

Bogotá, D.C. **03 MAY. 2016**1200000 - **84267**

AL responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 51787.-2016
Accidente de Trabajo y responsabilidad del Empleador.

Respetado(a) Señor(a),

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual el Usted, realiza una consulta sobre “Accidente de Trabajo y responsabilidad del Empleador”, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que por mandato legal, la Empleadora tiene la obligación legal de atender los primeros auxilios cuando un trabajador se accidenta laboralmente amén de tener implementado de antemano para el trabajador normas de salud ocupacional y reportar el accidente de trabajo a la Administradora de Riesgos Laborales, la que se encarga de la atención del mismo, tanto en sus prestaciones asistenciales como económicas, así como también de las secuelas del accidente de trabajo.

Así, el Código Sustantivo del Trabajo, en su Artículo 57, consagra entre las Obligaciones especiales del Empleador la establecida en el numeral 3, consistente en prestar los primeros auxilios al trabajador en forma inmediata en caso de accidente o enfermedad, para lo cual el Empleador deberá en su sitio de trabajo deberá tener lo necesario para atender la contingencia.

La norma en su parte pertinente a la letra dice:

“ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}:

1 (...)

3. *Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.* “

Igualmente, la Ley 1562 de 2012, consagra que la Empresa Prestadora de Salud que atiende el accidente de trabajo, deberá dar aviso a la Administradora de Riesgos Laborales para lo de su competencia y realizar los recobros respectivos.

La norma en su Artículo 24 en la parte pertinente a la letra dice:

“Artículo 24. Flujo de recursos entre el Sistema de Riesgos Laborales y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

3. *La presentación de la solicitud de reembolso efectuada por la Entidad Promotora de Salud EPS ante la Administradora de Riesgos Laborales ARL, interrumpe la prescripción de la cuenta de cobro, siempre y cuando se reúnan los requisitos que señale el reglamento que se haya expedido o expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo. Los términos de prescripción continuarán rigiéndose por las normas legalmente vigentes. Lo dispuesto en este numeral no revivirá situaciones ya prescritas. El derecho a solicitar reembolsos entre los sistemas de salud y riesgos laborales y viceversa por el costo de las prestaciones en salud derivadas de una enfermedad laboral o de un accidente de trabajo, prescribe en el término de cinco (5) años, a partir de la última de las fechas enunciadas a continuación:*

- a) *La fecha de la calificación en primera oportunidad del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la EPS, cuando dicha calificación no sea susceptible de controversia por las administradoras o por el usuario;*
- b) *La fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando dicha calificación no sea susceptible de recurso ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;*
- c) *La fecha de Calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;*
- d) *La fecha de presentación de la factura de la IPS a la EPS, cumpliendo con los requisitos exigidos. No obstante lo anterior, será de tres (3) años la prescripción cuando se trate del pago de subsidios por incapacidad temporal, para lo cual el término se contará desde el momento en que esté en firme el dictamen según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 5° de la presente ley.”*

Por ello, si el Empleador no ha cumplido con sus obligaciones que las normas le señalan respecto a sus trabajadores, especialmente las de afiliación al sistema para cubrir las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como también las normas de Salud Ocupacional que forma parte del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, el Ministerio de Trabajo a través de sus Autoridades, podrán ejercer la Inspección, Vigilancia y Control del cumplimiento de las normas para la imposición de sanciones, de ser el caso.

Así mismo, el Empleador debe responder por la culpa en el accidente de trabajo, más aun cuando ha incumplido las obligaciones del sistema en Riesgos Laborales, de acuerdo a lo normado por el Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual a la letra dice:

“ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo. “

Ahora bien, cuando existe omisión por parte del Empleador de sus obligaciones, en cuanto hace a la afiliación al sistema, para el caso, no solo se hace acreedor a las sanciones por la Inspección, Vigilancia y Control, realizada por las Autoridades del Ministerio de Trabajo, sino que debe responder por las prestaciones económicas y asistenciales que si se hubiese afiliado al trabajador, respondería el sistema a través de la Administradora de Riesgos Laborales, que en su ausencia total, le corresponde asumir la responsabilidad total al Empleador.

La obligación de afiliación está contemplada en el Artículo 2 de la Ley 1562 de 2012, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

“Artículo 2°. Modifíquese el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, el cual quedará así: Artículo 13. Afiliados. Son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales: a) En forma obligatoria:

- 1. Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo escrito o verbal y los servidores públicos; las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación. “*

Así, para el caso del pago del auxilio por incapacidad derivada del accidente de trabajo, el Empleador debe aplicar lo normado por el Parágrafo 2 del Artículo 5, norma que en sus partes pertinentes a la letra dice:

*“Artículo 5°. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente: a) Para accidentes de trabajo El promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia al accidente de trabajo, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado;
(...)*

Parágrafo 2°. Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica las Administradoras de Riesgos Laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud, correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un Ingreso Base de Cotización equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993. “

Por tanto, el valor del auxilio por la incapacidad del accidente de trabajo, es el monto total de la asignación devengada por el trabajador.

