COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/250/04

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/250/04
Expediente	—
Fecha	2004-01-22
Sala	Sala Laboral
Magistrado ponente	—
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Sistema General De Riesgos Profesionales
- Jurisprudencia De La Corte Constitucional Y De La Corte Suprema De Justicia En Materia Laboral

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: : Declarar inexequible la frase “El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales” , contenida en el inciso segundo del artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”.…

Texto completo

C-250-04 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia C-250/04 SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Desafiliación automática por el no pago de dos o más cotizaciones/ SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES - Desafiliación automática por incumplimiento del empleador SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Afiliación y deber de cotización del empleador SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Afiliación y cotización por empleador SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES - Distinción entre afiliación y cotización SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Identidad de criterios en jurisprudencia de las Cortes relativas al peligro de desprotección por desafiliación automática atendiendo incumplimiento del empleador JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA LABORAL -Coincidencia de criterios SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Inconstitucionalidad de desafiliación automática por incumplimiento del empleador en pago de cotizaciones SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Improcedencia de desafiliación automática por mora en pago de aportes por empleador/ SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES -Inconstitucionalidad de desafiliación estando vigente relación laboral y existiendo afiliación previa a una ARP La Corte Constitucional comparte lo que expresa la Sala Laboral sobre la improcedencia de la desafiliación automática al sistema de riesgos profesionales. Sin embargo, para la Corte Constitucional, la desafiliación al sistema de riesgos profesionales estando vigente la relación laboral y existiendo afiliación previa a una ARP, también es inconstitucional, pues, si se trata de una obligación entre el empleador y la ARP, en la que no es parte el trabajador, y, por el contrario, éste confía en que si existe una relación laboral, goza del amparo del riesgo profesional, de una parte, y de la otra, que es el Estado quien está

obligado a dirigir, controlar y vigilar el sistema, y a obligar a las administradoras y a los empleadores a cumplir sus obligaciones constitucionales. Es decir, el incumplimiento del que no es responsable el trabajador, no puede conducir a avalar de algún modo la posibilidad de que esta desafiliación se produzca.

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES- Asunción de riesgos por empleador por incumplimiento en el pago de cotizaciones Cuando las disposiciones legales establecen que los empleadores que incumplan con el pago de las cotizaciones al sistema de riesgos de salud asumen los riesgos de sus trabajadores, debe interpretarse en el sentido de que la ARP cubre los riesgos correspondientes y puede repetir contra el empleador por los costos que ha pagado al trabajador.

Referencia: expediente D-4924 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16, parcial, del Decreto ley 1295 de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.” Actora : Ana Velandia.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Bogotá, D. C., diez y seis (16) de marzo de dos mil cuatro (2004). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, la ciudadana Ana Velandia demandó parcialmente el artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.” Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA. A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada, tomado del Diario Oficial Nro. 41405, del 24 de junio de 1994. Se subraya lo demandado.

Decreto 1295 de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales Artículo 16. Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral, los empleadores deberán efectuar las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Riesgos Profesionales.

El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales.

Para la afiliación a una entidad administradora se requerirá copia de los recibos de pago respectivos del trimestre inmediatamente anterior, cuando sea el caso.

Parágrafo. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario base de cotización a cargo de cada uno de ellos.

III. LA DEMANDA. La demandante considera que se violan los artículos 2, 25, 13 y 48 de la Constitución. Explica el concepto de violación agrupándolo en los siguientes cargos :

a) Primer cargo : violación de los artículos 2 y 25 de la Constitución. Para la actora, la violación se presenta porque si Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, la disposición acusada permite que los trabajadores sean desafiliados automáticamente de las administradoras de riesgos profesionales, cuando el empleador no ha pagado la cotización correspondiente, por un período de dos meses, quedando el trabajador desamparado si en este tiempo sufre una enfermedad profesional o un accidente de trabajo. En este evento, el trabajador se verá privado del pago de las prestaciones que genere la incapacidad. Señala que no obstante que la disposición establezca que estos riesgos los asume el empleador, en la vida real esto no sucede.

Considera que la disposición en lugar de establecer la desafiliación del trabajador, debe señalar el cobro al empleador. b) El segundo cargo : violación del artículo 13 de la Carta. Señala que se viola el derecho a la igualdad de los trabajadores que se encuentran vinculados laboralmente con un empleador, cuando se establece una diferenciación para unos mismos supuestos de hecho.

Explica que en el sistema general de seguridad social en salud, en el que el trabajador y el empleador pagan conjuntamente la cotización en proporciones diferentes, de acuerdo con una decisión de la Corte Constitucional (sentencia C-800 de 2003), se estableció que no se podía suspender por mora patronal, la afiliación del trabajador dependiente estando vigente la relación laboral, pero, en el sistema de riesgos profesionales, en el que la cotización la paga en su totalidad el empleador, la disposición acusada establece que sí se puede desafiliar. Esto no guarda ninguna proporcionalidad, pues ambos sistemas deben garantizar la seguridad social.

Además, los trabajadores no se enteran si el empleador pagó la cotización, sólo cuando ocurre el accidente o la enfermedad profesional, se les informa que están desafiliados.

c) Tercer cargo : violación del artículo 48 de la Constitución. La violación se presenta porque la norma constitucional establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y la desafiliación impide que se cumpla este postulado. Considera que el trabajador debe permanecer afiliado y las administradoras de riesgos deben cobrar al empleador. Así se materializa este derecho.

IV. INTERVENCIONES. Intervinieron oportunamente los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, a través de apoderados, con el fin de defender la constitucionalidad de la norma demandada. Sus intervenciones se resumen así :

a) Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El doctor Gustavo Adolfo Osorio García señala que el Decreto ley 1295 de 1994, que regula el Sistema de Riesgos Profesionales como un sistema de aseguramiento obligatorio, desarrolla dos principios básicos del Sistema de Seguridad Social consagrados en la Ley 100 de 1993 : (1) se busca la mejor utilización de los recursos técnicos, administrativos y financieros, con el fin de que los beneficios se presten de manera oportuna, adecuada y eficiente; y, (2) es deber de los empleadores y trabajadores contribuir, de acuerdo con su capacidad, para atender las contingencias amparadas por la ley.

Pone de presente y transcribe las disposiciones concordantes con la norma acusada contenidas en el Decreto ley 1295 de 1994, como son : el literal e) del artículo 4, que establece la responsabilidad del empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de riesgos profesionales; el artículo 23 se reitera la responsabilidad del empleador de asumir los riesgos en caso de mora; el 91 señala la obligación y las consecuencias derivadas del no pago. Estas normas tienen en cuenta que los riesgos profesionales siempre sobrevienen por causa o con ocasión del trabajo prestado a un empleador. Es por ello que es el empleador el obligado a proteger a sus empleados de este tipo de eventos, y por ello, el llamado a cubrir las cotizaciones y primas, o los efectos económicos derivados de la necesidad de prestación del servicio de salud o del reconocimiento de prestaciones económicas en el evento en que no se hubieren realizado las cotizaciones en debida forma.

Señala que no es extraño a los principios constitucionales y legales que el legislador establezca como consecuencia del incumplimiento de los deberes del empleador, la asunción directa de los riesgos. Tales eventos están previstos tanto en materia de pensiones (pensión sanción), como en materia de salud (interrupción de las prestaciones a cargo de la EPS o desafiliación). Al respecto, la Corte se ha pronunciado en las sentencias C-177 de 1998 y C- 372 de 1998.

