como finalidad «compensar» **el hecho incapacitante**, mientras que la indemnización sustitutiva de la pensión consagrada en las normas en cita, tiene como propósito «compensar» **los aportes realizados por un afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones**, dentro del régimen de prima media con prestación definida, en razón a que no se va a reconocer la pensión por parte de ese sistema, para el cual el afiliado aportó para cubrir las contingencias de invalidez -por enfermedad común- vejez y muerte, comoquiera que se produjo un hecho incapacitante -por enfermedad profesional o accidente de trabajo- que dio lugar a **que el Sistema General de Riesgos Profesionales** reconociera la prestación por invalidez.

55. Hechas las anteriores precisiones y a la luz de lo solicitado en sede administrativa y ante el aparato judicial, entendiendo que las pretensiones deben guardar identidad, tanto en sede administrativa como en sede judicial, por virtud del principio de congruencia, la Sala observa que lo reclamado por la parte actora fue **la indemnización por enfermedad profesional**, que fue lo pretendido ante el FOMAG para lo cual, se transcriben apartes del escrito petitorio:

«[...]

Asunto: **SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INDEMNIZACION POR ENFERMEDAD DE ORIGEN PROFESIONAL**. (Negrilla fuera de texto)

[...] en mi condición de apoderada de la peticionaria **IVETH HORTENSIA SÁNCHEZ**, mayor de edad, identificada con cc No 36.553.401 respetuosamente acudo ante usted a presentar **DERECHO DE PETICION** consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional para solicitar el **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACION POR ENFERMEDAD PROFESIONAL**, de conformidad a los siguientes...(Negrilla original de texto).

²⁹ Dicho sustento viene fijado en el antecedente jurisprudencial contenido en el fallo proferido por la subsección A de la sección segunda de esta corporación de fecha 11 de junio de 2020, dentro del proceso con radicado No 47001-23-33-000-2016-00325-01(2198-17), Demandante: Ilce Estella Pertuz Cantillo y demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio De Santa Marta; MP. Rafael Francisco Suárez Vargas.

[...]

PETICIONES

1. Que se reconozca y pague a la demanda (sic) a la pensionada **IVETH HORTENSIA SÁNCHEZ** identificada con cc No 36.553.401, la indemnización por enfermedad profesional a la que tiene derecho. (Subrayado fuera de texto)
2. Que se indexe las respectivas cifras concedidas...»

56. De acuerdo con lo solicitado por la parte actora en sede administrativa, es claro que su pretensión se orienta a la reclamación de la indemnización por enfermedad profesional y no al reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Si lo deseado por la actora era acceder al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva ha debido reclamar en debida forma ello en sede administrativa para que existiera coherencia con lo pretendido en sede judicial, en el entendido de que el objeto de un proceso como el que se analiza es, precisamente, controlar la legalidad de un acto administrativo emitido dentro de una actuación iniciada por el interesado, con un propósito específico -en este caso, lograr el reconocimiento de la indemnización por enfermedad profesional-, por lo que mal podría decidirse ante la jurisdicción un asunto ajeno al que se reclamó en sede administrativa, pues ello conllevaría sorprender a la administración imponiéndole una carga respecto de un asunto que no ha sido sometido a su consideración y redundaría en violación de su derecho al debido proceso.

Conforme con los argumentos antes expuestos, se concluye que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena de fecha 5 de mayo de 2021 que denegó las pretensiones de la demanda se deberá confirmar.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena de fecha 5 de mayo de 2021 que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Por secretaría de la Sección Segunda devuélvase el expediente al tribunal de origen, previa las anotaciones de rigor en la plataforma SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

Firma electrónica
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firma electrónica
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firma electrónica
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Visitas/documentos/validador>.