



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicado No.	680012333000201400901 02
No. Interno:	2050-2017
Actor:	Josefina Espinosa Entralgo.
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Bucaramanga.
Trámite:	Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer es viable reconocer a docente la indemnización por enfermedad profesional que ha sido valorado con una pérdida de la capacidad laboral del 95.5%.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 3 de noviembre de 2017¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir

¹ Informe visible a folio 235.

el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Josefina Espinosa Entralgo en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Bucaramanga.

I. ANTECEDENTES²

Josefina Espinosa Entralgo, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – *Ley 1437 de 2011*-, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio SEB JUR de 2 de julio de 2014, por medio del cual el Secretario de Educación del municipio de Bucaramanga le negó el reconocimiento de una indemnización por enfermedad profesional.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó, el pago de \$331.106.360 a título de indemnización con motivo a la enfermedad profesional que adquirió; el reconocimiento de 95.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales; la aplicación a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y, la condena en costas y agencias en derecho.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la demandante, así:

Señaló que la señora Josefina Espinosa Entralgo prestó sus servicios como Docente en la Institución Educativa Francisco de Paula Santander en el

² Demanda visible a folios 2 a 32.

³ El abogado Jaime Hernán Espinosa Salazar.

municipio de Bucaramanga, desde el 26 de agosto de 1982 al 1º de abril de 2013⁴.

Indicó que durante la relación laboral, el municipio de Bucaramanga omitió la realización del examen ocupacional de ingreso, el control eficiente de los riesgos laborales propios de la función docente, las capacitaciones correspondientes a la prevención de enfermedades de origen profesional y, además, nunca estableció de manera operativa un programa de salud ocupacional.

Aseguró que el 27 de enero de 2013 el Médico Laboral determinó que contaba con una pérdida de la capacidad laboral de origen profesional equivalente al 95.5%, dado que contaba con una disfonía crónica con incompetencia glótica completa aunado a un síndrome vertiginoso, razón por lo que, a través de la Resolución 0886 del 1º de abril de 2012, le fue reconocida la pensión de invalidez.

En su sentir, dado el daño que se le ocasionó, le corresponde a la entidad la obligación como empleador, resarcir los daños y perjuicios generados en virtud de la vinculación legal y reglamentaria que ostentaba.

Comentó que el 14 de junio de 2014⁵ solicitó al municipio de Bucaramanga la indemnización por haber adquirido una enfermedad de origen profesional, sin embargo, mediante Oficio SEB JUR de 2 de julio de 2014 el Secretario de Educación le negó tal petición.

⁴ Información tomada de la Resolución 0886 del 1º de abril de 2013, por medio de la cual el Secretario de Educación del Municipio de Bucaramanga le reconoció a la señora Josefina Espinosa Entralgo la pensión de invalidez, visible a folios 49 y 50.

⁵ Información tomada del acto acusado.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 53 y 90; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 216; y, Decretos 3831 de 2005, 2566 de 2009.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, porque:

Son indelegables las obligaciones del empleador en el cuidado y la protección de la salud de las personas que trabajan para él; por consiguiente, se puede acreditar la culpa del empleador cuando se observa una actuación negligente, impericia y la violación de normas legales en salud ocupacional.

Bajo ese contexto aseguró que la entidad territorial no tomo las medidas de seguridad necesarias para evitar la enfermedad profesional, lo cual era posible evitar, porque para la presentación y determinación de la misma tienen que incidir el factor negligencia y tiempo (en este caso años), es decir, se podría hablar que el estado de salud es un suceso crónico, como se demuestra en la historia clínica.

Destacó que no se cumplen con las normas en salud ocupacional, razón por la que el ente demandado debe responder por la enfermedad profesional adquirida durante la relación laboral legal y reglamentaria.

1.3 Contestación de la demanda.

Corrido el traslado a las entidades demandadas, de conformidad con lo ordenado por auto de 30 de junio de 2015 (folio 104 y 105), mediante notificación efectuada a través de correo electrónico el 27 de enero de 2016 (folios 114 a 116), no efectuaron manifestación alguna.