Además, el sistema de riesgos profesionales del Decreto ley 1295 de 1994 es un sistema de aseguramiento, en el que el cálculo actuarial realizado para establecer el valor de las cotizaciones tuvo en cuenta el costo de las prestaciones que eventualmente debe reconocer, lo que implica que debe estar financieramente en el período de tiempo contemplado. Es

decir “el cálculo actuarial realizado consideró que el empleador cotizaría mientras tuviera al trabajador a su cargo y se dieron dos meses de plazo con cobertura, en virtud de que la cotización se paga mes vencido, que le permiten al empleador regularizar su pago trasladando nuevamente la responsabilidad de los riesgos de sus trabajadores a la ARP.” (fl. 23) Cita y transcribe apartes de las sentencias C-453 de 2002 sobre la naturaleza del riesgo profesional y del incumplimiento del aporte para salud, en la sentencia C-177 de 1998.

En cuanto a los argumentos de la demanda, señala el interviniente : - Sobre la presunta violación de los artículos 2 y 25 de la Constitución, anota que según los principios de eficiencia e integralidad del sistema de seguridad social, es condición necesaria el pago de las cotizaciones, pues de lo contrario se pone en juego la estabilidad financiera de las instituciones, e incentivaría de manera indebida el incumplimiento de las responsabilidades a cargo de los empleadores. Cita el contenido de la sentencia T-661 de 2002. Además, el trabajador no se verá desprotegido con la desafiliación, pues el empleador está obligado a atender con sus propios recursos los efectos del riesgo profesional, cuando hubiere incumplido con el pago.

- En cuanto a la vulneración del artículo 13 de la Carta, pone de presente que la modulación de la Corte en la sentencia C-800 de 2003, que revisó el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, sobre la continuidad en la prestación de los servicios de salud cuando se han efectuado las retenciones ordenadas en la ley, se refirió sólo a los tratamientos en curso que estaba recibiendo el beneficiario, que no podrán ser suspendidos. Se trata de un asunto distinto al de la norma acusada, dado que en este caso la responsabilidad está en cabeza del empleador.

- Respecto del artículo 48 de la Carta, el interviniente señala que el ejercicio del derecho a la seguridad social está condicionado al cumplimiento de los deberes que haya dispuesto el legislador en cabeza de los distintos actores del sistema. Entonces, frente al deber de cotizar, existe la obligación en cabeza del empleador y si no lo hace, el trabajador sigue teniendo derecho a la seguridad social a cargo del empleador. Las restricciones impuestas por el legislador atienden su libertad de configuración y la necesidad de garantizar la eficiencia e integralidad del sistema.

b) Ministerio del Interior y de Justicia . La doctora Ana Lucía Gutiérrez Guingue explica que una vez efectuada la afiliación del trabajador, la aseguradora de riesgos profesionales es responsable del pago del siniestro, siempre y cuando el empleador no se encuentre en mora de más de dos cotizaciones periódicas. Si este es el caso, queda en cabeza del empleador la responsabilidad de cubrir con sus propios recursos los gastos que genere el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Afirma que la norma acusada no puede interpretarse literalmente, para darle una aplicación mecánica y lesiva de los derechos del trabajador, pues la ARP tiene a su disposición los medios jurídicos que le permiten hacer exigible el pago de las cuotas patronales.

Respecto de la alegada violación del derecho a la igualdad, recuerda la interviniente lo dicho por la Corte en la sentencia C-773 de 1998 sobre los diversos regímenes de seguridad social.

Señala que el artículo 53 de la Constitución garantiza el derecho al pago oportuno de las pensiones legales y sus ajustes periódicos, lo que obliga al empleador a efectuar la totalidad de la cotización al sistema de riesgos profesionales, como lo disponen los artículos 16 y 21 del Decreto ley 1295 de 1994.

La obligación de cotizar al sistema de riesgos profesionales está claramente determinada en los artículos 13 del Decreto ley 1295 de 1994, en el Decreto 1772 de 1994, artículo 2º y en la Ley 100 de 1993, artículo 161. Por ello, el ordenamiento jurídico ha previsto las consecuencias del incumplimiento patronal. En el artículo 115 del Decreto 2150 de 1995, que modificó el inciso primero del artículo 91, y el resto del artículo 91 y 92 del Decreto ley 1295 de 1994.

Cita también la sentencia T-143 de 1998 respecto de los medios jurídicos de las ARP para hacer exigible el pago de las cuotas patronales. Finalmente, la interviniente considera que el cumplimiento del artículo 48 de la Constitución garantiza la seguridad social como derecho irrenunciable y que los trabajadores no se encuentren desamparados ante una

contingencia. En el caso de incumplimiento, los trabajadores tienen mecanismos judiciales para obligar al empleador a cumplir con las cotizaciones.

c) Las intervenciones de la doctora Myriam Salazar Contreras del Ministerio de la Protección Social y la del ciudadano Carlos A. Gómez, coadyuvando la demanda, llegaron a la Corte extemporáneamente, vencido el término de fijación en lista. (fl. 76) V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El señor Procurador General de la Nación, en concepto Nro. 3464, de fecha 22 de enero de 2004, solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la expresión "la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales" contenida en el inciso segundo del artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994. Las razones se resumen así :

Como aclaración previa, el señor Procurador considera que los cargos de la actora se centran sólo en la expresión "la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales", por lo que el concepto se circunscribirá a ésta.

Se refirió a las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 100 de 1993, para regular lo correspondiente a la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales y al Decreto ley 1295 de 1994, que desarrolló estas facultades y reguló lo concerniente a la afiliación y a las cotizaciones.

Señala que no obstante que el Sistema General de Riesgos Profesionales forma parte del Sistema General de Seguridad Social Integral, no significa que sean iguales, ya que responden a diferente concepción y finalidad. En efecto, el Sistema General de Seguridad Social en salud corresponde a la consagración constitucional de garantizar el acceso al servicio público de salud a todos los habitantes del país. En cambio, el Sistema de Riesgos Profesionales deriva su existencia del trabajo, destinado a proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y de los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. De allí que las obligaciones financieras y de afiliación de los trabajadores al sistema las asume directamente el empleador, como una manera de redistribución de la riqueza que obtiene del trabajo, que es factor de producción. Su actividad es aseguradora, cubriendo contingencias en pensiones directamente y en salud, mediante contratación.

Estas diferencias permiten que el legislador desarrolle los sistemas de manera diversa, incluido lo correspondiente a las afiliaciones, sin que se viole el principio de igualdad.

En cuanto al cargo concreto respecto de presunta violación del principio de igualdad, expuesto por la demandante en relación con la no desafiliación de los trabajadores y sus beneficiarios en salud al Sistema General de Protección en Salud, por incumplimiento patronal, de acuerdo con la sentencia C-800 de 2003, lo que no ocurre en el Sistema General de Riesgos Profesionales como está previsto en el texto acusado, el señor Procurador sólo se refirió al contenido de esta sentencia.

Respecto de la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales, contemplada en la disposición acusada, el señor Procurador considera que es contraria al mandato constitucional del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Explicó lo siguiente :

"Esta figura de la desafiliación automática es contraria al mandato constitucional del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, porque no garantiza la seguridad social por riesgos profesionales como derecho irrenunciable del trabajador, ya que la ley le traslada a éste una carga que no tiene que soportar, porque la relación contractual incumplida se establece entre el empleador y la empresa administradora de riesgos profesionales.

Lo anterior, además de desconocer los principios de estabilidad laboral y buena fe y su consecuente de continuidad en la prestación del servicio de seguridad social en riesgos profesionales, resultan contarios a la función social de la propiedad y a la garantía a la seguridad social a cargo de las aseguradoras debido a que desamparan a los trabajadores en materia de

salud y prestaciones económicas, poniendo en riesgo su salud, integridad personal, vida y protección económica (indemnizaciones;

pensiones de invalidez y sobrevivientes). El hecho de que el incumplimiento en el pago de cotizaciones deje a cargo directamente del empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales, no es garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social del trabajador debido a las vicisitudes jurídicas, judiciales y económicas a que queda sometido éste para hacer efectiva y ejecutar tal responsabilidad, por la desigualdad imperante en la relación laboral. Esa medida opera más como sanción o mecanismo de repetición por la obligación financiera incumplida.

Lo anterior si se tiene en cuenta que financieramente la seguridad social es una unión de esfuerzos económicos que individualmente resultan muy difíciles o imposibles de asumir.

Por tales razones, el Ministerio Público solicitará a al Corporación declarar inexequible las desafiliación automática de los trabajadores del Sistema General de Riesgos Profesionales.

7.4 Ahora bien, jurídicamente los derechos empresariales de las administradoras de riesgos profesionales frente al incumplimiento contractual patronal de sus obligaciones de financiación tienen una serie de mecanismos que les permite hacer efectivo dichos derechos, tales como las acciones de cobro ejecutivas con sus intereses moratorios, sanciones (artículos 23, 91 y 92 del Decreto 1295 de 1994), y las de control a la evasión del sistema de seguridad social contempladas en la Ley 828 de 2003.” (fl.93) VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 5, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de acusaciones contra una disposición contenida en un decreto con fuerza de ley.

2. Lo que se debate. 2.1 Para la demandante, al establecer el inciso segundo del artículo 16 del Decreto 1295 de 1994 la desafiliación automática de los trabajadores por el no pago de dos o más cotizaciones al Sistema General de Riesgos Profesionales, y quedar a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales, viola el Estado social de derecho, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social, garantías contenidas en los artículos 2, 25, 13 y 48 de la Constitución.

Señala que la obligación de la cotización a las ARP es responsabilidad exclusiva del empleador, por ello no puede la norma acusada imponer que sea el trabajador el que asuma las consecuencias derivadas del incumplimiento que no es de su responsabilidad. La violación del principio de igualdad la explica la demandante al comparar lo que ocurre en esta materia en el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, en donde estando vigente la relación laboral, no puede haber desafiliación del trabajador ni de sus beneficiarios, en caso de la mora en la cotización por parte del empleador, asunto que fue examinado por la Corte en la sentencia C-800 de 2003.

Finalmente, la actora opina que la desafiliación automática viola el artículo 48 de la Constitución, pues, la disposición impone la desafiliación automática al Sistema de Seguridad Social, que es un derecho irrenunciable.

2.2 Los intervinientes se opusieron a esta demanda. Consideraron que no es extraño a los principios constitucionales que el legislador establezca como consecuencia específica del incumplimiento de las obligaciones del empleador, la asunción directa de los riesgos, como se ha pronunciado la Corte en la sentencias C-177 de 1998 y C-372 de 1998. Señalaron que es condición necesaria del Sistema de Seguridad Social el pago de las cotizaciones, de lo contrario se pone en juego la estabilidad financiera del mismo. En cuanto a la continuidad del servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social, en caso de mora en la cotización, analizado por la Corte en la sentencia C-800 de 2003, el contenido de esa disposición se refiere a un asunto distinto al ahora acusado, pues, se trata de la garantía de continuidad cuando al trabajador se le han efectuado las retenciones de ley. El interviniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público,

además puso de presente que el Sistema de Riesgos Profesionales es un sistema de aseguramiento, en el que el cálculo actuarial para establecer el valor de las cotizaciones tiene en cuenta el costo de las prestaciones que debe reconocer el sistema con sus probabilidades de ocurrencia, lo que justifica la existencia de la norma como está prevista. Además, se incentivaría el incumplimiento a cargo de los empleadores. Por su parte, la interviniente del Ministerio del Interior y de Justicia precisó que la norma demandada no puede ser interpretada literalmente, para darle aplicación mecánica y lesiva a los derechos del trabajador, pues las ARP tienen a su disposición los medios jurídicos para exigir el pago de las cuotas patronales.

2.3 El señor Procurador solicitó a la Corte declarar inexequible la expresión "la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos profesionales", contenida en la disposición acusada. Consideró que el Sistema General de Riesgos Profesionales no obstante formar parte del Sistema de Seguridad Social Integral no son iguales, ya que responden a distintas concepción y finalidad, sin embargo, al examinar el contexto del Sistema de Riesgos Profesionales, estima que es un servicio público, del que son responsables el Estado, los empleadores y los administradores de riegos profesionales, y no el empleado. Por ello, la figura de la desafiliación automática es contraria al mandato constitucional del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, porque le traslada al trabajador una carga que no está obligado a soportar. El hecho de que en caso de incumplimiento del empleador deje a cargo de éste la responsabilidad de asumir los riesgos profesionales no es garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social del trabajador, pues, queda sometido a las vicisitudes jurídicas para hacer efectiva tal responsabilidad.

2.4 Planteadas así las cosas, la Sala examinará si la desafiliación automática de los trabajadores al sistema de riesgos profesionales por incumplimiento del empleador, viola disposiciones constitucionales concernientes a la seguridad social y al trabajo en condiciones dignas y justas y el derecho a la igualdad.

3. Aclaración previa. Interesa en este proceso lo concerniente al sistema de riesgos profesionales como quedó regulado en la Ley 100 de 1993 y las facultades extraordinarias al ejecutivo para regular la administración de este sistema, que es el Decreto ley 1295 de 1994, donde se encuentra la disposición acusada.

Al respecto hay que precisar que el mencionado Decreto ley 1295 de 1994 "Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales", fue examinado recientemente por la Corte, en dos sentencias de fecha 12 de junio de 2002, así : (1) en la sentencia C-452 de 2002, se declararon inexequibles las disposiciones relativas a la organización del sistema de riesgos profesionales (las que tienen que ver con el régimen de las prestaciones), por exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias, pues, la delegación al ejecutivo se limitó al aspecto de la administración del sistema. En virtud de esta decisión de la Corte, el legislador expidió la Ley 776 de 2002 "Por la cual se dictan normas sobre organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos profesionales"; y (2) la sentencia C-453 de 2002, en la que la Corte analizó el sistema de riesgos profesionales en el régimen vigente de seguridad social y la noción de accidente de trabajo.

El artículo 16 del Decreto en mención no ha sido objeto de decisión constitucional y su contenido corresponde a administración del sistema, de acuerdo con lo explicado por la Corte en la sentencia C-452 de 2002, ya que se trata del tema de las cotizaciones.

4. Obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de riesgos profesionales y el deber de cotización en cabeza del empleador.

4.1 Las normas constitucionales relacionadas con el derecho al trabajo y a la seguridad social, consagran el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25); la garantía del trabajador de acceder a la seguridad social (art. 53); al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (art. 53); a la seguridad social como servicio público,

obligatorio, irrenunciable (art. 48); prestado por entidades públicas o privadas (art. 48); bajo la dirección, coordinación y control del Estado (art. 48).

El tema constitucional y legal de la protección social ha sido estudiado en innumerables oportunidades por esta Corporación, en especial desde la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que no es necesario retomar el tema en esta oportunidad.

4.2 Sobre los riesgos profesionales, el Decreto ley 1295 de 1994 definió el Sistema General de Riesgos Profesionales 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 ocurrir con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan (...)" (art. 1º) El objetivo de este sistema es prevenir, proteger y atender a los trabajadores cuando son víctimas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, para enfrentar las contingencias resultantes, entre ellas las incapacidades y las prestaciones.

El sistema es dirigido, orientado, controlado y vigilado por el Estado (art. 4º, literal a) Se entiende por accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Y por 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 determinado como enfermedad profesional por el gobierno nacional (artículos 9 y 11 del decreto 1295 de 1994).

De otro lado, resulta importante precisar que las contingencias aseguradas por el empleador son de dos clases : prestaciones asistenciales y prestaciones económicas.

Las Prestaciones Asistenciales consisten en el derecho de todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, según el caso, a recibir :

a) Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica. b) Servicios de hospitalización. c) Servicio odontológico. d) Suministro de medicamentos.

e) Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento. f) Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición sólo en caso de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende.

g) Rehabilitaciones físicas y profesional. h) Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios. (art. 5 del Decreto ley 1295 de 1994) En cuanto a las Prestaciones Económicas , el artículo 7 del mismo Decreto señala que todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas :

a) Subsidio por incapacidad temporal. b) Indemnización por incapacidad permanente parcial. c) Pensión de invalidez. d) Pensión de sobrevivientes.

e) Auxilio funerario. 4.3 El sistema está concebido sobre la base de que la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema de riesgos profesionales corresponde al empleador, que lo hace en la ARP de su preferencia, pues, la afiliación tiene por finalidad liberarlo del pago de los riesgos laborales : prestaciones asistenciales y económicas, a las que se acaba de aludir. Esta obligación se origina en el hecho de que los riesgos son creados por el empleador y nacen de la existencia de la relación laboral.

En la sentencia C-543 de 2002, la Corte se refirió a la teoría del riesgo creado que el legislador adoptó en esta materia. Explicó esta sentencia :

“Ahora bien, como lo recuerda el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el Sistema de riesgos profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que 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 [1] .

Actualmente la Ley con el propósito de proteger a los trabajadores de las contingencias o daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, ha impuesto la obligación a los empleadores de trasladar ese riesgo a entidades especializadas en su administración, mediando una cotización a cargo exclusivamente del empleador [2] y ha determinado claramente las prestaciones a las que tendrán derecho los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional [3] .

En ese orden de ideas las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, bajo un esquema de aseguramiento,- en el que las cotizaciones o primas, que el empleador entrega al sistema por cada uno de los trabajadores afiliados, generan una mutualidad o fondo común, con el cual se financian las prestaciones anotadas - , deben ocuparse de brindar a los trabajadores la prestación de los servicios de salud que requieran, así como asumir el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas establecidas en el Decreto Ley 1295 de 1994 –incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario -, al tiempo que deben realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales, y promover y divulgar programas de medicina laboral, higiene industrial, salud ocupacional y seguridad industrial [4] .” (sentencia C-453 de 2002, MP, doctor Alvaro Tafur Galvis) 4.4 Siendo consecuente con el debido entendimiento de la naturaleza de los riesgos profesionales, resulta apenas lógico que también sea el empleador el único responsable de pagar las cotizaciones correspondientes.

Cabe anotar que el deber de cotizar por parte del empleador ha estado previsto de tiempo atrás en las normas laborales. Por tal razón, el artículo 139, numeral 11, de la Ley 100 de 1993, al revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar las normas necesarias para organizar la administración del sistema general de riesgos profesionales, señaló expresamente que “ la cotización continuará a cargo de los empleadores ”.

4.5 Entonces, de lo hasta aquí dicho, las obligaciones de afiliación y de cotización al sistema de riesgos profesionales son asuntos que conciernen al empleador y son de su resorte cumplir con tales obligaciones.

5. Diferencias entre los conceptos de afiliación y cotización. Si bien las obligaciones de afiliar a los trabajadores al sistema de riesgos profesionales y el pago de la cotización al sistema están en cabeza de los empleadores, esto no quiere decir que son conceptos iguales.

No se puede confundir los conceptos de afiliación y cotización. El Decreto ley 1295 de 1994 diferencia un evento del otro, así : 5.1 El artículo 12 señala la afiliación obligatoria desde la relación laboral de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Y prevé que puede haber afiliación voluntaria de los trabajadores independientes.

Consagra este mismo artículo que la afiliación por parte de los empleadores se realiza “mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación y la aceptación por la entidad administradora” 5.2 En cambio, el concepto de cotización en el sistema de riesgos profesionales, de acuerdo con los artículos 15 y siguientes del mismo Decreto, hace relación con las tarifas periódicas que debe pagar el empleador a la respectiva ARP y que se fijan a cada empresa, de acuerdo con la actividad económica, el índice de lesiones incapacitantes y el cumplimiento de las políticas y la ejecución de los programas sobre salud ocupacional.

5.3 Es decir, para la afiliación al sistema de riesgos profesionales se deben surtir los siguientes pasos : (1) la existencia de la relación laboral; (2) el diligenciamiento por parte del empleador de un formulario de afiliación; (3) la aceptación de

la entidad administradora del riesgo; y, (3) el pago de las cotizaciones. Por consiguiente, la desafiliación también debe estar precedida de determinadas actuaciones mínimas con connotaciones jurídicas : (1) la terminación de la relación laboral; y (2) la información inmediata del empleador a la ARP de tal circunstancia, para que se produzca la desafiliación correspondiente. Pues, recuérdese el viejo principio en derecho de que “las cosas se deshacen como se hacen.” El incumplimiento en la obligación de afiliar acarrea al empleador drásticas sanciones económicas, previstas en la ley, como es asumir directamente el riesgo del siniestro que se presente.

5.4 La mora en el pago de las cotizaciones es un tema económico, que implica un grave incumplimiento de las obligaciones del empleador, que debe ser drásticamente sancionado, pero dentro de las partes involucradas : el empleador incumplido y la ARP acreedora, mediante un procedimiento sancionatorio sujeto al control y vigilancia del Estado (art. 48 de la Carta).

5.5 Si son distintos los actos de afiliación y la cotización, son distintas sus consecuencias jurídicas. No es lo mismo incumplir la obligación de afiliar al sistema de riesgos profesionales a los trabajadores por parte del empleador, que tenerlos afiliados pero ponerse en mora en el pago de las cotizaciones.

De allí que confundir los conceptos afiliación y mora en la cotización puede producir situaciones injustas para el trabajador y, por esta vía, desconocer la garantía de la continuidad en la seguridad social, como derecho irrenunciable.

Este tema fue recientemente estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-800 de 2003, en la que la Corporación profundizó, agrupó y sistematizó la jurisprudencia que sobre este tema de la continuidad del servicio público en salud se había proferido, concluyendo, entre otros puntos, lo siguiente :

3.3.5. En conclusión, la jurisprudencia constitucional con base en el principio de continuidad del servicio público de salud y en la distinción que existe entre la relación de la EPS con el empleador y la relación de la EPS con el empleado, ha garantizado que una persona continúe recibiendo un servicio médico específico (tratamiento o medicamento) que sea necesario para proteger principalmente sus derechos a la vida y a la integridad. La protección efectiva de estos derechos fundamentales lleva al juez de tutela a impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.

En virtud del principio de continuidad del servicio público, cualquier tipo de afectación del derecho a acceder a los servicios de salud de una persona, debe ser producto de un debido proceso básico. Por lo tanto, una vez la EPS constituya en mora al empleador incumplido, deberá notificar este hecho a los respectivos afiliados para que conozcan la situación y las consecuencias jurídicas que podría acarrear, de tal suerte que puedan colaborar con los órganos del Sistema de Salud encargados de corregir esta irregularidad. Además, el principio constitucional de participación fue desarrollado por la ley consagrándose a la vez el deber y la responsabilidad de participar en el control y la vigilancia del Sistema de Salud.

[5] ” (sentencia C-800 de 2003, MP, doctor Manuel José Cepeda Espinosa) 5.6 Aunado a lo anterior, el artículo 23 del Decreto ley 1295 de 1994 prevé las acciones de cobro en el evento de la mora en el pago de los aportes por el empleador. Asunto contemplado en el artículo 17 del Decreto 1772 de 1994, que reglamentó el 1295, donde se estipulan los intereses de mora. Lo que jurídicamente se entiende como que la aceptación del pago tardío de cotizaciones, supera el estado de mora por parte del acreedor. Es decir, se purga el incumplimiento.

Ahora debe examinarse, bajo los criterios esbozados, el contenido de la disposición acusada. 6. Contenido de la disposición demandada y lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, cuando se ha debatido la desafiliación establecida en la norma.

6.1 El primer inciso del artículo 16 del Decreto 1295 de 1994 establece que durante la vigencia de la relación laboral, los empleadores deberán efectuar las cotizaciones obligatorias al sistema de riesgos profesionales.

El segundo inciso, en lo acusado establece “El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales.” También señala la disposición que para la afiliación a una ARP se requerirá copia de los recibos de pago del trimestre anterior. Y, finalmente, el parágrafo consagra la situación del trabajador afiliado que perciba salario de dos o más empleadores, en cuyo caso las cotizaciones se efectuarán en forma proporcional al salario base a cargo de cada uno de ellos.

Los temas de la obligatoriedad de la afiliación contenida en el inciso primero, la entrega de los últimos recibos y la situación del trabajador afiliado que perciba salario de dos o más empleadores, como lo establece el parágrafo, no fueron objeto de esta demanda.

Sin embargo, en el examen correspondiente habrá que tenerlos en cuenta, pues, como es bien sabido, cuando se demanda parcialmente una disposición, la Corte no puede aislarla del contenido del resto del artículo en donde está incluida, aunque no haya sido objeto de acusación.

6.2 Retomando el contenido de la parte demandada, se tiene que el incumplimiento de dos o más cotizaciones periódicas por parte del empleador durante la relación laboral al sistema de riesgos profesionales implica : (1) las sanciones legales al empleador; (2) la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos profesionales; y (3) queda a cargo del empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales.

6.2.1 Al respecto hay que señalar que la primera consecuencia del incumplimiento : imponer al empleador drásticas sanciones en caso de mora en el pago de las cotizaciones no es una facultad del legislador sino una obligación, de naturaleza constitucional, consagrada en el artículo 48 de la Carta, que establece que la Seguridad Social estará bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado. En el caso del incumplimiento en las cotizaciones está en juego no sólo la sostenibilidad del sistema general de seguridad social, y, en particular el de riesgos profesionales, en razón de que el sistema está apoyado en el recaudo oportuno los dineros por cotización, sino que se ponen en peligro las prestaciones de los trabajadores, pues en la medida en que las entidades cuenten con los recursos económicos suficientes, destinados a suministrar las prestaciones asistenciales y económicas integrales a los trabajadores, y para las campañas de prevención de accidentes, redundará en ellos la debida prestación integral que requieren en caso de un siniestro.

Resulta, entonces, obvio que el legislador contemple severas medidas en caso de incumplimiento del empleador y que estas sanciones recaigan en el incumplido.

Como lo ha señalado la Corte : “Si se presenta la evasión de responsabilidades de quienes tienen capacidad económica para colaborar con la financiación del sistema de seguridad social, se pone en peligro el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Cabe recordar que, según lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución, las personas deben actuar conforme al principio de solidaridad social y deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, conforme a los conceptos de justicia y equidad.” (sentencia T-259 de 2000) 6.2.2 Pero no resulta igual de evidente que en el caso del incumplimiento del empleador, recaiga en el trabajador una consecuencia de inmensa trascendencia para él, como es la desafiliación automática del Sistema de Riesgos Profesionales, lo que implica que el trabajador, ante el siniestro, sólo puede reclamar del incumplido empleador las prestaciones asistenciales y económicas a que tiene derecho. En estos eventos, el trabajador corre el riesgo de no ser debida y oportunamente socorrido, al ocurrir la contingencia y quedar ante el riesgo del desamparo, si el empleador está insolvente o pueda llegar a estarlo. Aunado al hecho de que deba acudir, en la mayoría de los casos, a instancias judiciales para obtener el reconocimiento de sus derechos.

6.3 De otro lado, con el fin de evidenciar la debilidad e incoherencia que plantea la desafiliación automática consagrada en la norma acusada, que más bien la ubica en el plano de la disuasión por la sanción al empleador, lo constituye el caso previsto en el parágrafo del artículo 16 acusado. En efecto, allí se establece que "en aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario base de cotización a cargo de cada uno de ellos." Entonces, surge la pregunta ¿qué pasa cuando sólo uno de los empleadores incumple la cotización? ¿queda el trabajador afiliado y a su vez desafiliado del sistema? No puede haber una respuesta jurídica ni lógica a esta situación.

6.4 Como es fácil suponer, el tema de la desafiliación automática del sistema de riesgos profesionales, contenido del artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994, ha sido tratado en anteriores oportunidades, tanto por la justicia ordinaria laboral por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como en acciones de tutela por la Corte Constitucional. Sin embargo, en acción de inconstitucionalidad no ha habido pronunciamiento por parte de esta Corporación.

7. Criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y de la Corte Constitucional, respecto de la aplicación automática de la desafiliación al sistema de riesgos profesionales.

7.1 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha fijado su jurisprudencia en el sentido de que aunque el artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994 no lo establezca, la desafiliación automática de los trabajadores y del empleador incumplido debe estar precedida de la información correspondiente al empleador y al trabajador, por parte de la ARP, dada la severidad de las consecuencias que implica para ambos la desafiliación.

Ha señalado, también, que esta desafiliación perjudica en modo especial al trabajador destinatario de la seguridad social, dado que ante un siniestro podía quedar en el desamparo por la insolvencia actual o futura del empleador.

Resulta, entonces, importante para la decisión que la Corte adoptará, transcribir los apartes de dos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que fija la interpretación del artículo 16 acusado sobre la desafiliación automática al sistema de riesgos profesionales.

7.1.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 17118, del 5 de marzo de 2002, MP. Dr. Francisco Escobar Henríquez : "El artículo 16 del Decreto 1295 de 1994, prevé la obligatoriedad de las cotizaciones al sistema general de riesgos profesionales a cargo del empleador y frente a la mora de su pago establece:

"..El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del sistema general de riesgos profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales. Para la afiliación a una entidad administradora se requerirá copia de los recibos de pago respectivos del trimestre inmediatamente anterior, cuando sea el caso".

En el mismo sentido se expidió el artículo 10° del Decreto 1772 de 1994, reglamentario de la afiliación y las cotizaciones al sistema, con la diferencia de que dispone que la mencionada desafiliación automática del sistema general de riesgos profesionales será "..de acuerdo con el reglamento de afiliación y cobranzas de la correspondiente entidad administradora..".

Con fundamento en las mencionadas disposiciones, el Tribunal consideró que la mora en el pago de los aportes produce de pleno derecho la desafiliación del sistema, al paso que para el recurrente se requiere de un acto de la entidad administradora del cual se informe debidamente al afectado.

Pues bien, en torno al asunto la Sala ya definió en sentencia de noviembre 2 de 2001, radicación 16344, que esta modalidad de desafiliación mal puede entenderse forzosa o inexorable para las entidades administradoras, ya que éstas, según las circunstancias, tendrán la posibilidad legal de condonarla, tomando en consideración las particularidades de

cada caso, máxime que poseen la alternativa de adelantar las acciones de cobro en los términos del artículo 23 del aludido Decreto 1295 de 1994, disposición que respalda a las gestoras de los riesgos profesionales para que en el evento de que si, atendiendo las razones o justificaciones que encuentren en la respectiva situación, optaren por mantener la afiliación, en todo caso les asista el derecho de cobrar las cotizaciones pendientes con los intereses de mora, conforme lo establece el Decreto Reglamentario 1772 de 1994, artículo 17, de forma que en principio su patrimonio no sufriría desmedro.

Así las cosas, frente al hecho de las cotizaciones en mora, las ARP deben definir si se acogen a la desafiliación automática y en caso afirmativo comunicarlo así al empleador y al afiliado a fin de que conozcan el hecho y asuman las graves consecuencias del mismo. Y es que aún cuando la norma no contempla expresamente éste procedimiento, debe entenderse inherente a su preceptiva, en desarrollo de garantías constitucionales como el derecho de defensa e igualmente de los principios y finalidades propias de la Seguridad Social como sistema y como derecho individual irrenunciable.

En efecto, se advierte en primer lugar que la desafiliación automática implica una drástica sanción al patrono, quien deberá asumir el riesgo profesional de su empleado, fuera de que en cualquier caso ha de responder por las cotizaciones pendientes y soportar eventuales medidas administrativas.

Pero debe entenderse también y ello es lo más grave que el hecho perjudica en modo especial al trabajador destinatario de la Seguridad Social excluido del sistema, dado que ante un siniestro podría quedar en el desamparo por la insolvencia actual o futura del empleador.

Así las cosas, frente a una medida sancionatoria tan rigurosa lo mínimo que se impone para que pueda ser jurídicamente eficaz es que los afectados se enteren de ella en forma adecuada, a fin de que den las explicaciones que estimen necesarias, formulen objeciones o en general adopten las medidas conducentes a remediarla. Pues no es aceptable, verbigracia, que el afiliado conozca su desprotección ante el siniestro, cuando la administradora le niegue los derechos que reclame, o, lo que es peor, no se entere nunca debido a su muerte, y los familiares derecho habientes se vean en una situación de desamparo o de litigio.

Adicionalmente a las anteriores observaciones y desde otra óptica, importa considerar que si las administradoras siguen percibiendo cotizaciones una vez detectada la mora o no las devuelven en un plazo prudencial, enterando debidamente a los interesados de la decisión de acogerse a la desafiliación automática, es dable presumir que prefirieron sanear la situación y dejar vigente la afiliación, sin perjuicio de las acciones de cobro arriba referidas.

En suma, el entendimiento puramente textual que acoge el Tribunal en este caso no corresponde al verdadero sentido del precepto, de ahí que el cargo sea próspero y se anulará la sentencia recurrida.” 7.1.2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación 19172, de fecha 6 de diciembre de 2002, MP, doctora Isaura Vargas Díaz. En esta sentencia, la Sala de Casación Laboral reitera lo expresado en la providencia del 5 de marzo de 2002, así :

“Sin embargo, precisa la Corte que aún de concluirse hipotéticamente que la empleadora de MANCHABAJOY incurrió en mora en el pago de las cotizaciones al sistema de riesgos profesionales por los meses de febrero y marzo de 1997, ello no traería como consecuencia inexorable su desafiliación automática del sistema y la correspondiente asunción de la responsabilidad en la cobertura por esa empleadora, pues, como lo ha explicado en otras oportunidades, la ausencia del pago en dos o más períodos de cotización no genera automáticamente la desafiliación al sistema por no ser esta forzosa y que si una vez detectada la mora, una entidad Administradora de Riesgos Profesionales continúa recibiendo cotizaciones y no las devuelve en un plazo prudencial, enterando a los interesados de la desafiliación automática, puede presumirse que saneó la situación y dejó vigente la afiliación.

Así lo precisó en la sentencia del 5 de marzo de este año, radicado 17118, a la que pertenecen los siguientes apartes: (...)" 7.2 A su vez, la Corte Constitucional, como se dijo, examinó el tema de la desafiliación automática del sistema de riesgos profesionales ante el incumplimiento del empleador. En la sentencia T-751 de 1998, señaló que al contenido del artículo 16 acusado, no se le puede dar una interpretación mecánica y lesiva de los derechos del trabajador. Además, el trabajador nunca fue informado de la desafiliación de que había sido objeto.

Dijo esta providencia : "En cuanto a la mora en el pago de los aportes, según el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno de las pensiones legales y a sus reajustes periódicos, por tal razón, se obliga al empleador a efectuar la totalidad de la cotización al sistema general de riesgos profesionales (artículo 16 y 21 del decreto 1295 de 1994). En caso de que suceda el riesgo por accidente de trabajo o por enfermedad profesional, la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado el trabajador, será responsable del pago de las prestaciones correspondientes. Una vez se efectúe la afiliación del trabajador, la entidad que asume los riesgos profesionales es responsable del pago del siniestro, siempre y cuando el empleador no se encuentre en mora de más de dos cotizaciones periódicas (artículo 16 decreto 1295 de 1994), regla ésta que no ha de ser interpretada literalmente para darle una aplicación mecánica y lesiva de los derechos del trabajador, puesto que la entidad administradora, tiene a su disposición los medios jurídicos que le permiten hacer exigible el pago de las cuotas patronales, y no puede excusarse del pago de una prestación cuando el trabajador no se ha desafiliado del sistema.

(Sentencia T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-143 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero) De acuerdo con el material probatorio a folio 35 se observa que la Empresa Asesorías e Inventorias Ltda, incurrió en mora en el pago de los aportes al Instituto. Sin embargo, éste jamás le informó sobre la desafiliación del actor y recibía los pagos junto con los intereses moratorios correspondientes, razón por la que, reiterando la jurisprudencia de la Corte Constitucional al resolver este tipo de conflictos en los que resulta involucrado el patrono por su desidia o incumplimiento, esta Corporación ha estimado que el objetivo principal es la protección al trabajador puesto que éste no puede asumir las consecuencias negativas de una omisión ajena (vr.

Gr. Sentencia T- 382 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo) Con fundamento en las anteriores consideraciones habrá de revocarse el fallo proferido por el Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín que confirmó el fallo del Juez Treinta y Seis Penal Municipal de Medellín mediante el cual se denegó el amparo de los derechos invocados por el actor y, en su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez de una persona disminuida físicamente, sin perjuicio de que, si existiera controversia, ella se decidida ante la Jurisdicción Ordinaria." (sentencia T-751 de 1998, MP, doctor Alfredo Beltrán Sierra) 7.3 Debe precisarse que la Corte Constitucional en otras providencias de tutela, ha hecho la diferencia entre la mora en la cotización y la no afiliación a una ARP, como asuntos que implican consecuencias diferentes, En efecto, en la sentencia T-993 de 2002, la Corte protegió al trabajador cuyo empleador no lo había afiliado al sistema de riesgos profesionales, por ello, la orden la dirigió directamente contra el empleador que incumplió el deber constitucional y legal de afiliación, dado que antes de ocurrido el siniestro, el trabajador no estaba afiliado a la ARP. En la sentencia T-204 de 2000, esta Corporación examinó la obligación que tiene la EPS en la cual se encuentre inscrito el afiliado, de prestar la atención inmediata e integral al trabajador cuando se presenta el siniestro, y el derecho que le asiste a la EPS de solicitar a la ARP el reembolso correspondiente, todo ello encaminado a facilitar la atención inmediata del paciente, sin que medien discusiones sobre en cabeza de quién cabe la obligación.

7.4 Finalmente, la Corte Constitucional ha examinado el principio de la confianza legítima en la relación trabajador y empleador, que en el caso que se estudia adquiere importancia en virtud de que la obligación de la afiliación y cotización está en cabeza del empleador, y, por ello, el trabajador puede no enterarse de lo que sucede con ellas, sino que supone que está debidamente protegido en sus derechos. Señaló en la sentencia T-005 de 1995 lo siguiente :

“4. La confianza es un elemento esencial en las relaciones entre los individuos. Sin ella se desmoronan las condiciones básicas de cooperación y respeto que requiere una vida colectiva pacífica. Defraudar esta confianza tiene implicaciones graves en la articulación de las prácticas sociales. Esto sucede de manera especial cuando se trata de una relación de subordinación, como es el caso de los trabajadores respecto de sus empleadores.

La confianza que el trabajador deposita en su empleador y en las condiciones laborales que lo vinculan con la empresa crea un sentido de seguridad y estabilidad que resulta esencial. El empleador que no paga, no sólo incumple una obligación legal, también destruye la confianza que se había establecido con su empleado. La importancia de la buena fe ha sido definida por la Corte en los siguientes términos:

"En el artículo 83 de la CP se contiene, pues, una verdadera y autónoma regla de conducta que trasciende la simple interpretación de la ley y el puro dato sicológico. A dicho patrón objetivo de conducta - principio de orden público -, deben sujetarse los particulares y las autoridades públicas, sin excepción, so pena, de ver comprometida su responsabilidad patrimonial (CP art. 90). El Estado social de derecho, fundado en la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general (CP art. 1), no es concebible por fuera de una conducta social y pública inspirada en una moral activa y solidaria a la cual se subordina la eficacia jurídica cuando ella es flagrantemente desconocida. La norma de la Constitución deliberadamente atrae hacia sí un sinnúmero de acciones públicas y privadas. En realidad, su designio es el de valorizar el elemento ético de la conducta de los sujetos y de los agentes del Estado.

Los postulados de la buena fe se diferencian de otras reglas jurídicas, en cuanto no tienen un contenido típico y preestablecido, sino que éste es el que resulta de las circunstancias concretas relativas a la formación y ejecución de las diferentes relaciones que tienen relevancia para el derecho y que reclaman, de los sujetos que en ellas intervienen, un mínimo de recíproca lealtad y mutua colaboración con miras a preservar los intereses legítimos y alcanzar las finalidades merecedoras de tutela jurídica, para lo cual se precisan comportamientos positivos u omisivos que así no sean formalmente prescritos se imponen si aquellos seria y honestamente persiguen una determinada situación o efecto jurídico. Cobra pleno sentido, a este respecto, la afirmación del Constituyente, que se reitera: 'No se trata ya meramente de un principio de integración e interpretación del derecho aplicable, sino de un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas' (Sentencia T-231 de 1994) [6] ".

En algunos casos, la buena fe protege a quien ha obrado en virtud de una apariencia engañosa. No sería justo dejar desprotegido a quien ha desarrollado su actividad de acuerdo con esa apariencia. En el caso sub judice , una solución justa no puede desatender la percepción de la realidad - determinada por el pago que la empresa hacía del servicio médico - que tenía la peticionaria y que no depende de la realidad estrictamente jurídica que pueda resultar de una definición judicial.” (sentencia T-005 de 1995, MP, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz) Este sentido constitucional del principio de la confianza legítima en las relaciones trabajador – empleador ha sido reiterado en otras oportunidades por esta Corporación.

7.5 De acuerdo con las jurisprudencias aludidas, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, se puede concluir que existe identidad de las Corporaciones sobre el peligro de desprotección en que se encuentra el trabajador si se aplica literal y mecánicamente el contenido del artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994. Ambas Cortes al adoptar la decisión correspondiente, han tenido como criterio conductor la protección de los derechos del trabajador, en cuanto a las prestaciones asistenciales o económicas, en razón de que éste no está obligado a soportar las graves consecuencias del incumplimiento del empleador, pues, están de por medio los principios de rango constitucional relativos al derecho al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, entre otros derechos.

Además, puede quedar desprotegido ante una insolvencia actual o futura del empleador. Aunado a lo anterior, se encuentra el hecho de que la propia ley prevé la aceptación del pago tardío de cotizaciones, lo que se entiende como que

se supera el estado de mora por parte del acreedor.

8. Examen de los cargos de la demanda. Decisión a adoptar. Ahora, desde la óptica de los cargos expuestos por la demandante : violación al Estado social de derecho y al trabajo en condiciones dignas y justas; violación del derecho a la igualdad en relación con lo previsto en la mora del empleador cuando se trata de los aportes en la seguridad social, caso en el cual no se produce la desafiliación, contrario a lo que prevé la norma acusada; y, la violación del artículo 48 de la Carta en cuanto a la seguridad social como un derecho irrenunciable, aunque aparentemente se trata de 3 cargos diferentes, realmente se trata de uno solo que se puede resumir en el siguiente: la mora en el pago de las cotizaciones al sistema general de riesgos profesionales, obligación que es del exclusivo resorte del empleador, no puede implicar la desafiliación automática del trabajador al sistema, y como la norma así lo contempla, se violan las disposiciones constitucionales señaladas por la demandante : artículos 2, 25, 13 y 48 de la Constitución.

Al respecto, de acuerdo con todo lo expuesto en los puntos anteriores, le asiste razón a la actora sobre la inconstitucionalidad de la norma en lo que respecta a la desafiliación automática que sufre el trabajador por causa de una conducta incumplida en la que no ha sido partícipe, de la que no tenía conocimiento y que está por fuera de su control enmendar. Es injusta y desproporcionada. Además, desconoce el principio de la confianza legítima en la relación trabajador – empleador, en el sentido expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la garantía de la continuidad en la prestación del servicio público de salud, tal como lo examinó la Corte en la sentencia C-800 de 2003.

De otro lado, como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia, queda además comprometido el derecho fundamental al debido proceso, artículo 29 de la Carta, pues se trata una decisión impuesta sin que las partes hubieren tenido la oportunidad de saberlo o de oponerse.

Desde este punto de vista el cargo general prospera, porque viola los artículos 5, 29 y 48 de la Constitución. Pero ¿cuál será la decisión a adoptar? Teniendo en cuenta que tal como está previsto en el artículo 16 en la parte acusada, existe afiliación al sistema de riesgos profesionales, pero el empleador está en mora en las cotizaciones, asuntos que no se pueden confundir, como se explicó en un punto anterior.

Para el señor Procurador, la Corte debe declarar la inexequibilidad de la frase “la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales”. Sin embargo, esta posibilidad tiene el inconveniente de dejar el resto del artículo ininteligible, pues se leería así : “El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales. Para la afiliación a una entidad administradora se requerirá copia de los recibos de pago respectivos del trimestre inmediatamente anterior, cuando sea el caso.” Por consiguiente, esta declaración no es la que procede.

La otra posibilidad es la que plantea la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, consiste en que antes de que la ARP proceda a la desafiliación, la propia administradora del riesgo debe definir si se acoge a la desafiliación automática cuando el empleador está en mora, y si es así, debe comunicarlo al empleador y al trabajador, con el fin de que conozcan el hecho y asuman las graves consecuencias del mismo. Considera la Sala Laboral que este procedimiento aunque no está contemplado en el artículo 16 acusado, debe entenderse inherente al mismo, en desarrollo de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a los principios de la seguridad social como un derecho irrenunciable.

Es decir, para la Corte Suprema de Justicia no debe aplicarse la disposición en su sentido literal, ni permitiendo la desafiliación automática.

La Corte Constitucional comparte lo que expresa la Sala Laboral sobre la improcedencia de la desafiliación automática al sistema de riesgos profesionales. Sin embargo, para la Corte Constitucional, la desafiliación al sistema de riesgos profesionales estando vigente la relación laboral y existiendo afiliación previa a una ARP, también es inconstitucional, pues, como se ha dicho, si se trata de una obligación entre el empleador y la ARP, en la que no es parte el trabajador, y,

por el contrario, éste confía en que si existe una relación laboral, goza del amparo del riesgo profesional, de una parte, y de la otra, que es el Estado quien está obligado a dirigir, controlar y vigilar el sistema, y a obligar a las administradoras y a los empleadores a cumplir sus obligaciones constitucionales. Es decir, el incumplimiento del que no es responsable el trabajador, no puede conducir a avalar de algún modo la posibilidad de que esta desafiliación se produzca.

De otro lado, no obstante que esta Corporación también comparte la preocupación de la Sala Laboral en cuanto adecuar un procedimiento para esta situación, en especial, obligando a informar previamente al empleador y al trabajador sobre la situación del incumplimiento y la desafiliación que se producirá, pero no obstante dicha información previa, conduce a preguntarse la Corte Constitucional ¿qué puede hacer el trabajador en este caso para impedir su desafiliación? ¿si el siniestro se presenta, estando vigente la relación laboral, la información previa de desafiliación al trabajador, cambiará en algo la desprotección en que se encontrará, al acudir a la ARP y comprobar que ya no está afiliado? Esto demuestra que no es este el camino constitucional adecuado.

Esto lleva a la Corte a señalar que lo procedente en este caso es declarar la inexequibilidad de toda la expresión demandada “El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales.” Esta declaración de inexequibilidad no se aplica obviamente a la situación del empleador que no ha hecho la afiliación previa a una ARP de sus trabajadores, como se señaló. Tampoco significa que el empleador moroso quede exento de las sanciones que acarrea este hecho, pues, son otras las disposiciones del mismo Decreto las que contienen el procedimiento a seguir para el caso de la mora en el pago del empleador al sistema de riesgos profesionales. Ni puede, mucho menos, entenderse que no queda obligado a asumir la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales, pues, la ARP puede repetir contra el empleador morosos por los gastos que ha pagado al trabajador con ocasión del siniestro. Y en este sentido diversas disposiciones de la Ley 100 de 1993, de la Ley 828 de 2003 y del propio Decreto1295 de 1994 y sus decretos reglamentarios, así consagran esta acción de repetición.

Es decir, que cuando las disposiciones legales establecen que los empleadores que incumplan con el pago de las cotizaciones al sistema de riesgos de salud asumen los riesgos de sus trabajadores, debe interpretarse en el sentido de que la ARP cubre los riesgos correspondientes y puede repetir contra el empleador por los costos que ha pagado al trabajador.

Además, la Ley 828 de 2003 “por la cual se expiden normas para el control de la evasión al sistema de seguridad social”, consagró medidas más severas para quienes incumplan entre otras obligaciones, el deber de cotizar oportunamente al sistema de protección social.

En relación con el supuesto riesgo, sobre el riesgo planteado por uno de los intervinientes, de que con la declaratoria de inexequibilidad se incentivaría el incumplimiento a cargo de los empleadores, la Corte respecto de una objeción semejante, en la sentencia C-800 de 2003, explicó que no se trata de aminorar las cargas del empleador incumplido, y citó el contenido de disposiciones de la Ley 828 antes mencionada.

Finalmente, observa la Corte que la asunción de los riesgos profesionales por el Sistema General de Riesgos Profesionales, no es asunto que se deba considerar desde el punto de vista económico de manera particular e individual, pues precisamente por tratarse de un riesgo de carácter social, su incidencia financiera obedece a cálculos actuariales de índole matemática, en los que se tiene en cuenta no sólo el número general de trabajadores afiliados al sistema, sino la probabilidad de los siniestros para socializar el riesgo y evitar responsabilidades individuales de los empleadores, con lo cual se benefician éstos y los trabajadores.

En consecuencia, se declarará inexequible la expresión acusada del inciso segundo del artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994. VII. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE :

Declarar inexequible la frase “El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales” , contenida en el inciso segundo del artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ Presidenta JAIME ARAUJO RENTERIA Magistrado ALFREDO BELTRAN SIERRA Magistrado MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA Magistrado JAIME CORDOBA TRIVIÑO Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Magistrado ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO Secretario General (e) EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR:

Que el Honorable Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión en el exterior debidamente autorizado por la Sala Plena de esta Corporación.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO Secretario General (e) [1] En relación con la evolución de la legislación en este campo y la consagración de la teoría del riesgo creado Ver C.S.J. Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia del 13 de julio de 1993, Acta n. .37 . M.P. Hugo Suescun Pujol.

[2] Arts. 16 y 21 del D.L. 1295 de 1994. [3] Arts. 5, 6 y 7 del D.L. 1295 de 1994. [4] Art. 80 del D.L. 1295 de 1994. [5] Varias disposiciones de la Ley 100 de 1993 se ocupan del asunto:

Artículo 2o. Principios . || f. Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Artículo 153.

Fundamentos del servicio público . Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: (…) 7. Participación social. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público. Artículo 160.

Deberes de los afiliados y beneficiarios . Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes: || 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar. (…) 5.

Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley . (Subraya fuera del texto) [6] Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1994.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 1 de noviembre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.