

RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES – No se pueden destinar para realizar actividades de salud ocupacional / SANCION A ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES – Por asumir gastos de salud ocupacional que son del cargo del empleador con dineros públicos de destinación específica

Ahora bien, los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales, no están destinados para suplir o financiar este tipo de actividades orientadas a la Salud Ocupacional, como quiera que tienen carácter de dineros parafiscales o públicos que deben ser invertidos en actividades específicas, por cuanto su mala inversión o utilización por parte de quienes se benefician o administran dichos recursos (empleadores, empleados o trabajadores de ARP) genera violación de la ley. Como se indicó anteriormente, a la luz de los artículos 5º y 10 de la Resolución 001016 de 1989 los exámenes médicos hacen parte del Programa de Salud Ocupacional para empresas y lugares de trabajo, cuya ejecución compete a patronos y empleadores. Por tanto, acertó el Ministerio al sancionar a la actora por haber sustituido a DISTRISALUD y a la AREONÁUTICA CIVIL en sus obligaciones como empleador al asumir la práctica de los exámenes de sus trabajadores y la asignación de los siguientes profesionales especializados en salud ocupacional: un Ingeniero Ambiental o Sanitario, Industrial, una Fisioterapeuta y un Psicólogo. De lo anterior se desprende que para el cumplimiento de las mencionadas actividades, la ARP utilizó, o bien financió, estos servicios con dineros pertenecientes al Sistema General de Riesgos Profesionales, incurriendo de esta manera en la vulneración de disposiciones de orden legal que prohíben destinar los dineros públicos para fines diferentes a los ya establecidos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1295 DE 1994 – ARTICULO 35 / DECRETO 1295 DE 1994 – ARTICULO 80 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 132

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02384-01(2030-09)

Actor: LA PREVISORA VIDA S.A.

Demandado: DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante dentro del proceso de la referencia, contra la sentencia del 18 de febrero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La entidad actora mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó ante esta Corporación se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 753 del 7 de octubre de 1999, 578 del 20 de junio de 2000 y 1224 del 3 de julio de 2001, proferidas por la Directora de la Regional de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, las dos primeras, y por el Director General de Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales, la última, por las cuales se le sancionó con multa.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le permita seguir realizando actividades de promoción y prevención de riesgos profesionales de acuerdo con lo establecido en la ley vigente; que se absuelva a la Previsora Vida S.A. de la multa impuesta; y que se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 140 C.C.A.

2. Como hechos que fundamentan la presente acción, la entidad actora relató que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social realizó una visita a las instalaciones de la Administradora de Riesgos Profesionales ARP del Departamento del Atlántico, con el fin de verificar la clasificación de las empresas,

la prestación de servicios y la infraestructura con que cuenta para el cumplimiento de las exigencias legales.

Señaló que en desarrollo de la visita, el funcionario encargado de la diligencia solicitó a la Subgerente Técnico-Comercial Regional de Barranquilla de la Previsora Vida S.A., una copia de la propuesta de Servicio en Riesgos Profesionales ofrecidos a la Empresa DISTRISALUD y el Acta de Acuerdo del 29 de mayo de 1998 firmada por esta ARP con la AERONÁUTICA CIVIL.

Expresó que revisados los documentos requeridos, encontró el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que:

1.) Respecto de los Servicios ofrecidos a DISTRISALUD:

a. “(...) PREVIATEP autorizará 390 exámenes médicos periódicos de acuerdo al riesgo prevalente y la morbilidad existente en los funcionarios...”

b. La asignación de un Tecnólogo en Higiene y Seguridad Industrial para prestar asesoría a la empresa durante 20 horas semanales y desarrollar actividades tales como estudio e implementación de sistemas de control requeridos para los riesgos existentes; estudio e implementación de programa de mantenimiento preventivo a máquinas, equipos, instalaciones; elaborar y mantener actualizadas las estadísticas de accidentalidad; delimitar y demarcar las áreas de trabajo, zonas de almacenamiento, etc y elaborar y promover normas de salud ocupacional.

2.) En relación con el Acta de Acuerdo firmada con la AERONÁUTICA CIVIL:

a. Frente al recurso humano ofrecido por la ARP LA PREVISORA VIDA S.A. asignó profesionales en salud ocupacional tales como un Ingeniero Ambiental o Sanitario, Industrial, una Fisioterapeuta y un Psicólogo para apoyar al programa de salud ocupacional de la Aeronáutica, con una jornada de 8 horas diarias, y con el compromiso de visitar los Aeropuertos que conforman cada una de las 6 regionales aeronáuticas por lo menos dos veces al año, sin que esto implique viáticos o gastos de viaje para la AERONÁUTICA CIVIL.

b. Igualmente destaca la realización de exámenes médicos para diagnóstico de condiciones de salud general y de salud visual por parte de la ARP a 143 trabajadores de la AERONÁUTICA CIVIL.