1.4 La sentencia apelada⁶.

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 9 de marzo de 2017, denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que no existe suficiente material probatorio que permita determinar con exactitud la fecha en que se originaron todos los padecimientos, la progresión de la enfermedad o, incluso, que hubiera acudido a recibir atención médica para dar tratamiento a los mismos. Lo anterior se debe a que no es solo necesario demostrar el diagnóstico, sino las restricciones que los médicos laborales recomendaran a la señora Josefina Espinosa Entralgo durante los años que estuvo expuesta a los riesgos propios de la labor docente, ya que de esta forma se tendría claridad acerca de las medidas que se pondrían imponer a las partes para mejorar su estado de salud.

Agregó que no se observa ninguna solicitud que evidencie que la demandante puso en conocimiento del empleador de las condiciones que presuntamente afectarían su salud con posterioridad y ante las cuales no se prestó atención alguna.

⁶ Folios 168 a 172.

1.5 El recurso de apelación⁷.

La parte demandante, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos.

Expresó que el daño se encuentra acreditado en la incapacidad para laborar y que deriva de la enfermedad profesional que padece. Al respecto hizo referencia al artículo 4º de la Ley 1562 de 2012⁸ para concluir que en el evento que se genere una enfermedad deben relacionarse factores de riesgo ocupacional presentes en el sitio de trabajo, en aras a determinar si la misma fue una enfermedad profesional, lo cual ocurrió en el presente caso.

Aseguró que la incapacidad laboral tiene su origen en la inadecuada gestión del riesgo, concretamente, porque la administración debió realizar actividades que propendieran por el cuidado de sus trabajadores; en tal sentido, al examinar las pruebas aportadas al proceso se puede concluir que no se cumplen con las normas en salud ocupacional, concretamente, la Ley 9 de 1979⁹ y el Decreto 614 de 1984¹⁰.

⁷ Visible a folios 178 a 189.

⁸ “(...) 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. (...)*”.

⁹ “(...) *Por la cual se dictan Medidas Sanitarias (...)*”.

¹⁰ “(...)”.

Indicó que el generador del riesgo no es el trabajador, ya que este cede parte de su voluntad para estar a disposición del empleador, quien dispone de los elementos de trabajo propios para ejecutar sus funciones, es por ello que, atendiendo los riesgos que se generan en el sitio de trabajo, se crea un modelo de aseguramiento, el cual está en cabeza de este último.

Enunció que en tratándose de riesgos profesionales no puede pregonarse una exigencia a la parte que no tiene la capacidad de probar, en tal sentido se debe validar la realización de los exámenes de ingreso, periódicos y ocupacionales, porque al indicarse la causalidad de la enfermedad con la labor contratada, surge la determinación de responsabilidad del empleador frente a la ocurrencia del mismo.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se contrae a:

Problema jurídico

- Determinar si es viable reconocer a la señora Josefina Espinosa Entralgo la indemnización por enfermedad profesional que contrajo y padeció durante su vinculación laboral en la Institución Educativa Francisco de Paula Santander en el municipio de Bucaramanga.

Bajo ese contexto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) de la indemnización de la pérdida de la capacidad laboral en docentes; ii) del Sistema General de Riesgos Profesionales; y, iii) del caso en concreto.

i) Indemnización de la pérdida de la capacidad laboral en docentes.

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. (...)”

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.

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 y el Decreto 1295 de 1994, no es aplicable en su caso particular por estar excepcionada de su aplicación dado que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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.

Es así que el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968 “(...) **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; (...)

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 1969, 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 1969, 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.
(...)”.*

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 constitucionalidad¹¹ 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 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. (...)”.

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.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-461 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 pertinente.

ii) Sistema General de Riesgos Profesionales.

El Sistema de Seguridad Social en Colombia de conformidad con la Ley 100 de 1993, está compuesto por: (i) el Sistema General de Pensiones, (ii) el Sistema General de Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la ley.

Para lo que interesa a la presente causa, el Sistema General de Riesgos Profesionales se encuentra regulado por el Decreto Ley 1295 de 1994 y por la Ley 776 de 2002 y está definido como el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

Es así que el propósito del Sistema de Riesgos Profesionales es el de prevenir, proteger y atender a los trabajadores cuando resultan perjudicados como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional¹², para enfrentar las contingencias resultantes, como las

¹² El Decreto 1295 de 1994, fue muy claro al establecer las diferencias conceptuales entre un accidente de trabajo y una enfermedad profesional:

incapacidades y las prestaciones. En ese sentido, este sistema responde a la necesidad de consolidar la eficacia del derecho a la seguridad social de los trabajadores que, en desarrollo de su labor, sufren los eventos mencionados que los imposibilitan para el empleo.