Ahora bien, la incapacidad otorgada por el Médico tratante se la expide para que el trabajador recupere su estado de salud y pueda reintegrarse a laborar vencido el término de la misma, que en tratándose de accidente laboral, amerita no solo la incapacidad médica para el objetivo antes descrito, sino para la rehabilitación de cargo del Empleador en caso de incumplimiento de afiliación, por tanto, constituiría un claro abuso del Empleador el que no solo no le afilió al sistema de seguridad social, no le atendió los primeros auxilios cuando se usaba hacerlo, sino que obliga al trabajador a laborar en condiciones deplorables que afectan su salud y puede traer secuelas más graves a las consecuencias de por sí lamentables del accidente de trabajo, que tendría que asumirlas el Empleador pues cuando hay afiliación al sistema son de cargo de la Administradora de Riesgos Laborales.

Ahora bien, por mandato de la Ley 776 de 2002, *Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.*, cuando ocurre una contingencia de origen laboral la Administradora de Riesgos Laborales, igualmente debe responder por las secuelas del Accidente de Trabajo, incluso cuando ya no se encuentre vinculado el trabajador al sistema. Esta circunstancia igualmente, deberá ser tomada en cuenta no solo por el Empleador responsable de la contingencia, además de la culpa patronal antedicha, sino por cuanto ante la ausencia de la

Administradora de Riesgos, será de responsabilidad del empleador plenamente la atención de las secuelas que del accidente de trabajo se deriven.

El Artículo 1 de la Ley 776 de 2002, en el Parágrafo 2 Inciso 4, en su parte pertinente al respecto preceptúa:

“Artículo 1.- DERECHO A LAS PRESTACIONES.

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

(...)

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, **deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*** “ (resaltado fuera de texto).

En cuanto hace a las prestaciones asistenciales cuando se ha sufrido un accidente de trabajo, el Artículo 5 del Decreto 1295 de 1994, norma reglamentaria de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 1562 de 2012, pero que dejó incólume algunas normas de la mencionada disposición, prescribe las prestaciones asistenciales que debe recibir quien sufra esta contingencia cuando a la letra dice:

“ARTICULO 5o. PRESTACIONES ASISTENCIALES. *Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho, según sea el caso, a:*

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 solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda.

g. Rehabilitaciones física y profesional.

h. Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios. Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales. Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente. La atención inicial de urgencia de los afiliados al sistema, derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional,

podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al sistema general de riesgos profesionales.”

Por ello, el pago de los gastos que las terapias deriven será de responsabilidad del Empleador cuando no lo ha afiliado al sistema de seguridad social en riesgos laborales, lo mismo que los gastos que tal situación conlleve.

Y el Artículo 7 *Ibíd*em, prescribe lo relativo a las prestaciones económicas, cuando a la letra dice:

“ARTICULO 7o. PRESTACIONES ECONOMICAS. 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; y*
- e. Auxilio funerario. “*

Por tanto, serán de cargo del Empleador, cuando el trabajador no está afiliado al sistema, incluyendo la indemnización por incapacidad permanente parcial, si a ello hay lugar con posterioridad al proceso de rehabilitación.

Ahora en cuanto hace al pago de las prestaciones sociales, cabe destacar que la incapacidad no es una causal para suspender el contrato de trabajo, figura en aplicación de la cual, en algunas de las situaciones planteadas en la norma que la preceptúa, el Empleador tiene la obligación de pagar tanto salarios como prestaciones sociales y seguridad social; por ello, en tratándose de período de incapacidad laboral originada por accidente de trabajo, se entiende durante el término que la incapacidad perdure, ya sea en la recuperación de la salud, estrictamente hablando o en la fase de rehabilitación, el Empleador tiene la obligación de pagar a su trabajador las prestaciones sociales que en la misma época se causen, sin que haya fundamento jurídico que contemple excepción alguna de su pago.

Ahora bien en cuanto a las vacaciones, cabe destacar que no es una prestación social, sino un derecho que le asiste al trabajador para que en forma remunerada descanse para recobrar las fuerzas perdidas, al prestar el servicio a favor de su empleador durante un año de trabajo, que serán disfrutadas en la época en que el Empleador lo señale. Si durante el término de la incapacidad laboral, se presenta el cumplimiento del requisito necesario para su concesión, cabe destacar que la novedad de la incapacidad corre inicialmente por cuanto lo primordial es la salud del trabajador incluso, si la incapacidad se da en medio de las vacaciones, éstas se interrumpen por necesidad primordial para retomarlas cuando el Empleador disponga.

En cuanto a su cuestionamiento de, a dónde acude para que se le ayude para que el Empleador cumpla con sus obligaciones, cabe destacar que es el Ministerio de Trabajo entidad gubernamental la que a través de sus Autoridades, podrán ejercer la inspección y vigilancia respectivas del cumplimiento de normas laborales y de seguridad social integral sobre el empleador que incumple las mismas.

Por último y con respecto a su cuestionamiento sobre la disminución de su salario, cabe manifestar que en aplicación del principio denominado “Ius Variandi”, el empleador puede modificar algunas de las condiciones de trabajo, pero no en forma absoluta, pues sus límites se encuentran en los derechos fundamentales del trabajador.

Así el llamado “Ius variandi” es considerado como la facultad del Empleador de alterar las condiciones no esenciales del contrato de trabajo, dentro del marco del respeto de los Derechos Constitucionales y legales del Trabajador, especialmente ha dicho la Corte Constitucional, el de honor y la dignidad del trabajador, el cual para su aplicación requiere hacerse en contextos como la razonabilidad, teniendo en cuenta las necesidades de la empresa y la inexistencia de perjuicio al trabajador, lo que en tratándose de la disminución del salario, difícilmente se daría.

La H. Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el Ius variandi, en Sentencia No. T-407/92 Magistrado Ponente, Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, establece que siendo facultad del Empleador, éste no es absoluta y debe tenerse en cuenta por sobre todas las cosas la preservación del honor y la dignidad del trabajador al ejercitar su derecho.

Así las cosas, en uno de los apartes, la mencionada Providencia de la H. Corte manifiesta:

“(…)

5. **El trabajo en condiciones dignas y justas y el “Ius variandi”.**

*Consiste el Ius variandi en la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, **habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador** y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo.*

*El texto constitucional, atrás transcrito, en verdad que consagra un derecho fundamental objeto de la acción de tutela, pues, el empresario ha de guiar sus actuaciones frente al asalariado dentro de las **mínimas condiciones del debido respeto a la dignidad de sus operarias**, porque, según se ha explicado precedentemente, es consubstancial tal dignidad con la naturaleza del hombre-persona y cabalmente, de la relación que se establece entre obrero y patrono y en razón del poder*

subordinante del último sobre el primero, pueden aparecer situaciones conflictivas de abuso que el ordenamiento constitucional no tolera, porque se repite ha de entenderse que al empleador se le prohíbe categóricamente atentar contra la dignidad de sus empleados. En este sentido el Código Sustantivo del Trabajo advierte que la subordinación jurídica no puede afectar "el honor, **la dignidad** y los derechos mínimos del trabajador..."(art. 23-b); obliga al empleador a "guardar absoluto respeto a **la dignidad del trabajador**"(art. 57-5) y correlativamente le prohíbe ejecutar o autorizar cualquier acto "que ofenda su **dignidad** (art. 59-9) y erige en justa causa de despido para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador la violación grave de esas obligaciones y prohibiciones (art. 62 - f). - 8)..".

Así mismo, en dicha providencia, recalca que el "ius variandi" no es absoluto, cuando manifiesta:

"(...)

*El jus variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella **no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono.**" (resaltado fuera de texto).*

Por ello, al modificarse el salario por parte del Empleador, deberá tener consentimiento del trabajador expresamente manifestado, además hacerse dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales del trabajador aludidos en los apartes transcritos ut supra y no vulnerar el salario mínimo legal reglado por el Gobierno Nacional para la jornada máxima legal.

Igualmente, el Empleador deberá tener presente cuando pretenda la modificación del salario del trabajador, lo concerniente a los Derechos adquiridos, por cuanto se califican como tales en atención a lo establecido en la Jurisprudencia Constitucional, como aquel que ha ingresado y hace parte del patrimonio de la persona, de ahí la prohibición de su desconocimiento.

Así lo expresa en Sentencia T-329/12, Referencia: expediente T-3264947, Magistrada Ponente Doctora María Victoria Calle Correa, quien a la letra dice en su providencia:

“DERECHOS ADQUIRIDOS-Derechos que han ingresado definitivamente y hacen parte del patrimonio de la persona.”

Por tanto, el Empleador deberá considerar tanto los límites del lus Variandi antes descritos y los que los derechos adquiridos del trabajador connotan, según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, para efectos de realizar cualquier tipo de ajuste al salario del trabajador y, se insiste siempre y cuando haya consentimiento expreso del trabajador, principal requisito para la variación, según lo reza la Corte en la Providencia cuyos apartes se transcriben ut supra.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas
en materia laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró : Adriana C.
Revisó : Dra. Ligia R.
Aprobó : Dra. Zully A.

Ruta Electrónica:/C:\Users\acalvachi\Documents\2016 CONSULTAS\14-04-2016\Luis Bolaño.- 51787.-2016.- Riesgos Laborales.docx