Dijo que con fundamento en los resultados arrojados por la documentación solicitada, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la sancionó con multa por incurrir en irregularidades en el incumplimiento de sus deberes, al desviar los dineros públicos pertenecientes al Sistema General de Riesgos Profesionales a actividades de salud ocupacional que por disposición legal le corresponde a los empleadores financiar, sustituyendo de esta manera la ARP las obligaciones del patrón.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

3. Citó como normas vulneradas las contenidas en los artículos 1°, 25, 48, 53 y 228 de la Constitución Política; 1°, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 139-11 y 29 de la Ley 100 de 1993; 1, 2, 4, 5, 15, 19, 21, 35, 56, 58, 59, 60, 61, 79, 80, 81, 83, 91 del Decreto Ley 1295 de 1994; 81 y 84 de la Ley 9 de 1979; 16 del Decreto 1128 de 1999; 81 y 34 del Decreto 614 de 1984; 57, numerales 1 y 2 y 193 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo.

Argumentó que los actos demandados impusieron una sanción injusta, sustentada en hechos no acaecidos, por cuanto el ofrecimiento gratuito de los diferentes servicios de salud ocupacional a DISTRISALUD y la AERONÁUTICA CIVIL no son fundamentos fácticos que configuren la vulneración de disposiciones normativas que dieran lugar a la sanción impuesta, por el contrario se cumple con la función técnica, administrativa y preventiva atribuida a las ARP.

Afirmó que dentro de los deberes que tienen las ARP, por disposición legal, según los artículos 35 y 59 del Decreto 1295 de 1994, está la asesoría técnica en el diseño del programa de salud ocupacional, el fomento de estilos de trabajo, de vida saludable y la realización, sin distinción alguna, de todas las actividades de prevención, razón por la cual los motivos en que el Ministerio de Trabajo fundamentó la decisión por incumplimiento de obligaciones por parte de la PREVISORA VIDA S.A., no son argumentos válidos ni suficientes para sancionar.

Respecto de la supuesta sustitución del empleador en sus obligaciones por los servicios ofrecidos, a que alude la entidad demandada, dijo no hay lugar a este argumento, como quiera que el Decreto 614 de 1984, artículo 34

y la Resolución 1016 de 1989, artículo 9, establecen que le es dable al empleador contratar los servicios de salud ocupacional con otras empresas especializadas, por ello los actos acusados fueron fundados en interpretaciones equivocadas de las normas, por cuanto los exámenes médicos o la asesoría a través de especialistas como deber de la ARP, no suplen de ninguna manera al empleador.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante apoderado, contestó oportunamente oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas por la entidad actora.

Dijo que el fundamento de la decisión de sancionar con multa a la Administradora de Riesgos Profesionales LA PREVISORA VIDA S.A., es la violación de lo dispuesto en la Circular 002 de julio 10 de 1997, la Resolución 1016 de 1989 y el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994, en razón a los acuerdos suscritos entre la ARP y otras entidades.

Así mismo indicó que en la Previsora de Vida S.A., no existió venta de servicios para la ejecución del programa de salud ocupacional, sino por el contrario la sociedad actora financió y pagó directamente algunos exámenes, así como también el suministro de personal en las instalaciones de las entidades afiliadas, incumpliendo de esta manera con los deberes que la ley le impone.

LA SENTENCIA

5. El Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las pretensiones de la demanda.

Consideró que los actos impugnados estuvieron ajustados a las normas existentes para la época de los hechos, por cuanto la obligación de organizar, desarrollar y ejecutar de manera directa los programas de salud ocupacional dirigidos a los trabajadores, corresponde directamente al patrono o empleador como lo señala la Resolución 1016 de 1989, artículo 4º parágrafo 2, y no a la ARP, como ocurrió en el caso sub examine, motivos estos suficientes para sancionar a La Previsora.

Afirmó que con la actuación desplegada por la administradora de riesgos se produjo una desviación de los dineros pertenecientes al Sistema General de Riesgos Profesionales, toda vez que estos fueron utilizados para la cancelación de actividades de salud ocupacional que por ley le corresponde cubrir al empleador, generándose una inadecuada destinación de los dineros públicos.

Finalmente, señaló que La Previsora fue informada del objeto de la investigación adelantada, como también de la visita practicada inicialmente. Contó con la oportunidad de presentar pruebas a fin de establecer la razón de los servicios prestados a algunas de sus empresas afiliadas, sin lograr desvirtuar los cargos formulados.

LA APELACIÓN

6. El apoderado de la parte demandante sustentó su inconformismo con la sentencia de primera instancia con los mismos argumentos expuestos en el concepto de violación de la demanda.