Al respecto la Corte Constitucional señaló en sentencia T-1075 de 2005¹³, 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 del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio’*”. Este régimen, entonces, pretende amparar al trabajador de las diversas prerrogativas de raigambre constitucional de que es titular, entre ellas los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y al mínimo vital, que pueden resultar involucradas por los riesgos propios de la actividad laboral.

“Artículo 9°. Accidente de trabajo. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que sobrevenga en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

“Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o 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 desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.”

“Artículo 11. Enfermedad Profesional. 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.

(...)

Par. 2°. En los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad profesional, conforme lo establecido en el presente decreto”

¹³ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, en relación con la estructura de dicho sistema, éste fue diseñado bajo un esquema de aseguramiento, asumido por entidades especializadas previo el pago de un aporte a cargo exclusivo del empleador. Las cotizaciones o primas que el empleador traslada al sistema por cada uno de los trabajadores afiliados, crean una mutualidad o fondo común, con el cual se financian las contingencias aseguradas por el empleador.

Para el caso que nos ocupa resulta oportuno acudir al Decreto 2644 de 1994, en virtud del cual se determinó la tabla única de indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49.99%, en cuyo artículo 1º estableció:

“(...) ARTICULO 1o. TABLA DE EQUIVALENCIAS. Se adopta la siguiente Tabla de equivalencias para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral como parte integrante del Manual Único de Calificación de Invalidez:

<i>PORCENTAJE DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL</i>	<i>MONTO DE INDEMNIZACIÓN EN MESES DE INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN</i>
49	24
48	23.5
47	23
46	22.5
45	22
<i>(...)”.</i>	

Visto lo anterior, resulta de vital importancia la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional del trabajador, pues es a partir de tal reconocimiento que el empleado podrá hacer exigibles de manos de su respectiva A.R.P., o en este caso, por tratarse de un docente a su empleador, las prestaciones asistenciales o económicas a que hubiere lugar.

iii) Caso en concreto.

En el *sub – lite* la señora Josefina Espinosa Entralgo pretende el reconocimiento de la indemnización y ciertos perjuicios – materiales e inmateriales - por la enfermedad que padeció mientras que estuvo vinculada en la Institución Educativa Francisco de Paula Santander en el municipio de Bucaramanga; para el efecto consideró que el citado ente no garantizó unas condiciones adecuadas para el ejercicio de la labor desempeñada.

Pues bien, para efectos de resolver el punto objeto de controversia, la Sala cuenta con los siguientes elementos probatorios:

i) A folio 48 del expediente se encuentra la Cédula de Ciudadanía de la señora Josefina Espinosa Entralgo, en la cual se evidencia que nació el 19 de marzo de 1960.

ii) El 28 de enero de 2013 el Médico Laboral de Foscal Fundación Avanzar FOS entregó a la señora Josefina Espinosa Entralgo el concepto de calificación de la pérdida de capacidad laboral, en donde se determinó que tenía una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 95.5% de origen profesional, por lo cual solicitó que fuera pensionado atendiendo lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969. Para el efecto se dispuso que¹⁴:

"(...) 8. PORCENTAJE DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL SEGÚN CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO (Art. 202, 280) (Ley 812 de 2003, Art. 81)		
<i>ITEM</i>	<i>CRITERIOS</i>	<i>%</i>
<i>1</i>	<i>DISFONÍA CRÓNICA CON INCOMPETENCIA GLÓTICA COMPLETA</i>	<i>51</i>
<i>2</i>	<i>SÍNDROME VERTIGINOSO</i>	<i>40.5</i>

¹⁴ Visible a folios 44 a 47.

	Total	95.5
--	--------------	-------------

(...).”

iii) Por medio de la Resolución 0886 del 1º de abril de 2013 el Secretario de Educación del municipio de Bucaramanga reconoció a la señora Josefina Espinosa Entralgo la pensión de invalidez equivalente a \$3.449.009, a partir del pago de salarios o auxilio por incapacidad¹⁵.

iv) El 14 de junio de 2014 la demandante solicitó al municipio de Bucaramanga – Fondo Nacional del Magisterio- el reconocimiento y pago de una indemnización por haber adquirido una enfermedad de origen laboral¹⁶; sin embargo, la Secretaría de Educación del municipio de Bucaramanga mediante Oficio SEM JUR del 2 de julio de 2014 negó tal pretensión bajo el siguiente argumento¹⁷:

“(...) el régimen de salud de los docentes oficiales en Colombia se caracteriza, entre otros, por ser un régimen de excepción administrado por el artículo 5º numeral 2º de la ley 91 de 1989 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual tiene a su vez un consejo directivo que es el encargado de reglamentar los procedimientos para determinar la destinación de los recursos, el orden de prioridad con que serán atendidas las prestaciones sociales y las prestaciones económicas cuando se trate de situaciones derivadas de la enfermedad profesional y no profesional.

La entidad encargada de administrar los recursos del Fondo es quien contrata las entidades de salud de cada Departamento para la prestación de los servicios médico – asistenciales para los docentes activos y pensionados al Fondo del Magisterio (...).”

Señaladas las anteriores pruebas, se debe ahora determinar si las mismas acreditan elementos necesarios para atribuirle alguna responsabilidad al

¹⁵ Visible a folio 50.

¹⁶ Visible a folios 38 a 42.

¹⁷ Visible a folios 35 a 37.

municipio de Bucaramanga por la enfermedad profesional que padeció la señora Josefina Espinosa Entralgo.

Cierto es que 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, 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 Profesionales 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.

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

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.

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 1994¹⁸, 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 95.5%, razón por la que a través de la Resolución 0886 del 1º de abril de 2013 le fue reconocida la pensión de invalidez, con lo cual se puede afirmar que ésta contingencia ya fue cubierta.

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 ocupacional 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, siendo inviable aplicar la tesis jurisprudencial señalada en la apelación de parte de la Corte Suprema de Justicia¹⁹, para las relaciones laborales de tipo legal y reglamentario.

Se insiste, debe distinguirse la ocurrencia de la enfermedad profesional, que comprende el reconocimiento de las prestaciones a que hubiere lugar, y que

¹⁸ “(...) 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. (...)”.

¹⁹ Sentencia del 20 de mayo de 2015, exp 41152.

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.

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.

Ahora bien, aun cuando fue calificado como de origen profesional por parte del Médico Laboral de Foscil Fundación Avanzar FOS las enfermedades de la demandante, lo cierto es que existen serias dudas en cuanto a esta valoración, como lo es el concepto de salud ocupacional²⁰, por cuanto no se determinó ningún nexo causal entre la enfermedad adquirida, esto es, la disfonía y el síndrome vertiginoso, con el ejercicio de las labores propias de su cargo.

Es por ello que, sin entrar a efectuar un estudio de legalidad respecto de los actos que conllevaron al reconocimiento de la pensión de invalidez a la señora Josefina Espinosa Entralgo, pues no es del caso realizar tal juicio de

²⁰ Transcrito en el formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez.

legalidad, resulta relevante hacer un llamado de atención al ente demandado (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o quien corresponda) para que estudie la posibilidad de cuestionarlo a través del medio de control que estime pertinente, ya que se observa que el dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez se fundamentó en el Código Sustantivo del Trabajo el cual, no es aplicable por cuanto el artículo 4 *ibídem*²¹ exceptuó a los empleados públicos de su ámbito de regulación.

Lo anterior, además porque resulta legítimo para las entidades encargadas del reconocimiento de la pensión, el procedimiento de revisión de la pensión de invalidez, por cuanto no se está en presencia de una situación jurídica consolidada, sino, todo lo contrario, sujeta a cambios, por ser susceptible de revisiones periódicas. Esto en aras de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de fundamento para obtener su reconocimiento.

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.

Finalmente en cuanto al argumento propuesto por la Agencia del Ministerio Público, según el cual se debe modificar la condena en costas, la Sala

²¹ “(...) ARTICULO 4o. SERVIDORES PUBLICOS. Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten.
(...)”.

reiterara lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda²² de esta Corporación, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el *A quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

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 de 9 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Josefina Espinosa

²² Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Entralgo en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Bucaramanga, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la decisión, en cuanto el Tribunal Administrativo de Santander condenó en costas a la parte demandante.

En su lugar, se dispone:

NEGAR la condena en costas, acorde con lo explicado en la motivación precedente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