Pidió que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

7. El Ministerio Público en esta oportunidad procesal guardó silencio.

CONSIDERACIONES

El asunto gira en torno a establecer la legalidad de la actuación de la Administración mediante las Resoluciones Nos. 753 del 7 de octubre de 1999, 578 del 20 de junio de 2000 y 1224 del 3 de julio de 2001, expedidas las dos primeras por la Directora de la Regional de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, y la última por el Director General de Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales, por medio de las cuales se sancionó con multa a la Sociedad La Previsora Vida S.A.

En el proceso se encuentran los siguientes elementos probatorios:

- 1.) De folio 29 a 32 obra Acta No. 001 suscrita entre PREVIATEP con la AERONÁUTICA CIVIL, en la cual se firmó el acuerdo de los perfiles ocupacionales de los profesionales, con una jornada laboral de ocho (8)

horas diarias y con el compromiso de visitar los aeropuertos que conforman cada una de las seis regionales aeronáuticas por lo menos dos veces al año, sin que esto implique viáticos o gastos de viaje para la Aeronáutica Civil.

- 2.) De folio 33 a 41 aparece el plan de actividades a realizar por PREVIATEP para el desarrollo y optimización del programa de salud ocupacional.
- 3.) A folio 117 a 119 obra informe de mayo 3 de 1999 suscrito por el revisor fiscal de La Previsora Vida S.A., en el que certifica que la ARP prestó los servicios de asesoría técnica y capacitación en las diferentes áreas de salud ocupacional, desarrolladas en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil Aerocivil en el aeropuerto Ernesto Cortissoz de Barranquilla, actividades desarrolladas por un valor de \$9.000.000 moneda corriente.
- 4.) Informe rendido por La Previsora Vida S.A., sobre las empresas afiliadas a sus dependencias, las que cuentan con programas de salud ocupacional y cronograma de actividades (fls. 255-263).

Realizado el anterior recuento, la Sala procede a examinar el fondo del asunto, teniendo en cuenta el cargo propuesto por la parte demandante, así:

Manifiesta La Previsora Vida S.A., que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (actualmente de la Protección Social) al proferir los actos acusados dio una inadecuada interpretación a las normas que regulan aspectos

propios del Sistema General de Riesgos Profesionales, incurriendo de esta manera en la vulneración de lo dispuesto por el Decreto 1295 de 1994, que establece dentro del marco de la Salud Ocupacional la prevención en la actividad laboral que incluye múltiples tareas, haciendo un énfasis en una activa participación de las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, como parte de su obligación.

Al respecto la Sala precisa, que aun cuando las Administradoras de Riesgos Profesionales tienen deberes frente a la Salud Ocupacional de las empresas afiliadas, estos no giran en torno al financiamiento de dichas actividades, su participación en estos servicios está sujeta al apoyo, acompañamiento y asesoría de los programas que deben implementar las empresas, en materia de prevención de riesgos en la actividad laboral.

El artículo 35 del Decreto 1295 de 1994 consagra los Servicios de Prevención que las ARP deben ofrecerle a las empresas afiliadas, así:

- “a) Asesoría técnica básica para el diseño del programa de salud ocupacional en la respectiva empresa.
 - b) Capacitación básica para el montaje de la brigada de primeros auxilios.
 - c) Capacitación a los miembros del comité paritario de salud ocupacional en aquellas empresas con un número mayor de 10 trabajadores, o a los vigías ocupacionales en las empresas con un número menor de 10 trabajadores.
 - d) Fomento de estilos de trabajo y de vida saludables, de acuerdo con los perfiles epidemiológicos de las empresas.
- (...)”

Las entidades administradoras de riesgos profesionales, por delegación del Estado, ejercen la vigilancia y control en la prevención de los

riesgos profesionales de las empresas que tengan afiliadas, a las cuales deberán asesorar en el diseño del programa permanente de salud ocupacional.

Las diferentes actividades que preste la entidad Administradora de Riesgos Profesionales, deben acogerse a lo normado en la ley, no puede ni debe la Administradora de Riesgos Profesionales reemplazar o asumir de manera directa o indirecta las responsabilidades del empleador en materia de Salud Ocupacional.

Por su parte, el artículo 80 del Decreto 1295 de 1994, señala las funciones de las entidades administradoras de riesgos profesionales, entre ellas las siguientes:

- “(…)
- f) Realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales;
 - g) Promover y divulgar programas de medicina laboral, higiene industrial, salud ocupacional y seguridad industrial;
 - h) Establecer las prioridades con criterio de riesgo para orientar las actividades de asesoría de que trata el artículo 39 de este Decreto;
 - i) Vender servicios adicionales de salud ocupacional de conformidad con la reglamentación que expida el gobierno nacional.
- (…)”

En consecuencia, es claro que dentro las funciones asignadas a las ARP, no se encuentra la estipulación del suministro de dineros por parte de esta para el cumplimiento de las obligaciones antes descritas.

Para la Sala es claro que dentro del Decreto 1295 de 1994 no se contempla como deber de las ARP cubrir el costo de los servicios derivados de las actividades de prevención que la norma establece, por el contrario, es el empleador quien debe asumir los gastos que se generen como consecuencia del desarrollo del programa de Salud Ocupacional, tal y como lo establece el artículo 21 del Decreto en mención:

“Obligaciones del Empleador:

(...)
d) Programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa ocupacional de la empresa, y procurar su financiación;
(...)”

Los empleadores, además de la obligación de establecer y ejecutar en forma permanente el programa de salud ocupacional según lo establecido en las normas vigentes, son responsables de los riesgos originados en su ambiente de trabajo.

De otra parte, la Sala advierte que aunque es cierto que el literal c) del artículo 3º de la Resolución 1016 de 1989 permite a los empleadores contratar la ejecución del Programa de Salud Ocupacional «con una entidad que preste tales servicios», por tal debe entenderse «una empresa especialmente dedicada a la prestación de los servicios de salud ocupacional» según lo determinan los artículos 34 del Decreto 614 de 1984 y 9º de la Resolución 001016 de 1989. El supuesto previsto en esa normativa no es predicable de las Administradoras de Riesgos Profesionales, pues como quedó expuesto, no en vano el artículo 132 de

la Ley 100 de 1993 en términos concluyentes ordena que el sistema de prevención de riesgos profesionales se administre y financie en forma independiente y separada de la prestación de los servicios y actividades propias del sistema de seguridad social en salud y del programa de salud ocupacional.

Ahora bien, los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales, no están destinados para suplir o financiar este tipo de actividades orientadas a la Salud Ocupacional, como quiera que tienen carácter de dineros parafiscales o públicos que deben ser invertidos en actividades específicas, por cuanto su mala inversión o utilización por parte de quienes se benefician o administran dichos recursos (empleadores, empleados o trabajadores de ARP) genera violación de la ley.

Como se indicó anteriormente, a la luz de los artículos 5º y 10 de la Resolución 001016 de 1989 los exámenes médicos hacen parte del Programa de Salud Ocupacional para empresas y lugares de trabajo, cuya ejecución compete a patronos y empleadores. Por tanto, acertó el Ministerio al sancionar a la actora por haber sustituido a DISTRISALUD y a la AREONÁUTICA CIVIL en sus obligaciones como empleador al asumir la práctica de los exámenes de sus trabajadores y la asignación de los siguientes profesionales especializados en salud ocupacional: un Ingeniero Ambiental o Sanitario, Industrial, una Fisioterapeuta y un Psicólogo.

De lo anterior se desprende que para el cumplimiento de las mencionadas actividades, la ARP utilizó, o bien financió, estos servicios con dineros pertenecientes al Sistema General de Riesgos Profesionales, incurriendo

de esta manera en la vulneración de disposiciones de orden legal que prohíben destinar los dineros públicos para fines diferentes a los ya establecidos.

Quedó demostrado así con el informe rendido por el revisor fiscal de La Previsora, certificando que la ARP prestó los servicios de asesoría técnica y capacitación en las diferentes áreas de Salud Ocupacional, llevadas a cabo en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - Aerocivil en el aeropuerto Ernesto Cortissoz de Barranquilla, por la suma de \$9.000.000. De la misma forma, con los convenios suscritos por la ARP Previatop Vida S.A., con DISTRISALUD y la Aeronáutica Civil, de los cuales se corroboró que se acordó la realización de exámenes médicos a los trabajadores y la designación de personal especializado en salud ocupacional, para cada una de las empresas nombradas.

Por consiguiente, se probó el correcto ejercicio de la administración pública con la expedición de los actos acusados, fundamentados en las pruebas aportadas al proceso disciplinario, con aplicación de las normas constitucionales y legales existentes para la época de los hechos.

Por las razones anteriores considera la Sala que ciertamente, como lo señaló el Tribunal, La Previsora Vida S.A. no efectuó tarea probatoria para demostrar sus argumentos sobre la prestación de los servicios a algunas de sus empresas afiliadas y desvirtuar los cargos endilgados, circunstancias que fueron analizadas y valoradas en su etapa procesal, respetándole y garantizándole su derecho al debido proceso y defensa.

Así las cosas, infiere la Sala que la decisión adoptada por el a quo frente a los actos acusados, estuvo ajustada y fundamentada en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso, que condujeron a la certeza legal objetiva de la falta y de la responsabilidad de la entidad disciplinada. Los hechos en que se basó la acción están probados en la autoría de la conducta tipificada como infracción disciplinaria imputable a la ARP investigada.

Se impone en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A" administrando justicia en nombre de la republica y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil nueve (2009) proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda interpuesta por la Previsora Vida S.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO