



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Cuestionamiento de la responsabilidad civil en la relación laboral de los trabajadores en misión

¿Una necesidad de reforma normativa?

Javier Gorgonio Garzón Romero

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho
Bogotá D.C., Colombia

2015

Cuestionamiento de la responsabilidad civil en la relación laboral de los trabajadores en misión

¿Una necesidad de reforma normativa?

Javier Gorgonio Garzón Romero

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Magister en derecho: Dina Lisbeth Ortega Suescún

Codirector:
Carlos Luis Ayala Cáceres.

Línea de Investigación:
El trabajo y la seguridad social

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá D.C., Colombia
2015

*A mi hijo Juan Diego, mi madre Ana y mis
Hermanos, por sus palabras de aliento y su
compañía, me motivaron para continuar con
el avance en mi vida académica y laboral.*

Agradecimientos

Agradezco a los Doctores César Jamber Acero Moreno, Hernán Reyes Gómez y a la doctora Dina Ortega Suescun, quienes con sus aportes críticos y analíticos, contribuyeron en la discusión del presente escrito.

Resumen

En el marco de las relaciones laborales se generan formas de tercerización del empleador (E.S.T.), para la delegación de la subordinación a un tercero quien es conocida como empresa Usuaria, para que este último tenga a su disposición al obrero (trabajador en misión) con el limitante del contrato civil de intermediación laboral suscrito entre la Empresa De Servicios Temporales y la empresa Usuaria. Pero en esta delegación de subordinación se pierden las responsabilidades en materia de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo que jurídicamente están en cabeza tanto de la empresa usuaria como en la E.S.T., pero que al momento de responder jurídicamente por la culpa patronal que nace del artículo 216 del código sustantivo del trabajo, la norma en comento como la jurisprudencia de la Honorable Corte suprema de Justicia solo han declarado como responsable del daño y al pago de la indemnización total de perjuicios al trabajador en Misión a la E.S.T. y deja por fuera de cualquier responsabilidad directa con el trabajador en misión a la empresa usuaria.

Los elementos de la responsabilidad civil en aplicables a las relaciones laborales y en especial a la triangulación que se genera en la intermediación laboral tiene como un elemento el daño que sin lugar a dudas es generado por la empresa usuaria al trabajador en misión al momento de suceder un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, esto implica que la empresa usuario no sea desconocida como responsable en dicha intermediación laboral en aplicación de las la práctica interpretativa y el realismo jurídico que dan la oportunidad para que el juez de aplicación a principios u otros criterios dejen sin validez la interpretación normativa positivista tradicional en aras de vincular como responsables directos del trabajador a las empresas usuarias en el accidente de trabajo ocasionado al trabajador en misión.

Palabras claves: Intermediación laboral, Empresa Usuaria, Empresa de servicios temporales (E.S.T.), Trabajador en misión, responsabilidad civil, culpa patronal.

Abstract

In the framework of labor relations which generate forms of employer outsourcing (E.S.T. *temporary business services*), for the delegation of the subordination to a third party who is known as the Business User, for the aforementioned has at his disposal the worker (employee on loan) with the limits of the civil intermediation contract agreed upon between the Business of Temporary Services and the Business User. But in this delegation of subordination are lost the responsibilities in the subject of occupational health and safety risks in the job that are legally under charge of the Business User and the E.S.T., but which at the moment is legally responded to in accordance with the creation of Article 216 of the Labor Code, the rule in comment with the jurisprudence of the Honorable Supreme Court of Justice have declared liable for the damage and to pay full compensation for the worker on loan to the E.S.T. and omit any direct responsibility by the worker on loan to the User Business.

The elements of civil liability applicable to labor relations and especially triangulation generated in labor mediation has as an element the damage that undoubtedly is generated by the user undertaking to work on mission when happen an accident at work or an occupational disease, this implies that the user is not unknown company responsible in that job placement pursuant to the performance practice and legal realism that give the opportunity for the judge to apply to principles or other criteria stop void the traditional positivist interpretation rules in order to link directly responsible of workers to user companies in the industrial accident caused the worker mission.

Keywords: Labor intermediation, User Company, temporary service company (EST) mission worker, civil liability, employer's fault.

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Lista de Símbolos y abreviaturas	XIII
Introducción	1
1. Planteamiento del problema	5
1.1 Hipótesis	6
2. Justificación y pertenencia	7
2.1 Justificación Socio-Jurídica	7
2.2 Justificación Teórica-Jurídica	8
3. Objetivos	11
3.1 Objetivo General	11
3.2 Objetivos Específicos	11
4. Primer capítulo: La responsabilidad civil en materia laboral en Colombia. Un derecho confuso ante la tercerización laboral	13
4.1 El trabajo como servicio temporal. Antecedentes	14
4.1.1 Las Empresas de Servicios Temporales.	16
4.1.2 Las Empresas Usuarias	19
4.1.3 Trabajadores en misión	20
4.2 La Responsabilidad Civil en Materia Laboral.....	21
4.2.1 Hecho Dañoso en materia laboral.....	23
4.2.2 La culpa en materia laboral.....	23
4.2.3 El nexo causal en materia laboral	24
4.3 El Artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo. La responsabilidad civil del empleador.....	25
4.3.1 La responsabilidad civil para los trabajadores en misión según el criterio de la Corte Suprema de Justicia	26
4.3.2 De la solidaridad en la responsabilidad civil.....	34
5. Segundo Capítulo: El Estado Social de Derecho y la teoría de la responsabilidad frente a los ciudadanos	37
5.1 La responsabilidad como pauta inicial de todo trabajo	38
5.2 La responsabilidad general	40
5.3 La responsabilidad jurídica.....	41
5.3.1 Clasificación de la responsabilidad jurídica	42
5.4 La responsabilidad civil y los cambios sociales en el ámbito laboral	46

5.4.1	Daño a las personas como una responsabilidad civil	47
5.4.2	Elementos de la Responsabilidad Civil.....	51
5.5	El derecho laboral en el Estado Social de Derecho.....	53
6.	Tercer Capítulo: Validación de la hipótesis	63
6.1	Formulación de la hipótesis. La irrealidad de la culpa patronal en la intermediación laboral.	63
6.2	Ilustración de la hipótesis. El contexto del responsable del daño.	64
6.2.1	La obligación legal de protección y seguridad para los trabajadores en misión. ...	65
6.2.2	Del responsable del daño en la triangulación laboral.	66
6.3	Proyecciones teóricas y/o empíricas. Teorías de la responsabilidad frente al responsable del daño.	67
6.3.1	Reconstrucción normativa del artículo 216 del C.S.T, en la intermediación laboral.....	68
6.3.2	La ética discursiva para la validez normativa.....	69
6.3.3	La aplicación de acción comunicativa en los procesos judiciales	70
6.4	Interpretación reformista de la norma.....	72
6.4.1	El principio de racionalidad como elemento de la interpretación reformista. ...	73
6.4.2	Los jueces en la argumentación reformista	74
7.	Conclusiones	77
	Glosario	79
	Bibliografía	85

Lista de abreviaturas

ART: Artículo.

A.R.L: Administradora de riesgos laborales.

A.T.E.L: Accidente de trabajo y enfermedad laboral.

C.P: Constitución Política.

E.S.T: Empresa de servicios temporales.

C.S.T: Código sustantivo de trabajo.

M.P: Magistrado ponente.

Introducción

Las sociedades contemporáneas y democráticas han desarrollado mecanismos consensuales para tratar de mantener el delicado equilibrio entre los derechos y los intereses de los ciudadanos, el sistema jurídico es sin duda alguna el más importante de todos ellos y este a su vez es quien puede ofrecer las alternativas más expeditas para resolver conflictos que afectan de manera grave a importantes segmentos de la población. Con la irrupción de las reformas laborales en las dos décadas precedentes, se han visto afectadas de forma muy profunda la estabilidad y las condiciones laborales dignas de una parte sustancial de la fuerza trabajadora en Colombia.

Se entiende que en nuestro país la prevalencia constitucional de los derechos fundamentales cobija, entre otros tantos, a la población laboralmente activa en todos los aspectos del desempeño de sus actividades, por tal razón el ordenamiento señala como la responsabilidad en la protección sobre el trabajador debe ser taxativa, clara y expresa, para que la misma pueda ser exigible. Por lo menos así lo sostiene la centenaria tradición civilista de nuestro derecho, no obstante, el abigarrado y amplio mosaico de medidas de flexibilización laboral y de reformas a las condiciones generales del empleo acaecidas en los últimos lustros, contrarían abiertamente esta tradición. Uno de los casos específicos en donde puede evidenciarse con más claridad esta problemática, es en la entronización del fenómeno de la triangulación y tercerización de las responsabilidades en la protección de los riesgos del trabajador, en la medida en que intermediarios que no actúan directamente como empleadores, evaden por medio de subterfugios normativos su responsabilidad en la prevención y atención de riesgos derivados de las actividades de los trabajadores.

El caso se presenta en la triangulación en la cual se ve involucrado el trabajador, que ocupado materialmente para una empresa firma su contrato con otra, situación regular en las empresas de servicios temporales¹. Riesgos y responsabilidades se tercerizan, usamos este neologismo para llamar a esta figura de alguna manera, el lenguaje normativo igualmente transforma la nominación, en conformidad con la Ley 50 del 90, la persona natural o jurídica que contrata con la Empresa de Servicios Temporales la denomina usuario.

Así las cosas, tenemos que preguntar: ¿Quién es el responsable en esta nueva relación empleador y empleado por los riesgos laborales a que se avoca el trabajador? La responsabilidad en principio recae en el patrono, así lo describe la ley², pero el derecho fundamental del trabajador queda en entredicho cuando se triangula su relación laboral, como empleador figura la EST, pero en realidad desarrolla su misión en otro lugar, con la persona que contrata con dicha empresa temporal o la usuaria.

Para llegar a esta propuesta en el primer capítulo estudiaremos la situación actual de la responsabilidad civil en materia laboral en Colombia con sus elementos tales como el hecho dañoso, la culpa en materia laboral, el nexo de causalidad y el desarrollo y aplicación del artículo 216 del Código sustantivo del trabajo con la observación de la responsabilidad civil en materia laboral aplicado a la tercerización laboral, en el segundo capítulo estudiar la teoría de la responsabilidad, los elementos de la responsabilidad civil los cambios sociales

¹ ART. 71 **Ley 50 de 1990**: Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

² ART. 216. **Culpa del patrono**. Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en 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.

que han influido en la responsabilidad civil y el derecho laboral en los estados sociales de derecho y como consecuencia se plantean las dos propuestas para la solución del problema una basada en la ética discursiva para la validez normativa y la otra en la aplicación de la acción comunicativa en los procesos judiciales.

1.Planteamiento del problema

En la relación laboral existen riesgos a los cuales están expuestos los trabajadores, riesgos que ocasionan accidentes de trabajo en los cuales la responsabilidad de la accidentalidad laboral la tiene el empresario por cuanto: (i) La mayoría de los accidentes se producen en un área de trabajo a la cual el trabajador no está acostumbrado, y durante una tarea que no es habitual al trabajador. (ii) Los empleadores no cuentan con el área de Seguridad y salud en el trabajo dentro de su empresa. (iii) Las empresas no toman las medidas necesarias para prevenir los accidentes de trabajo mediante un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo (panorama de riesgos, elementos de protección, estudio adecuado de puesto de trabajo), esta omisiones generan lo que la honorable Corte Suprema de Justicia a denominado generados de culpa (imprudencia, impericia, negligencia e incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo). Sin embargo, traslada la culpa a la empresa de servicios temporales. El caso se presenta en la triangulación en la cual se ve involucrado el trabajador, que ocupado materialmente para una empresa firma su contrato con otra, situación regular en las empresas de servicios temporales³. Riesgos y responsabilidades se tercerizan, usamos este neologismo para llamar a esta figura de alguna manera, el lenguaje normativo igualmente transforma la nominación, en conformidad con la Ley 50 del 90 , la persona natural o jurídica que contrata con la Empresa de Servicios Temporales la denomina usuario.

En la actualidad la triangulación de la responsabilidad de las empresas de servicios temporales y las usuarias en los accidentes de trabajo de los trabajadores en misión se encuentra regulada por la ley 50 de 1990 y el artículo 216 de Código sustantivo del trabajo, al establecer que la responsabilidad en los accidentes de trabajo con la consecuencia indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 .C.S.T.

³ Ibíd. pág 9

está en cabeza de la empresa temporal por cuanto es el patrono del trabajador accidentado, y fue con quien suscribió el contrato de trabajo, por ende en vista de lo descrito en el artículo 216 del C.S.T que establece *“cuando existe culpa suficiente mente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”*, y el patrono del trabajador accidentado es la empresa temporal no la usuaria por ende debe responder la empresa temporal.

Pero sumado a eso las decisiones judiciales apoyan esta problemática al absolver a las empresas usuarias de no pagar la indemnización plena de perjuicios al trabajador en misión por el hecho de que la norma, a aplicar solo considera como responsable al empleador, en este caso las empresas de servicios Temporales.

1.1 Hipótesis

Es en esta problemática en al que pretenderemos aportar dos propuestas de solución a la aplicación de positivista y dogmática del derecho en las relaciones laborales, la primera se centra en demostrando la falta de validez y legitimidad del artículo 216 del código sustantivo del trabajo, en los términos de la ética discursiva y así mismo proponer la reconstrucción del mismo en la aplicación de la acción comunicativa que encarne el intereses de todos los afectados y asegurando la imparcialidad en el juicio.

La segunda propuesta se enmarca en la mantener la norma, pero reformular el papel de los jueces en la aplicación de la norma, mediante la aplicación de las teorías reformistas del derecho que no se ligen en nada en un positivismo jurídico, pero que en la aplicación de la norma tomen la teoría del realismo jurídico, al igual que la práctica interpretativa los jueces busquen una solución real al caso difícil.

2. Justificación y pertenencia

En materia de derechos fundamentales y humanos la responsabilidad de la protección del trabajador, debe ser clara y expresa, para ser exigible como señala la tradición civilista de nuestro derecho y en el caso de la triangulación y tercerización de las responsabilidades de los riesgos del trabajador se extravía dicha responsabilidad.

El empleador del contrato de trabajo o el patrono corresponde a la Empresa de Servicios Temporales (EST) y la empresa real donde el trabajador acude a desarrollar su misión la usuaria, en muchos casos ésta la usuaria no cumple con las exigencias de protección exigidas para prevenir los accidentes de trabajo y siendo el patrono la EST, ésta aparece como la responsable del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, sin embargo, ésta culpa a la usuaria por la ausencia de las condiciones favorables para evitar los riesgos. La usuaria señala como responsable a la Empresa de Servicios Temporales que figura como patrono en el contrato celebrado con el trabajador.

Así las cosas en donde la empresa usuaria es la que incumple las normas de seguridad y salud en el trabajo, es la que debe controlar y minimizar los riesgos a que está expuesto el trabajador en misión, es quien debería responder por la indemnización plena de perjuicios establecidas en el artículo 216 del código sustantivo del trabajo, pero esta norma es su tenor literario y en pronunciamientos jurisprudenciales no es aplicable a las empresas usuarias y toda vez que no son los patronos de los trabajadores en misión.

2.1 Justificación Socio-Jurídica

Cuando hablamos de accidentes de trabajo la razón última para hablar del tema es la responsabilidad por sus consecuencias y la reparación de los causados, la razón principal trata de la prevención general en el ambiente de trabajo. La protección se encamina a velar por la seguridad de los asociados en la explotación económica, en un sentido amplio para asegurar el bienestar material y las necesidades sociales comunes de los trabajadores y en un sentido restringido, prevenir las contingencias en el ambiente laboral.

El Estado Social de Derecho tiene como preocupación la justicia social, sin embargo sus resultados son posibles después de la segunda guerra mundial, ambiente en el que nacen los principales aportes de la medicina ocupacional, puesto que las dificultades en los sitios de labor de los soldados fueron adaptados a condiciones de salubridad necesarios, en hacinamiento y la toma de decisiones operativas creaban un entorno propenso a la insalubridad. El ejemplo de dichas situaciones sirvió de analogía en la condición salubre en las empresas, la seguridad y salud en el trabajo y los riesgos específicos se fueron desarrollando a través de legislaciones internacionales y nacionales. El tema se ha convertido en normatividad de obligatorio cumplimiento en todas las empresas. Cuando los contratos de trabajo se adelantan a través de empresas de servicios temporales se crea una comunicación alterada entre el hecho concreto del trabajo dentro de un ambiente legislado, por que el trabajador contrata sus servicios con un ente abstracto cuyas condiciones ambientales de seguridad de riesgos son mínima, quizá una oficina elegante y en la vida real trabaja en una construcción las empresas de servicios temporales tiene la obligación literal de revisar los ambientes de seguridad con el que cuentan las Usuaris, y la empresas usuarias están obligadas a incluir los trabajadores en misión en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo de la empresa y así mismo a suministrar los elementos de protección por cuanto son las empresas usuarias quien saben cuáles son los riesgos a los que está expuesto el trabajador en misión sin embargo en las noticias de los accidentes de trabajo en la mayoría de ocasiones se entienden que la ausencia de prevención y seguridad son las causas de las fatalidades y estas corresponden a la órbita de la proyección de la empresa usuaria y no de la las empresas de servicios temporales.

2.2 Justificación Teórica-Jurídica

El derecho al trabajo y las relaciones laborales deben ser coincidentes con un Estado Social y Democrático de Derecho, y con la filosofía de los derechos humanos, de tal manera que permita a los especializados ejercer sus funciones haciendo coincidir las normas vigentes con la realidad colombiana, de tal modo que la problemática propuesta permite entender el ajuste entre las normas propias del trabajo, los actores y la hermenéutica necesaria en acomodo de la norma constitucional de modo que se permita comprender armónicamente el orden jurídico. Si las cosas se presentan en una forma inconforme con el ordenamiento como es el caso de las consecuencias para la sociedad producto de la triangulación del trabajo y la tercerización de las responsabilidades, la

víctima inmediata es el trabajador, cuyo interés es laborar y obtener el salario para vivir, posiblemente él y los suyos, su familia y mediatamente, la sociedad que reconoce en su sistema jurídico el orden propio de su desarrollo y estabilidad, y por último, de modo derivado la humanidad que rastrea la violación de los derechos humanos y fundamentales. Por tanto, la pertinencia de ésta investigación reclama la mirada de éste fenómeno jurídico que alerta la necesidad de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial que rescate los derechos legítimos del trabajador y del derecho al trabajo.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Análisis del fenómeno jurídico relacionado con la responsabilidad civil en materia laboral producida por los riesgos y su ámbito de protección cuando un trabajador adelanta su misión a través de la usuaria.

3.2 Objetivos Específicos

Reconocimiento de la responsabilidad del riesgo laboral de la empresa usuaria respecto del trabajador en misión.

- Reconocimiento de la responsabilidad del riesgo laboral del empresario que tiene en misión al trabajador.
- Reconocimiento de la responsabilidad del riesgo laboral de la empresa de servicios temporales y del empresario en conjunto y las posibles vulneraciones de las normas de seguridad y salud en el trabajo.
- Reconocimiento de las consecuencias de la triangulación de la contratación y la tercerización de las responsabilidades en los riesgos derivados.
- Identificar a quien tiene la obligación legal de protección y seguridad para los trabajadores en misión.
- Identificar el verdadero responsable responsable del daño en la intermediación laboral.

4. Primer capítulo: La responsabilidad civil en materia laboral en Colombia. Un derecho confuso ante la tercerización laboral

Como hemos visto el Derecho Civil antecede a las configuraciones doctrinales que en materia jurídica existen en Colombia en casi todos los órdenes, no obstante la independencia que cada rama de la ciencia jurídica pueda tener. Por ello la regulación derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades es asumida dentro de las normas laborales, el derecho civil en atención a su carácter supletorio, regirá aquellas situaciones en las que no exista una regulación laboral expresa.

La historia de la configuración de la legislación en materia laboral es directamente proporcional de la teoría de la Responsabilidad civil objetiva o teoría del riesgo, y ella se ampara en el postulado en virtud del cual: *“Todo aquel que incumple una obligación legal o contractual como consecuencia de la cual se origina un daño o perjuicio se encuentra obligado al resarcimiento respectivo”* (Patiño, s.f.). Siendo posible afirmar que la teoría del riesgo civil es el origen de la derivación doctrinal del sistema de riesgos laborales, y no obstante la autonomía de este dentro del campo del derecho laboral, este no se extingue en él, sino que puede ser complementado por las premisas normativas del Derecho Civil y su teoría de la Responsabilidad en donde transitara libremente entre la teoría de la culpa y el riesgo.

En el caso específico que analizamos tenemos la siguiente situación jurídica: en una relación laboral de intermediación, en donde concurren una (E.S.T), el empleador del contrato de trabajo o el patrono corresponde a la Empresa de Servicios Temporales y la empresa real donde el trabajador acude a desarrollar su misión, se denomina, la usuaria, en muchos casos ésta, la usuaria no cumple con las exigencias de protección regladas por el Derecho, para prevenir la ocurrencia de eventuales accidentes de trabajo y siendo

el patrono en virtud de la normatividad, la (E.S.T), ésta aparece como la responsable del accidente de trabajo o la enfermedad laboral, sin embargo, esta empresa responsabiliza a la usuaria por la ausencia de las condiciones favorables para evitar los riesgos. La usuaria señala como responsable a la Empresa de Servicios Temporales que figura como patrono en el contrato celebrado con el trabajador.

Así las cosas, la polémica jurídica se presenta porque, a la luz del principio de realidad, es la empresa usuaria quien incumple las normas de seguridad y salud en el trabajo, y ella, es en quien reside la obligación de controlar y minimizar los riesgos a que está expuesto el trabajador en misión, por tanto a la luz del principio de realidad, es quien debería responder por la indemnización plena de perjuicios establecidas en el artículo 216 del código sustantivo del trabajo, pero esta norma, tanto en su tenor literario y en varios pronunciamientos jurisprudenciales, señala que no le es aplicable a las empresas usuarias, la comisión por la responsabilidad en la ocurrencia de dichos accidentes o enfermedades, toda vez que a la luz de las disposiciones anotadas, no son ellos los patronos de los trabajadores en misión (Aramburo, 2008).

Por ello, intentaremos otorgar una alternativa de carácter jurídico, para solventar esta aguda problemática, tomando como base la teoría de la responsabilidad desarrollada por el derecho civil, para tratar de ofrecer sustento normativo a la premisa genérica del derecho laboral, de la prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas, y evidenciar que en este caso la falta de claridad normativa sobre quien es el residente de la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados en la ocurrencia de un accidente de trabajo, no puede en modo alguno diluirse en el cruce, de responsabilidades entre la empresa de servicios temporales y la usuaria. Un enfoque en donde confluyan la teoría del riesgo civil y la prevalencia de la realidad solucionaría a nuestro juicio esta gravosa situación, este trabajo se erige como un llamado de atención al legislador para que corrija este grave vacío que afecta a miles de trabajadores en Colombia.

4.1 El trabajo como servicio temporal. Antecedentes

En Colombia por medio del Decreto 1433 de 1983, se reglamentó el Decreto 062 de 1976, del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, en el cual se da inicio al servicio

temporal del trabajo como una modalidad de vinculación laboral, que finalmente se desarrolla en la ley 50 de 1990.

En el año 1935 mediante el Decreto 652, se estableció el contrato a término fijo para atender reemplazos requeridos a causa de enfermedad o para cubrir las vacaciones, entre otras circunstancias que podían suceder a los trabajadores en una empresa. Posteriormente con la reforma laboral del año 1965, el contrato a término fijo se consideró posible por un término inferior a un año. La posibilidad de celebrar este contrato por el término indicado, permitió su uso en el incremento de la producción, el transporte, periodos de ventas, entre otras circunstancias propias de la vida productiva de las empresas.

El Decreto 1433 de 1983, convirtió la temporalidad del trabajador en un servicio a terceros, naciendo de esta forma la llamada triangulación laboral, en el cual el trabajador tiene el vínculo contractual con la empresa que presta el servicio, denominada empresa de servicios temporales y no con la empresa en donde desarrollara su labor, denominada empresa usuaria. Las dos empresas enunciadas tienen una relación comercial y solo un contrato de trabajo. En este antecedente normativo, se da una relación directa entre el trabajador y la necesidad del tercero contratante (Pérez, 2009).

El alcance que se le da a la forma de contratación no es una relación de trabajo, es un vínculo comercial para la prestación de un servicio llamado temporal, que es una colaboración y apoyo a la actividad, ordinario o conexo con el contratante. El inicio de esta forma de contratación laboral fue informal y se consolidó con los altos índices de desempleo que para el momento se presentaban a lo largo del territorio nacional.

El servicio temporal se origina en un contrato comercial de servicios entre empresas de servicios temporales y el tercer beneficiario del servicio, con el fin de que esta pueda desarrollar de manera eficiente sus actividades ordinarias, es decir, aquellas que constituyen su objeto social, además de las que se configuren como inherentes o conexas con su propia actividad (Pérez, 2009 pp 98).

En esta primera regulación del trabajo temporal en Colombia, diferenciándolo del contrato comercial, aun cuando los dos tienen una relación intrínseca. El contrato laboral obtuvo un reconocimiento independiente desde el punto de vista jurídico, en el cual se reconoce solo como empleador a la empresa de servicios temporales ante los trabajadores, quien debía atender las obligaciones, derechos y deberes de los empleadores, conforme lo estimó el Código Sustantivo del Trabajo en el año 1950.

El inicio de estas empresas si bien abrieron una nueva oportunidad laboral, no cumplieron con los requisitos legales de las empresas en el territorio, dando lugar a la afectación de los derechos laborales de los trabajadores en misión, en tanto no se encontraba regulación que determinara con certeza la empresa que debía responder por los derechos laborales y de la seguridad social de los trabajadores vinculados a través de esta forma de contratación. Seguidamente expondremos los inicios de las empresas de servicios temporales y empresas usuarias en Colombia.

4.1.1 Las Empresas de Servicios Temporales.

El momento histórico en el cual el servicio temporal, adquiere un nivel de carácter legal y consolidación en la reglamentación, se encuentra en la reforma laboral suscitada en el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, periodo en el cual se abren las puertas a la globalización y el conocido movimiento neoliberal. En la normalización del trabajo de servicio temporal, se determinaron aspectos diferenciadores de las otras formas de trabajo así:

- a. El servicio temporal se presta mediante una colaboración a un tercero beneficiario del servicio para el desarrollo de sus actividades.
- b. El servicio se presta conforme una condición de temporalidad, representado en los reemplazos de trabajadores de la empresa usuaria que se encuentran en condiciones laborales especiales, tales como licencias, vacaciones, permisos, entre otros. Esta temporalidad tiene un límite en el tiempo correspondiente a seis (6) meses que pueden prorrogarse hasta por seis (6) meses más.

c. Los derechos laborales y de la seguridad social de los llamados trabajadores en misión, están a cargo de la empresa de servicios temporales, quien es y debe actuar como empleadora, para todos los efectos contractuales. (Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1991).

En la ley 50 de 1990, se crea la figura del “trabajador en misión”. Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el decreto 4369 de 2006, mediante el cual se reguló el trabajo mediante las empresas de servicios temporales y prestación del servicio a las empresas denominadas usuarias del servicio.

La norma indica:

La regulación del servicio temporal, estableció la obligatoriedad de conformación como persona jurídica constituida como una sociedad comercial, con objeto social exclusivo, la prestación del servicio temporal, la cual debe obtener licencia de funcionamiento por parte del Ministerio de la Protección Social, para el momento de la expedición de la reglamentación.

La condición de ser empresas regidas por las normas comerciales, cuyo objeto social es la prestación de un servicio en colaboración en las actividades de un tercero, y no tiene una actividad intermediaria, en este sentido, las EST podrán realizar contratos comerciales para el desarrollo de su objeto social, que es el de servicio en colaboración temporal con un tercero y de otra parte contratar con carácter de empleador, trabajadores en misión para cumplir con los servicios de colaboración contratados.

De tal forma que la creación del trabajo en condición de “ servicio temporal ”, tiene como objeto principal “ colaborar temporalmente con un usuario en el desarrollo de sus actividades”, las cuales son permanentes en él, pero que eventualmente requiere de una ayuda o colaboración limitada en el tiempo para desarrollar adecuadamente su objeto social. Esta colaboración, en condición temporal, se realiza mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

La clasificación de los trabajadores vinculados con una empresa de Servicios Temporales, conocidas con la sigla EST, se determina por trabajadores de planta y

trabajadores en misión. “Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas. Los de misión son aquellos que la EST envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”.

La ley 50 de 1990, establece los casos en los cuales las empresas usuarias de las EST pueden contratar trabajadores en misión (Artículo 77), a saber:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más.

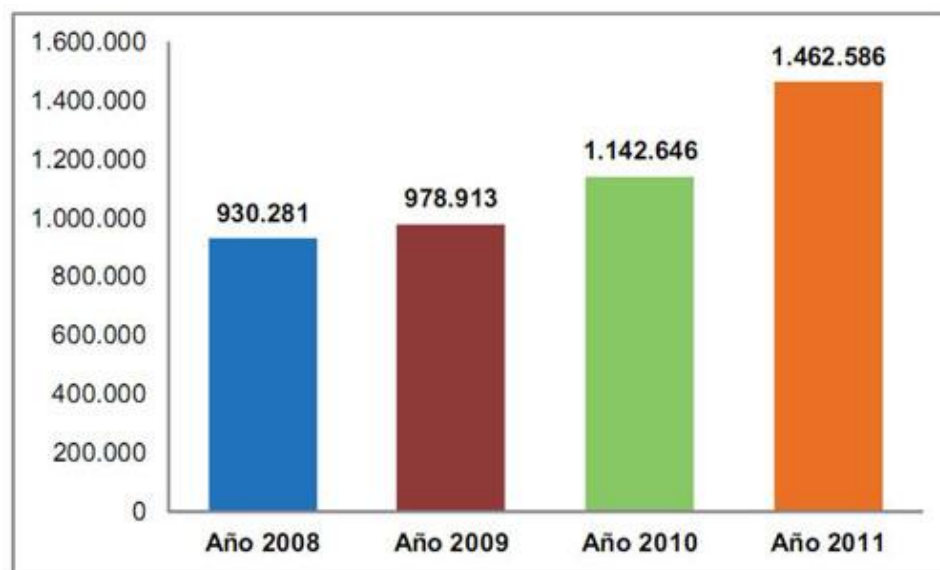
El artículo 6º del decreto 4369 de 2006 agregó un párrafo respecto a la prórroga de los contratos que se deriven de estos casos, indicando que si cumplido el plazo de 6 meses, más la prórroga, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste, la empresa usuaria no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente EST para la prestación de dicho servicio. A su vez en otro artículo el decreto establece que las EST no pueden prestar sus servicios a empresas con las que tengan vinculación económica, una limitación que sin embargo no incluyó la contratación con empresas cuyos dueños sean personas con relaciones de consanguinidad, o socios y propietarios de las empresas usuarias.

Por su parte, el artículo 12 del decreto 4369 de 2006 estableció que *“las EST están obligadas a afiliar y a pagar los aportes parafiscales y los aportes a los sistemas de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales”*. Respecto de la salud ocupacional, la Ley 50 de 1990, en el artículo 78 indica que las EST son *“responsables de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes”*. Y respecto al papel que debe cumplir el Ministerio del Trabajo, la ley establece que le corresponde regular el

funcionamiento de estas empresas, lo cual incluye la aprobación de las solicitudes de autorización de funcionamiento.

La modalidad de vinculación laboral, a través de EST, desde su creación ha tenido un incremento importante en el país, siendo una actividad generadora de empleo para aquellas personas, que por largos periodos no hicieron parte de la fuerza laboral. Las siguientes estadísticas lo confirman.

Figura 1. Evolución del empleo en EST



Fuente: Acoset, Datos estadísticos del sector del servicio temporal en Colombia, 2011

4.1.2 Las Empresas Usuarias

Según lo establecido por la normatividad mencionada, se considera como empresa usuaria aquella de carácter civil, comercial y/o pública, que requiere los servicios de uno o varios trabajadores de manera eminentemente temporal, y encarga a la EST la selección de dichos trabajadores.

El artículo 73 de la ley 50 de 1990, denomina usuarios a las personas naturales o jurídicas que contratan con las empresas de servicios temporales, a través de un contrato mercantil escrito. La contratación con una EST, no puede llevar al abuso del derecho, fraude a la ley laboral o simulación contractual, quien asumirá la calidad de empleador y

con ella la responsabilidad propia de dicha posición contractual será el EST y no la empresa usuaria o beneficiaria del servicio.

La Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la justicia ordinaria, aclara que no podrán ser usuarias, quienes tengan con la EST, nexos económicos que impliquen subordinación y control. Esta indicación normativa, nace con el objeto de evitar un fraude a la ley laboral, en tanto un empresario podría aprovecharse de esta figura, buscando disminuir o en caso extremo anular, cualquier tipo de responsabilidad en cuanto a obligaciones laborales se refiere, dada la carga prestacional que para un empleador representa este tipo de vínculo contractual.⁴

A si el artículo 8 del decreto 4369 de 2006, dispone: "Contratos entre las Empresas de Servicios Temporales y la empresa usuaria. Los contratos que celebren la Empresa de Servicios Temporales y la usuaria deben suscribirse siempre por escrito y en ellos se hará constar que las Empresas de Servicios Temporales se sujetarán a lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo para efecto del pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma, con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión. La relación entre la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar. Cuando se celebre un solo contrato, este regulará el marco de la relación, la cual se desarrollará a través de las órdenes correspondientes a cada servicio específico" (Concepto 72811, Ministerio de Protección Social, 20011).

4.1.3 Trabajadores en misión

Los trabajadores en misión se definen como "*aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicios contratado por éstos*" (Ley 50 de 1990, Art 74).

⁴ Ver sentencia Corte Suprema de Justicia, rad. 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez. 24 de abril de 1997.

A este respecto la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la denominación de trabajador en misión se limita a aquel vinculado con una empresa que cumpla los requisitos legales para ser considerada como una EST. Razón por la cual se han expedido variados actos administrativos, tales como el Decreto Reglamentario 24 de 1998 que estableció que las EST deberán constituirse como personas jurídicas, con el único objeto de colaborar temporalmente con el desarrollo de las actividades de la usuaria”.

Para la Corte Constitucional, la labor o servicio que deben prestar los trabajadores en misión tiene un límite, sea en el tiempo, o al culminarse una actividad determinada. La relación laboral entre el trabajador y la empresa de servicios temporales subsiste mientras el usuario necesite de los servicios del trabajador o se haya finalizado la obra para la cual fue contratado.⁵

4.2 La Responsabilidad Civil en Materia Laboral

El Estado Social de Derecho tiene como preocupación la justicia social, sin embargo sus resultados son posibles después de la segunda guerra mundial, ambiente en el que nacen los principales aportes de la medicina ocupacional, puesto que las dificultades en los sitios de labor de los soldados fueron adaptados a condiciones de salubridad necesarios, en tanto el hacinamiento y la toma de decisiones operativas creaban un entorno propenso a la insalubridad.

Terminada la guerra, dentro del análisis de sus estragos, se tomó el daño en la salud de quienes participaron, para iniciar el estudio de sus casusas, estudio que fue llevado con posterioridad al ambiente de trabajo, en las empresas del momento. Nacen las primeras normas de salubridad en las empresas y con ellas las primeras políticas de seguridad y salud en el trabajo, a cargo del empleador, condiciones que fueron con el paso del tiempo normadas, para convertirse hoy en las normas de salud ocupacional y prevención de los riesgos, del orden nacional e internacional.

⁵ Ver Sentencia T-641 de 2008. Corte Constitucional.

Por ello la regulación derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades es asumida dentro de las normas laborales, sin embargo esta realidad, el derecho civil en atención a su carácter supletorio, regirá aquellas situaciones en las que no exista una regulación laboral expresa.

La legislación en materia laboral tiene un vínculo directo con la teoría de la responsabilidad civil, desarrollada en el primer capítulo de este trabajo. En concordancia con el postulado: *“Todo aquel que incumple una obligación legal o contractual como consecuencia de la cual se origina un daño o perjuicio se encuentra obligado al resarcimiento respectivo”* (Patiño, s.f. pp 26). La teoría del riesgo civil es el origen de la derivación doctrinal del sistema de riesgos laborales y no obstante la autonomía de este dentro del campo del derecho laboral, este no se extingue en él, sino que puede ser complementado por las premisas normativas del Derecho Civil y su teoría de la Responsabilidad.

La base doctrinal de la responsabilidad, deriva del derecho civil y dentro de este la teoría de la responsabilidad civil objetiva o teoría del riesgo, es quien configuro los fundamentos del derecho laboral y la legislación laboral. A su vez, los ilícitos laborales, al igual que los civiles, pueden originarse en actos positivos o de comisión, (culpa por acción), o actos negativos (culpa por omisión), siendo su origen primario el incumplimiento de obligaciones legales o de orden contractual. (Patiño, s.f. pp 27).

Existe autonomía de la legislación laboral en Colombia, en tanto el Derecho Civil tiene un carácter subsidiario de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, que no aparezcan expresamente reguladas por el derecho laboral. También en el evento de la ocurrencia de un accidente de trabajo o en el desarrollo de una enfermedad que tenga como consecuencia el desarrollo de una actividad laboral, los trabajadores adquirieron nuevas herramientas normativas, en tanto se desprende de la responsabilidad de llevar la carga de la prueba en la comisión de un accidente o el padecimiento de una enfermedad, en ambos casos con causa o con ocasión del trabajo.

El transito evidenciado en el Derecho Civil de la teoría de la culpa, a la teoría del riesgo o teoría objetiva de la responsabilidad también contribuyo a desarrollar este fenómeno. La creación de las denominadas indemnizaciones automáticas, al trabajador se le reconoce el derecho de pago de las prestaciones sin necesidad de probar la culpa del empleador,

como elemento constitutivo de la responsabilidad de este, ya que se da la presunción de culpa sin la carga de la prueba y se facilita el reconocimiento de dichos pagos al trabajador. (Patiño, s.f. pp 27)

En la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, se presenta la figura de la responsabilidad del empleador, de carácter civil, la cual debe cumplir con los elementos generales de la responsabilidad, así:

4.2.1 Hecho Dañoso en materia laboral

Un evento generador de responsabilidad civil laboral, se da por afectación a un valor jurídico tutelado por una relación laboral contractual, cuando se produce daño como consecuencia de la violación a las obligaciones de seguridad que posee todo empleador, para con sus trabajadores. Este cuidado conlleva a adoptar todas las medidas tendientes a garantizar la plena seguridad al trabajador, así como su menor exposición al riesgo de accidentes, enfermedad o muerte, cuando se prueba la ocurrencia del hecho que genero el daño como consecuencia de la violación de tal obligación es más que suficiente para comprobar la responsabilidad del empleador (Martínez, 1993, pp 444).

4.2.2 La culpa en materia laboral

Esta condición es de vital importancia para determinar el grado y la responsabilidad del empleador en la ocurrencia del daño al trabajador, derivado de un accidente de trabajo, una enfermedad laboral u otro daño. La culpa es una condición de carácter subjetivo y comportamental que en el origen de la legislación laboral, debía demostrar el trabajador para establecer la responsabilidad del empleador. La evolución normativa y los cambios sociales, han dado un giro a esta carga probatoria, considerándose en la legislación actual, la culpa objetiva del empleador, es decir, basta con la demostración de la ocurrencia de un hecho dañoso en la persona del trabajador en su labor, para establecer la culpa del empleador. El artículo 216 del CST, impone la responsabilidad al empleador del cuidado de sus trabajadores, caso contrario se configura el beneficio al trabajador, de responsabilidad de quien está obligado a preservar las condiciones de integridad o cuando menos reducir al máximo posible el riesgo en la relación laboral, por ello el empleador incurre en culpa cuando presenta, imprudencia, impericia, negligencia o

cuando viola los reglamentos y las normas de salud ocupacional. Al Respecto el profesor Ayala Cáceres nos ofrece esta definición:

“En conclusión, la culpa es la voluntad de realizar un acto que es contrario a la ley, sin tener conciencia de esa contrariedad, conciencia que, por lo demás se habría podido adquirir usando mayor diligencia para reflexionar sobre las consecuencias de la propia acción” (Ayala, 2005).

4.2.3 El nexa causal en materia laboral

Se considera a la relación existente entre el hecho que ocasiona el daño y el vínculo contractual o extracontractual subsistente entre, el empleador responsable del deber de protección y el trabajador víctima del imprevisto, accidente laboral y/o enfermedad laboral. La relación entre la culpa, el daño y su vínculo interno como condición para determinar tanto la participación como el nivel de responsabilidad civil del empleador en el accidente de trabajo, se comprueban o desvirtúan por medio del establecimiento del nexa causal entre los mismos.

La legislación en Colombia complementa la responsabilidad del empleador, en el Decreto Ley – 1295 de 1994 y en la ley 776 de 2002. Para efectos de tasar el valor total de la indemnización los perjuicios causados debe iniciarse una acción judicial por la jurisdicción civil o laboral. Si se tiene en cuenta que en Colombia la celebración de un contrato de trabajo no tiene un carácter formal sino consensual, las obligaciones legales se incorporan a las contractuales, razón por la cual el eventual incumplimiento de las obligaciones ya sea legales o contractuales de trabajo, pueden configurar de inmediato una responsabilidad directa por parte de quien infringe (Patiño, s.f. pp 28).

Por ello numerosas disposiciones de carácter laboral declaran la existencia de la responsabilidad civil, entre las cuales se encuentra el incumplimiento de medidas de seguridad e higiene, normas de prevención de riesgos laborales, la afiliación del trabajador al sistema de riesgos laborales, y el cálculo que las empresas deben hacer por la comisión eventual de accidentes de trabajo o el denominado riesgo laboral.

El marco de la normatividad en materia laboral para imputar la responsabilidad a las EST como empleadoras, conforme lo disponen las normas que regulan el servicio temporal,

está claro, no así para la empresa usuaria, quien puede ejercer el poder subordinante a los trabajadores en misión y aún más generar el riesgo que afecta la integridad de los mismos.

4.3 El Artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo. La responsabilidad civil del empleador

En la relación laboral existen riesgos a los cuales están expuestos los trabajadores, en razón a la actividad económica que desarrolla el empleador. Los riesgos generan accidentes de trabajo y enfermedades laborales, que afectan la vida de los trabajadores, cuya responsabilidad es del empleador.

En atención al desarrollo de un servicio temporal, encontramos que la EST es la empleadora y la empresa usuaria, es tan solo la beneficiaria de un servicio, tal como lo determinó la ley creadora de esta forma de vinculación laboral, así:

“ART. 71 Ley 50 de 1990: Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”

La responsabilidad en el bienestar del trabajador, radica en quien actúa como empleador y es éste el obligado a responder por los daños ocasionados a la parte débil de la relación laboral, conforme lo describe el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

“ART. 216. Culpa del patrono. Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en 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.”

El contenido de esta norma, da origen a la formulación del problema jurídico en el presente trabajo, en tanto, en su literalmente considera como responsable de la

reparación del daño al trabajador, únicamente al patrono hoy empleador. Siendo necesario advertir que la norma que conserva su vigencia hoy, año 2014, fue pensada, redactada y publicada en el año 1950, cuando se publica el Código Sustantivo del Trabajo, olvidando así el legislador en materia laboral, que las normas en una sociedad, deben conservar el elemento denominado y ya comentado al iniciar nuestro escrito, de legitimidad, en tanto, las figuras jurídicas laborales, han venido cambiando tras seis décadas, de procesos de desarrollo y transformación social.

Hoy existe la triangulación laboral, surgen como empleadores las empresas denominadas de servicios temporales – EST- y los trabajadores –En Misión-, condiciones laborales, no contempladas en el texto del artículo 216 descrito. En la teoría de la Responsabilidad Civil se atribuye la responsabilidad de resarcir el daño a quien lo ha ocasionado, elementos estudiados en nuestro primer capítulo, pero encontramos una contradicción de esta condición para la responsabilidad, en la relación civil o comercial generada por la EST con la empresa Usuaria, en tanto la segunda, no cumpliendo la condición de empleadora, es la que en la actualidad está generando el daño en la salud del trabajador en misión y lo que es más grave, la muerte del mismo, sin que el afectado o su familia, puedan reclamar dicho daño, por la limitación hoy vigente de la norma, al establecer como único responsable al empleador, que para el caso en estudio es la EST.

En materia de resarcimiento del daño el artículo 216 es taxativo en considerar que la culpa patronal debe ser suficientemente comprobada para que este se configure en su totalidad, culpa que en la tercerización laboral no deviene el empleador sino del tercero beneficiario del trabajo prestado.

4.3.1 La responsabilidad civil para los trabajadores en misión según el criterio de la Corte Suprema de Justicia

En Colombia la doctrina en materia de responsabilidad civil, ha desarrollado el concepto de responsabilidad objetiva. En el ámbito de las empresas de servicios temporales, las obligaciones en el campo jurídico laboral entre el trabajador en misión, la empresa de servicios temporales y el usuario es compleja. No es suficiente lo señalado en el artículo 77 del CST para afirmar que ese agente intermediador, como empleador, es el único

obligado a responder por el contrato de trabajo de los trabajadores en misión. La legislación laboral y en especial la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nos indica que ello no es totalmente cierto. Existen eventos en que el usuario se compromete con el trabajador suministrado, pero consideramos y es el aporte que se espera dar al final de este trabajo, que las normas positivas, deben ser reformadas y actualizarse en su contenido, conforme la realidad laboral del país, con el fin de no continuar con la situación gravosa que afecta hoy al trabajador y a su familia, quien aun después de haber sufrido una afectación física, emocional o la muerte, debe iniciar un tedioso y costoso proceso judicial, para que se reconozca el culpable del acto que le afecto.

En la actualidad la triangulación de la responsabilidad de las empresas de servicios temporales y las usuarias en los accidentes de trabajo de los trabajadores en misión, se encuentra regulada por la ley 50 de 1990 y el artículo 216 de Código sustantivo del trabajo, al establecer que la responsabilidad en los accidentes de trabajo con la consecuencia indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 .C.S.T. está en cabeza de la empresa temporal, por cuanto es el patrono del trabajador accidentado y fue con quien suscribió el contrato de trabajo.

En la sentencia 9435 del 24 de abril de 1997, sentencia hito, frente a la responsabilidad civil por el incumplimiento de los programas de seguridad y salud en el trabajo ante los trabajadores en misión, la Corte Suprema de Justicia, estudio en recurso de casación, el caso de una señora que demanda en representación de sus hijos y como cónyuge, el hecho de la muerte de su esposo, por haber recibido un proyectil de arma de fuego en la cabeza en horas de trabajo mientras se encontraba laborando en misión al servicio de una empresa usuaria por orden de la EST, en la cual se encontraba vinculado.

La accionante solicita el reconocimiento de la indemnización por responsabilidad civil a la empresa usuaria. La demandada contesta la acción indicando que con ella no existía vínculo laboral alguno, y que el empleador es la EST, que fue representada por curador ante la imposibilidad de hacer la notificación personal.

El juez de primera instancia decide condenar por responsabilidad civil a la Empresa de Servicios Temporales, derivada del accidente de trabajo y absolvió a la empresa usuaria.

El tribunal de Antioquia, en segunda instancia confirma la decisión del a quo. Los dos jueces, utilizan como argumento jurídico para la condena de la EST y la absolución de la empresa usuaria, lo dispuesto en el artículo 71 de la ley 50 de 1990, ya estudiado, referido a la vinculación laboral de los trabajadores en misión con la EST. Y así mismo lo dispuesto en el artículo 216 del C.S.T en tanto este considera responsable de los daños morales y materiales a quien actúa y es reconocido legalmente como empleador.

En esta oportunidad la Corte expresó:

“Importa reiterar que con arreglo al artículo 78 de la ley 50 de 1990 la EST es responsable de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en misión, aun cuando el servicio se preste en actividades particularmente riesgosas, solo que en esta hipótesis y cuando los trabajadores requieren de un adiestramiento particular o sea indispensable que se le suministre elementos de protección especial la ley exige que en el contrato de prestación de servicios se determine expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones”.

Bajo estos postulados, en respuesta al recurso de casación, la Corte indicó:

“en el evento que un trabajador en misión sufra un infortunio profesional por culpa del usuario, bien sea por haber incumplido éste los compromisos adquiridos con la EST en punto a seguridad industrial o debido a una imprevisión injustificada, la cual se transfiere a la EST en tanto delegante del poder de subordinación pero exclusiva en la carga patronal, sin perjuicio del derecho de ella a repetir o reclamar a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual si este se presenta”.

En este sentido, la Corte decide no casar la sentencia, confirma la decisión tomada por los jueces de primera y segunda instancia.

Esta sentencia es la primera dentro de la línea jurisprudencial que da sentido al problema jurídico planteado en el presente trabajo, en tanto los jueces debieron hacer un análisis en el caso referido a la posible condena de la usuaria, en tanto no se profundizó en los hechos y omisiones que permitieron el ataque al trabajador, dentro de las instalaciones de la empresa usuaria.

Otro elemento que debe ser objeto de estudio, en la determinación de la calidad e un trabajador en misión, es el cumplimiento de los requisitos de la EST para ser considerada como tal, es decir que cumpla con las disposiciones jurídicas de la ley 50 de 1990, caso contrario, el trabajador dejará de ser considerado en esta calidad y pasará a ser trabajador de la empresa donde prestó el servicio, quedando la llamada EST en simple intermediario.

Ahora bien, en sentencia⁶ del 22 de febrero de 2006, la Corte desarrolla la responsabilidad en riesgos profesionales ante un trabajador en misión, considerando los límites para esta protección de la empresa usuaria y la empresa empleadora, es decir, la EST. En esta sentencia, se determina la condición de simple intermediario, cuando la EST no cumple con los requisitos de su conformación y que la empresa usuaria, es entonces verdadera empleadora, siendo la que debe responder por los derechos prestacionales y daños derivados de los riesgos profesionales en su momento hoy laborales al trabajador.

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia indicó:

“ En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria para a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyados en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435”.

La discusión jurídica frente a la responsabilidad, no ha sido un asunto de clara determinación jurisprudencial, en tanto la Corte Suprema de Justicia, realiza un estudio frente a la contratación de la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales y la diferenciación de éste con el contrato de trabajo celebrado con el trabajador en misión,

⁶ Corte Suprema de Justicia, rad. 25717 del 22 de febrero de 2006. M.P. Carlos Isaac Nader.

dando lugar a la estimación de la responsabilidad, solo en quien es reconocido como verdadero empleador. Al respecto la Honorable Corte ha dicho:

“Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposo que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del código del trabajo. Y si aparece diáfano - como en el presente caso - que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato de prestación de servicios con la usuaria y del contrato de trabajo en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral”.⁷

El tema de la responsabilidad solidaria con respecto a los trabajadores en misión, constituye el estudio del caso con 36 Radicación N° 10400, Magistrado ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez, en esta oportunidad, la Corte basa su argumentación jurídica retomando lo manifestado en la sentencia hito 9435 de 1997.

“Ahora, en cuanto a la obligada al pago de la indemnización, es sin duda, la empresa misionera, tal como la Corte lo dejó sentado en la sentencia del 24 de abril de 1997, con radicación 9435, traída a colación por el Tribunal, en la que después de hacer un recuento normativo sobre las empresas de servicios de temporales, dijo que “en el evento de que un trabajador en misión sufra un infortunio profesional por culpa del usuario, bien sea por haber incumplido este los

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente, José Roberto Herrera Vergara, expediente No. 8978 , 12 de Marzo de 1997

compromisos adquiridos con la EST en punto a seguridad industrial o debido a una imprevisión justificada, la culpa se le transfiere a la EST en tanto delegante del poder de subordinación pero exclusiva en la carga patronal, sin perjuicio del derecho de ella a repetir o reclamar a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual si este se presenta”.

En este mismo sentido se pronunció en sentencia del año 1998, al indicar:

“Consiguientemente, en el evento de que un trabajador en misión sufra un infortunio profesional por culpa del usuario, bien sea por haber incumplido este los compromisos adquiridos con la E.S.T. en punto a seguridad industrial o debido a una imprevisión injustificada, la culpa se transfiere a la E.S.T en tanto delegante del poder de subordinación pero exclusiva en la carga patronal, sin perjuicio del derecho de ella a repetir o reclamar a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual si este se presenta”.⁸

Para la Corte la responsabilidad se reputa entre la EST y la empresa usuaria en virtud del contrato civil celebrado entre estas dos personas jurídicas, en tanto no corresponde a la responsabilidad civil, contemplada en el artículo 216 del C.S.T, en tanto la EST deberá repetir contra la empresa usuaria por los daños que puedan ocasionarse al trabajador en misión (Erazo et al, s.f.).

“Con respecto al personal en misión, para todos los efectos la empleadora es la E.S.T y por tanto ésta se hace responsable del pago de los pertinentes derechos laborales e incluso de la salud ocupacional”.⁹

“Así para que el Ministerio del Trabajo autorice su funcionamiento, que la E.S.T constituya garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores y en cuantía no inferior a 500 veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar el pago de los correspondientes

⁸ Radicación N° 10400, Magistrado ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez, Santafé de Bogotá, D. C, quince (15) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998),

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente, José Roberto Herrera Vergara, expediente No. 8978, 12 de Marzo de 1997.

salarios, prestaciones e indemnizaciones, ante el riesgo de una eventual iliquidez. Importa reiterar que con arreglo al artículo 78 de la Ley 50 de 1990 la E.S.T. es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, aun cuando el servicio se preste en actividades particularmente riesgosas, solo que en esta hipótesis y cuando los trabajadores requieran de un adiestramiento particular o sea indispensable que se les suministre elementos de protección especial, la ley exige que en el contrato de prestación de servicios se determine expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones” (Corte Suprema de Justicia).

El Alto Tribunal frente al tema en estudio, ha sostenido que las empresas de servicios temporales se constituyen en verdaderos empleadores:

‘para todos los efectos’ responden por el pago de las acreencias laborales, son responsables igualmente de la salud ocupacional de los trabajadores y ante una posible insolvencia están obligadas para que se les otorgue su funcionamiento a la constitución de una póliza por valor de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento”. (Corte Suprema de Justicia).

En otra providencia considera la Sala sobre los marcos de responsabilidad:

“Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un

usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposos que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del Código del Trabajo”¹⁰

La Corte frente a la responsabilidad de la empresa usuaria, por el daño causado al trabajador, solo ha reconocido la potestad de la Empresa de Servicios Temporales de repetir en contra de la empresa usuaria, por los valores condenados a reconocer, así quedó plasmado en la siguiente sentencia:

“Surge con mayor nitidez el yerro del juez de la apelación si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, ha considerado ajustado a derecho la posibilidad de que en casos como el presente, la empresa de servicios temporales pueda repetir contra la usuaria en quien recayó la culpa del accidente de trabajo que provocó la muerte del trabajador”.¹¹

Al respecto, manifestó no desconocer que la situación fáctica de asuntos como el que ocupaba su atención, se ha erigido en un verdadero enigma sobre lo que es la delegación de subordinación propia de las Empresas de Servicios Temporales — en las empresas usuarias y su correspondiente obligación solidaria en casos de accidentes laborales, en tanto es evidente que la triangulación que presenta el asunto, denota que de la fuerza laboral desplegada por el empleado en misión se beneficia directamente la empresa usuaria y de existir culpa de ésta en la ocurrencia del accidente debe responder solidariamente por sus acciones u omisiones en materia de seguridad industrial u otra que afecte al trabajador, verbi gracia los contratistas independientes al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (Erazo, et al, *s.f.*).

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 9435 del 24 de Abril de 1997, M. P. Francisco Escobar Enríquez.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente, Luis Javier Osorio López, Radicación N° 25941; 1 2 de Marzo de 2006

“(…) Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (L.50190, art. 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Sólo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (CST, art. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.”

Se ha determinado en el presente capítulo, la existencia de la responsabilidad civil en materia laboral limitada al empleador, la cual se encuentra regulada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, norma positiva vigente desde el año 1950, de la cual el legislador no ha atendido la evolución de las formas de vinculación y contratación laboral en la actualidad, de tal suerte que el trabajo temporal, es una condición *sine quanon*, que le da la calidad de trabajador en misión, a los trabajadores y una nueva categoría de ente ejecutor de subordinación, denominada empresa usuaria. Figuras jurídicas que han forjado nuevas formas de derechos laborales, nuevas responsabilidades frente al sistema de seguridad social y en particular frente al sistema de riesgos laborales.

En el siguiente capítulo, expondré los argumentos que justifican una modificación al artículo 216 del C. S del T, para ajustar la normatividad vigente a los cambios de contratación laboral, que permitan a los trabajadores una seguridad jurídica del reconocimiento de sus derechos laborales y de la responsabilidad civil ocurrida por el daño con causa o con ocasión del trabajo.

4.3.2 De la solidaridad en la responsabilidad civil

El artículo 34 del código laboral establece la solidaridad del dueño de la obra con el contratista respecto de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, para el caso de accidente de trabajo las empresas dueñas de las obras o beneficiarios de los servicios son solidariamente responsable del reconocimiento y pago de las indemnización total y ordinaria de perjuicios en los términos del artículo 216 del C.S.T. “Se presenta la solidaridad cuando la empresa para la cual labora el trabajador accidentado realiza la ejecución de labores conexas, propias, y ordinarias de la empresa contratante según el artículo 34 del código sustantivo del trabajo” (Ayala, 2005, p 205)

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T Art 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen *in solidum*, se debería entender que el caso de un A.T.E.L debe entender en los términos de artículo 34 del C.S.T. la solidaridad de las empresas usuarias, pero la corte ha considerado que no existía tal solidaridad en el entendido de condenar en un solo fallo a la empresa usuario y al E.S.T , pero deja planteada la posibilidad de que la E.S.T reclame a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual, de haberse presentado.

Al respecto manifestó (El Tribunal) no desconocer que la situación fáctica de asuntos como el que ocupaba su atención, se ha erigido en un verdadero enigma sobre lo que es la delegación de subordinación propia de las Empresas de Servicios Temporales -EST- en las empresas usuarias y su correspondiente obligación solidaria en casos de accidentes laborales, en tanto es evidente que la triangulación que presenta el asunto, denota que de la fuerza laboral desplegada por el empleado en misión se beneficia

directamente la empresa usuaria y de existir culpa de ésta en la ocurrencia del accidente debe responder solidariamente por sus acciones u omisiones en materia de seguridad industrial u otra que afecte al trabajador, verbi gracia los contratistas independientes al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo¹².

Es así que permite que la solidaridad se presente pero en el sentido que la empresa E.S.T, repita contar la empresa usuaria sobre la indemnización que le correspondió pagar al trabajador en misión que se encontraba bajo la potestad subordínate de la empresa usuaria, mas no permite que tanto la E.S.T, como la empresa Usuaria sean condenadas en un solo fallo a pagar al trabajador indemnización total y ordinaria de perjuicios.

¹²Radicación No 32198. Corte Suprema de Justicia. sala de casación laboral Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza. Acta No. 05. Bogotá D.C, dieciocho (18) de mayo de dos mil nueve (2009). Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la empresa Activos S.A. contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dictada el 23 de febrero de 2007 en el proceso ordinario laboral que promovió Gilma Vega Martínez contra la sociedad recurrente y grandes superficies de Colombia s.a. Carrefour.

5. Segundo Capítulo: El Estado Social de Derecho y la teoría de la responsabilidad frente a los ciudadanos

En el desarrollo de la presente investigación, consideramos necesario realizar una revisión panorámica de las teorías sobre la responsabilidad en general y en los asuntos laborales en particular, con el fin de considerar las apreciaciones que al respecto de este concepto jurídico han realizado las Altas Cortes de Administración de Justicia Ordinaria y Constitucional, para presentar una propuesta que nos permita armonizar la rigurosidad existente desde la lectura del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo y la realidad laboral de los trabajadores en Colombia, sometidos a las nuevas formas de trabajo, como un elemento fundamental en la pronta y efectiva garantía de una decisión judicial, que ponga fin a un conflicto jurídico laboral, en forma expedita y eficaz para los ciudadanos, entendiendo la responsabilidad como un todo dentro de la relación laboral como instrumento idóneo, justo y democrático para garantizar el reconocimiento de los derechos laborales en condiciones socialmente aceptables.

Para el desarrollo de este objetivo, el capítulo está dividido en tres componentes que pretenden, en su conjunto, asumir una comprensión hermenéutica del derecho (Viola, 1999), es decir, una visión del derecho que, a diferencia de un estudio positivista y simple de las normas, nos permita modular la legitimidad, la validez y la eficacia de las normas (Mejía, 2005), atendiendo al carácter interpretativo de las normas y principios de desarrollo sustantivo y procesal, mediante la vinculación de los textos jurídicos con los contextos problemáticos, a fin de proponer soluciones viables para los problemas socio – jurídicos.

Con esta intención, en un primer momento nos centraremos en el origen y desarrollo teórico de la responsabilidad, resaltando los componentes del Estado Social en el reconocimiento y trato de los derechos a los ciudadanos, en busca de la garantía de los derechos fundamentales y dentro de ellos en el ámbito laboral, para garantizar la

igualdad, democratización y respeto por la persona frente a los demás miembros de la sociedad, seguidamente se describirá en detalle la evolución de la responsabilidad en materia civil y posteriormente en materia laboral, contemplando los cambios en las teorías de la seguridad social en las normas que en Colombia, han permitido la aplicación de la contratación por outsourcing. Se analiza la estructura del Estado Social de Derecho, a fin de comprender el reconocimiento del derecho laboral y dentro de éste el sistema de riesgos laborales, como un derecho social de protección constitucional, permitiendo establecer un orden y armonía en las relaciones jurídico-patronales, evaluando el desarrollo de la responsabilidad, en relación con los objetivos que motivan al Estado a la expedición de normas que permitan considerar las responsabilidades de los empleadores frente a la protección integral de la vida y honra de sus trabajadores, para la conservación de la armonía y la solución de sus conflictos, y finalmente se analizan los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los límites de la responsabilidad de quienes actúan como empleadores, en las cuales se ha pretendido equilibrar o enfrentar según las apreciaciones personales del lector, las relaciones entre las empresas contratistas y los trabajadores, terminando con unas conclusiones que pretenden precisar los puntos problemáticos de la cuestión y fijar los puntos de referencia, tanto políticos como jurídicos, para la solución de los mismos, insistiendo en la importancia de consolidar la protección del derecho laboral en un equilibrio con los derechos procesales y los entes encargados de su promoción y administración.

5.1 La responsabilidad como pauta inicial de todo trabajo

Etimológica y gramaticalmente, el término responsabilidad está vinculado a una persona. De tal forma que esta expresión denota un nexo entre dos personas, en donde una ocasiona el daño y la otra lo sufre (Martínez, 1993).

La responsabilidad corresponde a la actitud jurídica que se detona en un marco de condiciones legalmente reconocido y que tiene el criterio de asunción de las consecuencias por parte de un responsable, esto comúnmente coincide con el resarcimiento o reparación de un perjuicio o daño causado (Stiglitz, 2010).

Desde los más primitivos regímenes jurídicos de la humanidad se ha atribuido la responsabilidad por los actos de los individuos a las actuaciones que generan algún tipo de daño. En el derecho clásico la atribución de responsabilidad era entendida de forma

objetiva, se veía como una reacción primigenia a aquel objeto o individuo causante del daño. Sin embargo la noción de responsabilidad sufre una mutación de su concepción objetiva y primaria a subjetiva y centrada en la culpa que es una valoración por entero subjetiva del ámbito de la responsabilidad. La codificación de los primeros decálogos normativos civiles, es el periodo en donde se introduce la noción de culpa en el derecho civil como elemento propio de la responsabilidad (Martínez, 1993). En la medida que se extiende la comprensión del daño, desde el daño más elemental y básico hasta el daño moral y subjetivo, en el cual se introduce de forma paralela a la culpa subjetiva como responsable por la comisión del mismo. Para los tratadistas clásicos la culpa se resumía en este enunciado:

“Todas las perdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse y otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparadas por aquel que ha dado lugar a ellas por imprudencia u otras culpa. Porque ha ocasionado menoscabo aun cuando no hubiera tenido la intención de dañar. A si el que jugando imprudentemente en lugar en donde podía haber peligro para los transeúntes, hiriere a alguno, está obligado por el mal que ha causado” (Santos, 1977).

En el código napoleónico de 1804, es la culpa del concepto que fundamenta la norma, al respecto señalaba su artículo 1382: *“Todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido”*. Se parte de la consideración psicológica en virtud de la cual, existe un estado anímico reprochable en un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que provoca la reacción del ordenamiento jurídico para la defensa del ofendido (Santos, 1977).

La teoría clásica de la culpa se expresa en tres elementos complementarios de la misma: la culpa propiamente entendida, el hecho dañoso o daño y el nexo causal que existe entre los dos primeros para que pueda configurarse el escenario de la responsabilidad civil. Este entendimiento de la responsabilidad civil centrada en la culpa, ha sido la doctrina dominante en las determinaciones judiciales, tanto en los regímenes jurídicos más importantes de la cultura occidental como en Colombia (Tamayo, 1997).

La responsabilidad en el contexto jurídico describe como una obligación que tiene como sentido la reparación y satisfacción por parte del causante o un tercero obligado (Bonivento, 2009) a otro, por el mal causado o daño inferido (Cabanellas, 2009), dibujándose la figura de la conexión directa o indirecta en el suceso.

De esta manera la causa se origina desde un elemento que genera a su vez obligación, en la cultura primigenia se indicaba: *Sine causa nulla obligatio* (Preciado, 1993), cuestiones que resultan ser apropiadas para nuestra investigación, al indicar el desarrollo progresivo e interactivo de las normas en la determinación de la responsabilidad frente a las nuevas formas de relaciones laborales.

Jurídicamente el término responsabilidad se concreta como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta. De tal forma que se han pretendido diversas formas de división de las categorías de la responsabilidad. Encontramos la responsabilidad general y la responsabilidad jurídica.

5.2 La responsabilidad general

Se determina por la obligación de asumir las consecuencias. Dentro de ésta, encontramos la responsabilidad moral. Las consecuencias en esta responsabilidad son de índole subjetiva, interna, no trasciende al exterior. Es el desconocimiento de normas absolutamente espirituales, razón por la cual, es quebrantamiento de las normas corresponderá a una sanción o arrepentimiento interior frente al Dios.

La responsabilidad general o moral, no tiene mayor consecuencia para el otro, motivo por el cual depende de los criterios, concepciones y tendencias religiosas de quienes la asumen.

La responsabilidad ética, puede considerarse dentro de esta categoría de responsabilidad, diferencia de la moral en tanto puede alcanzar una expresión en el exterior de una forma somera y limitada. Esta responsabilidad se refleja en la esfera profesional, en atención a las disposiciones que rigen cada una de las dedicaciones, las cuales tienen un conjunto de reglas, normas, que pretenden ceñir el ejercicio a postulados y principios que no se pueden desconocer. De allí que las llamadas profesiones liberales, sancionan a quienes no actúan dentro de los lineamientos del grupo. La responsabilidad ética y su incumplimiento son

declaradas por cuerpos colegiados que imponen sanciones a los infractores que pueden llevar a la pérdida de la licencia o permiso para ejercer la profesión (Martínez, 1993).

5.3 La responsabilidad jurídica

La responsabilidad jurídica trasciende al campo externo del sujeto, afecta su vida en relación, las actividades dentro del grupo al que pertenece. Esta clase de responsabilidad es la que regula el comportamiento de los integrantes de un grupo social.

Para Hans Kelsen, las obligaciones jurídicas tal como se conocen en este presente, tienen su origen en la filosofía moral la cual corresponde a la responsabilidad y de ella a las formas de hacer efectivo el cumplimiento de las normas. La responsabilidad trae en sí misma la existencia de un acto coactivo que remite a la órbita del orden jurídico, este elemento define al derecho de las obligaciones, pues su existencia, es un acto de la autoridad normativa existente (Kelsen, 1979).

De la responsabilidad jurídica nacen las teorías normativas, relativas a todas las áreas del derecho, dentro de ellas las más estudiadas y de mayor desarrollo, la teoría de las obligación como fuente de la responsabilidad legal, la cual es reconocida también como uno de los operadores deónticos¹³ de las normas jurídicas¹⁴, habida cuenta de esto por su carácter imperativo y vinculante dentro de las propiciaciones jurídicas y su desarrollo lógico.

La responsabilidad jurídica hace que los hombres asuman las consecuencias por hechos, actos o conductas, y su clasificación se da dentro de las áreas del derecho como ciencia, encontramos la responsabilidad civil, la responsabilidad penal, que pueden representarse en consecuencias patrimoniales, económicas, derivadas de un hecho, que ha ocasionado una lesión al patrimonio de otro.

¹³ Con respecto la obligación, prohibición y permisión se ha dicho desde los estudios de las normas jurídicas, son estos tres los operadores deónticos o deberes de instrucción para el cumplimiento del mandato. Véase. VON WRIGHT, G. H, (1979). *Norma y Acción, una investigación lógica*, Editorial Tecnos. Madrid. pp 87.

¹⁴ Bajo este esquema se ha definido la norma, donde además éstas se encuentran encaminadas a motivar ciertas conductas. Véase. BULYGIN, E. y MENDOCA, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid. pp 15.

La responsabilidad jurídica con mayor desarrollo ha sido la civil, en tanto sus consecuencias se aplican a los conflictos laborales, comerciales, contenciosos, la cual se ha subdividido en contractual y extracontractual.

Desde este marco la responsabilidad jurídica, es aquella que reconocida en una norma positiva y como dispositivo sujeto a una serie de condiciones de aplicación, esta se libra a favor de quien ha sufrido un perjuicio con ocasión o en ejercicio de un acto de quien precisamos es el responsable y debe por lo tanto asumir las consecuencias, mediante la reparación, indemnización o saneamiento o el cumplimiento de una sanción previamente reconocida y conocida

5.3.1 Clasificación de la responsabilidad jurídica

Para Planiol una obligación puede ser definida como *“el lazo de derecho por el cual una persona está sometida a otra por el pago de una prestación”*. La existencia del vínculo genera obligaciones de orden personal, donde la verificación de sus efectos se da de una manera contraria a la propia de las obligaciones de orden real.¹⁵

Las vertientes de la responsabilidad se diferencian en primera medida por los sujetos que en esta intervienen, la conducta, el afectado y las reglas de derecho aplicadas a cada caso, de tal forma que las responsabilidades derivadas de la existencia o no de un negocio jurídico, son autónomas en su desarrollo.

- La responsabilidad contractual

Es la que nace para la persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, por la demora, o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención.

En este sentido el daño puede tener su origen en el incumplimiento puro o simple del contrato, en su cumplimiento moroso o en su cumplimiento defectuoso.

¹⁵ Así ha sido puesto por los doctrinantes eruditos en el tema. Véase. ARTEGA, J. M. (1979) *Curso de Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá. pp 79.

Esta responsabilidad es asumida según la carga de la prueba para considerar el hecho de la culpa, de tal forma que existen hechos en donde la culpa estructura la responsabilidad y otros en donde la culpa se presume. Esta diversidad probatoria ha traído como consecuencia la clasificación jurisprudencial y doctrinaria de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultados (Tamayo, 2007).

- La responsabilidad extracontractual.

Es la que nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual. Entre el dañoso y la víctima no existe una relación jurídica anterior. Esta responsabilidad puede ser dolosa, culposa, delictual, cuasi delictual y objetiva. En estas divisiones de la culpa extracontractual, se requiere probar por quien sufre el daño.

Esta clasificación primigenia de la responsabilidad supone para las dos la existencia de un comportamiento activo u omisivo de una de las partes; que una haya sufrido un perjuicio, y que haya un nexo causal entre el comportamiento y el daño (Mazeadu-Tunc-Chabas, s.f.).

- La responsabilidad civil

La responsabilidad civil permite considerar un vínculo jurídico que trae como consecuencia la obligación de hacer, no hacer o dar y bajo este concepto han venido desarrollándose los lineamientos en esta materia (Tamayo, 2005).

La responsabilidad surge en los hechos culposos, dolosos y en el incumplimiento de los contratos fuentes de las obligaciones, que en *primera facie*, su satisfacción requiere de medios coercitivos para su reconocimiento, el uso de un amparo de orden jurisdiccional para la exigencia (Valencia, 2010).

Se ha definido la responsabilidad civil cuando se determina que:

“una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa de un daño que otro sufre, está obligado a repararlo (...) motivo se

advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los caso en una obligación de reparación” (Valencia, 2010).¹⁶

Es decir, solo será responsable civilmente quien haya sido declarado y de no estarlo a pesar de haber causado el daño no estará obligado a repararlo (Josserand, 1952).

En la revolución industrial en Europa, el auge del sistema capitalista en todo el mundo, motivo a los tratadistas europeos a desarrollar severas críticas a la teoría de la culpa como originaria de la responsabilidad en materia civil. Al respecto señalaba el tratadista francés Louis Josserand:

“La concepción subjetiva podría bastar en una sociedad en la que las relaciones comerciales e industriales estuvieran poco desarrolladas, en un pueblo de agricultores y guerreros; no está ya la medida de nuestra sociedad moderna más compleja, mas emprendedora en la que las relaciones jurídicas se intensifican, los riesgos se multiplican y reviven las más variadas formas” (Josserand, 1950).

Tradicionalmente entendida como la obligación que recae sobre un sujeto jurídico, para reparar el daño cometido contra otros sujetos de derecho ya sea por acción u omisión, la responsabilidad civil ha tenido tradicionalmente dos géneros que son difícilmente distinguibles, la Responsabilidad Civil Contractual y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Velásquez, 2009). Ambos géneros jurídicos tienen sin embargo un elemento en común o atributo propio, este es el carácter de la antijuridicidad, que se refiere a que para que surja la obligación indemnizatoria debe ocurrir la comisión de un daño que sea la consecuencia de del incumplimiento de un deber jurídico, imputable a título de culpa o actividad peligrosa (Santos, 1977). Sin embargo la sola definición autónoma de ambos géneros es cuando menos problemática, en la medida en que algunos autores y un buen número de providencias intentar definir ambos campos de forma única, empleando el termino jurídico mas general de Responsabilidad para intentar cobijar a ambas (Ackerman, 1998).

¹⁶ Es la definición esgrimida por Valencia Zea.

Esta división no resulta arbitraria en tanto que se observa un manifiesto interés del legislador por distinguir los dos tipos de responsabilidad en el Código Civil. Las obligaciones que resultan más allá de las expresamente consideradas en un vínculo contractual son las que típicamente devienen bajo el nombre genérico de Extracontractual. Se considera adicionalmente que este tipo de responsabilidad esta jerárquicamente ubicada por encima de la contractual, en la medida en que ella excede los parámetros de lo establecido en un contrato y cobija los supuestos normativos superiores, de violación o abuso del derecho, excediendo de las tipologías de reparación expresamente consideradas en las cláusulas de un contrato. La Corte Suprema de Justicia sostiene al respecto:

“La culpa contractual se distingue de la extracontractual, primordialmente, en cuanto la primera presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el acreedor y el deudor, en tanto que la segunda, la obligación se establece u origina en el hecho causa, imputado a una persona, para que responda por el daño injusto causado a otra, por actos o por omisiones, por dolo o por simple imprevisión o negligencia, en consecuencia, un mismo hecho puede considerarse, al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, como culpa contractual y extracontractual” (Corte Suprema de Justicia, 1962. pp 738).

Por esta Razón tanto la jurisprudencia del alto tribunal como la doctrina reconocen que la responsabilidad en materia civil, no deviene o se origina en las obligaciones anteriores a la relación prevista en un contrato, porque la realidad jurídica excede los supuestos de reparación que son tradicionalmente expresados en el contrato. A si, si las obligaciones surgen del daño y el nexo causal que supone la ocurrencia y posterior reparación del mismo, esta situación puede presentarse sin el concurso de una relación jurídica previa, y las obligaciones pueden surgir perfectamente sin que se presente el vínculo contractual que supone la responsabilidad contractual. Esta por ultimo al tener un carácter restringido opera solo para los supuestos de incumplimiento de una obligación expresamente descrita en tanto la responsabilidad extracontractual opera en el resto de situaciones en donde eventualmente se presente un daño y se origine la responsabilidad de resarcimiento y reparación del mismo (Aranburo, 2008).

- La responsabilidad penal

La responsabilidad jurídica penal se da cuando la norma violada impone una sanción penal a quien ejecuta la conducta que la norma prohíbe. Todas las normas penales se componen de una conducta que describe la norma como prohibida dentro del ordenamiento punitivo y de una sanción. Esta conducta es reprochada por el grupo, en cuanto la considera atentatoria contra los principios de la organización social. Los elementos de esta son objetivos y subjetivos. La norma penal describe las sanciones o consecuencias que se aplica a quien ejecuta la conducta o acción prohibida, siendo por lo general privación de la libertad.

En el estudio de la responsabilidad penal, se encuentra la discusión de la tipicidad. Para los alemanes la tipicidad es la fuente de la responsabilidad, en tanto la conducta debe amoldarse totalmente a la norma, y esta forma teórica de responsabilidad ha permeado el derecho latinoamericano y en consecuencia el Colombiano (Aranburo, 2008).

5.4 La responsabilidad civil y los cambios sociales en el ámbito laboral

Las preocupaciones de los seres humanos han cambiado de modo significativo, en cada una de las etapas de la historia, encontrándonos en la edad contemporánea, los temores se centran en los daños al medio ambiente y sus trastornos, en la indemnidad física en el trabajo, la salud propia y la de su familia, el desarrollo de la tecnología y su influencia en la vida cotidiana. Estas preocupaciones nuevas en las personas encierran toda la esfera personal dentro de la cual se encuentra el trabajo, que en esencia buscan prevenir los daños frente a eventuales afectaciones de la integridad física y emocional de los miembros de una sociedad.

Los cambios de actitudes en las personas han permeado a los Estados, en tanto los textos de las Constituciones modernas contemplan en sus textos políticas de protección en el derecho privado y en particular en los asuntos referidos a la responsabilidad civil que ha sufrido una transformación importante (R. Alexy, 2002).

Las posibilidades de ser dañados, o ser víctimas, son mayores. En el ámbito laboral los cambios técnicos y tecnológicos hacen que los riesgos y peligros sean en ocasiones invisibles pero que aparezcan con ocasión del daño.¹⁷

Un caso indicativo de estos daños es el de la responsabilidad del empleador de la que se divulga un carácter inexistente para quienes en las nuevas formas de contratación laboral, actúan como empresas usuarias de servicios, sin ser empleadoras. Cuando se habla de responsabilidad del empleador por la actividad de su empresa, se habla de la culpa, de la carga de la prueba, de las obligaciones de medios y de resultados, y de otros factores que son, los elementos tradicionales de la responsabilidad, los cuales son necesarios analizar a continuación, con el objeto de entender la razón de la propuesta presentada en este trabajo.

5.4.1 Daño a las personas como una responsabilidad civil

La Responsabilidad civil como obra de la concurrencia de la culpa, se entendió que el centro de ésta se encuentra en el riesgo. Esta visión tuvo su origen con el surgimiento de la Revolución Industrial en Europa, y el auge del sistema capitalista en todo el mundo.

Esta realidad motivo a los tratadistas europeos a desarrollar severas críticas a la teoría de la culpa como originaria de la responsabilidad en materia civil. Al respecto señalaba el tratadista francés Louis Josserand:

“La concepción subjetiva podría bastar en una sociedad en la que las relaciones comerciales e industriales estuvieran poco desarrolladas, en un pueblo de agricultores y guerreros; no está ya la medida de nuestra sociedad moderna más compleja, mas emprendedora en la que las relaciones jurídicas se intensifican, los riesgos se multiplican y reviven las más variadas formas” (Josserand, 1950).

La revolución industrial trajo consigo una explosión de situaciones en que las masas de nuevos trabajadores, multiplicaran por cientos las condiciones propicias

¹⁷ Sobre el riesgo en la sociedad moderna. Cfr. M Douglas. Rischio e colpa. Bologna, 1996, pp 32.

para la ocurrencia masiva de toda suerte de accidentes de trabajo, lesiones de toda índole y enfermedades, que eran consecuencia directa de las actividades industriales. Todas ellas, se hallaban generadas en el abigarrado mosaico de nuevas actividades productivas urbanas que se desataron al calor de la nueva revolución industrial (Engels, 1974).

Frente al criterio psicológico de la culpa, surgió como reacción la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo. Este enfoque centraba sus señalamientos a la teoría de la culpa, atribuyéndole rasgos de vaguedad en sus definiciones y la indeterminación que ella tenía en todo termino jurídico. Además las críticas a esta se centraban esencialmente en la necesidad de encontrar la prueba del hecho dañoso como fundamento de la misma. A si, cuando una persona era víctima de alguno de los supuestos de responsabilidad, se condenaba a la misma a soportar la carga probatoria de la ocurrencia de dicha situación, con la consecuencia de que si esta no podía adjuntar las pruebas del hecho, se determinaba su petición de resarcimiento y era dejada al garete y sin otro recurso judicial de reclamo.

La teoría de la responsabilidad civil entendida como riesgo o teoría objetiva, se fundamenta en la premisa según la cual aquel individuo que pretende desarrollar una actividad en la cual se involucre un riesgo potencial a terceros, debe presumir todas las precauciones para disminuir el mismo, de manera que la probabilidad de ocurrencia de daño sea la menor posible. En esta se prescinde de la imputabilidad subjetiva para establecer que la obligación indemnizatoria surge cuando y este se puede reconducir materialmente a un sujeto de derecho sin más consideraciones (Santos, 1977 pp 7). Esta aparte puede resumir bien este postulado:

“Todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse porque lo ha ocasionado porque todo problema de responsabilidad civil, se reduce a un problema de causalidad, cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a otro a reparar el perjuicio”¹⁸.

¹⁸ RIPERT, Georges. “La regla moral en las obligaciones civiles”. En Santos, B. Pág. 8.

Las legislaciones civiles en el mundo incluyendo la de nuestro país, han sido reticentes en acoger este enfoque doctrinal de la responsabilidad civil, en la medida en que consideran que sus fundamentos están más emparentados con las teorías, igualitarias y libertarias derivadas del pensamiento socialista. En Colombia la teoría de la responsabilidad como riesgo se admite solo de manera excepcional y son pocas las providencias que se hallan sustentadas en la misma. Sin embargo la teoría ha tenido hondos repercusiones en el derecho del trabajo, y específicamente en la teoría de los riesgos laborales, gracias a que la fundamentación del riesgo en las actividades productivas sufrió una transformación de las clásicas consideraciones que atribuían la carga de la prueba en la comisión de un accidente laboral al trabajador, hasta las actuales concepciones en donde es el empleador quien tiene la obligación de desvirtuar su responsabilidad en la ocurrencia de eventualidades dañosas que afectan a los trabajadores a su cargo.

En Colombia el código civil, regula en títulos separados de su libro cuarto la responsabilidad civil contractual y extracontractual. En la primera se agrupa en el texto bajo el título expresado en el epígrafe: “Del efecto de las obligaciones”.

Establecer los criterios de diferencia entre los dos tipos de responsabilidad es una tarea compleja, porque la jurisprudencia y los tratadistas han señalado que ambos tipos de responsabilidad guardan una identidad común, basados en el postulado general de derecho según el cual nadie puede sufrir un perjuicio por el hecho ajeno -*nemo ex alteria culpa praegravati debet*-(Santos, 1977 pp 205).

Sin embargo las diferencias más protuberantes pueden observarse en el campo extracontractual, cuando en aquellos eventos en que se ocasione un daño, al margen o con independencia de un vínculo obligacional previo a la ocurrencia del daño, este afecte derechos y premisas de la víctima eventual. A su vez, se está en presencia de la relación contractual cuando el daño es la consecuencia de la inobservancia de deberes jurídicos emergentes de un vínculo obligacional, que no está necesariamente constituido por un contrato si se tiene en cuenta, que conforme a los artículos 1494 del código civil Francés y de la ley 57 de 1887, las obligaciones pueden nacer, para emplear la terminología de un cuasi contrato y de la ley (Santos, 1977 pp 206).

Sin embargo en Colombia la Corte Constitucional considera que los dos criterios pueden agruparse en una definición genérica, que cubre por igual a la Responsabilidad Civil Contractual y a la Extracontractual, así esta definió en su sentencia C – 424 de 1997 el alcance del término. En la providencia con ponencia del Magistrado, Jorge Arango Mejía el alto tribunal señaló:

“RESPONSABILIDAD CIVIL - Alcance de la expresión. Cuando se habla de responsabilidad civil originada en el incumplimiento de un contrato, no se tiene en cuenta si éste es un contrato de naturaleza civil, pues podría ser comercial.

Responsabilidad civil es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual. En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablará de responsabilidad civil contractual”. Sentencia C – 494. De 1997. Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía.

No obstante todo lo anterior, existen elementos propios que el concepto de Responsabilidad Civil que puede englobar en sí mismo, para apoyar una definición conceptual propia. El daño es sin duda el principal elemento común a la responsabilidad civil, en tanto que ya sea cualquier orilla doctrinal en la que se quiera entender el concepto de responsabilidad, por vía de la culpa o del riesgo, es el daño causado la característica intrínseca propia de la responsabilidad civil, puesto que el surgimiento de la misma es consecuencia directa de la ocurrencia del daño, que al ser imputado a un sujeto jurídico particular ocasiona la reparación o el resarcimiento del mismo (Velásquez, 2009 pp 13). “Consiste en reparar el daño que se ocasione a otra persona en relación causal con el incumplimiento de un deber jurídico sin causa que lo justifique” (Santos, 1996).

Adicionalmente la existencia de la obligación derivada de un contrato o acuerdo jurídico vinculante a las partes, es la característica principal de este género específico de responsabilidad. “En la responsabilidad civil contractual existe un vínculo obligatorio preexistente, de cuya violación o incumpliendo surge a su vez la obligación de reparar el daño causado por dicho incumplimiento, (...)” (Velásquez, 2009 pp 37). Es decir este

campo de responsabilidad resulta mucho más limitado que la extracontractual, pero no se agota exclusivamente en las estipulaciones específicas del texto del contrato, pues la misma no restringe el alcance de las obligaciones que no parecen expresamente descritas en un texto contractual.

5.4.2 Elementos de la Responsabilidad Civil.

En estricto sentido la Responsabilidad Civil tiene las dos orbitas antes enunciadas, es decir la órbita contractual y la órbita extracontractual, no obstante que según el supuesto factico específico de la contingencia los supuestos de una u otra para la determinación de la existencia, deben concurrir los mismos elementos, tal como lo desarrolla el profesor Martínez Rave (1993 pp 435).

- Hecho Dañoso

Como elemento constitutivo de la responsabilidad jurídica civil, se refiere a la modificación objetiva, a un cambio o transformación en una persona. Este hecho físico, puede ser ejecutado por quien es jurídicamente responsable o por una persona diferente a la que debe responder o asumir la obligación patrimonial de indemnizar. No solamente en el campo contractual sino en el extracontractual, puede darse este elemento en donde el hecho, conducta o acto de un tercero, compromete la responsabilidad de otro que lo debe vigilar (Martínez, 1993 pp 30).

El hecho dañoso, puede producirse por el impacto, el contacto, o efecto de una cosa, objeto o bien. Es el sufrir una mutación física producida por una cosa. Esta cosa puede ser animada o inanimada.

- La culpa

La culpa es una condición de carácter subjetivo y comportamental que pretende establecer una relación entre el hecho y la voluntad o querer del presunto responsable.

Es un error de la conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente, en las mismas circunstancias externas en que actuó el autor del perjuicio.

En la doctrina francesa se hace distinción entre la culpa intencional y la culpa no intencional. Se da la primera cuando el autor del perjuicio ha querido causarlo. Es la intención de perjudicar (dolo) lo que caracteriza esta culpa.

La culpa no intencional (imprudencia o negligencia), se da cuando el autor del perjuicio no ha querido su realización. No hubo intención de causar perjuicio.¹⁹

La culpa grave es aquella que no es ni intencional, ni voluntaria sino particularmente burda. El autor no ha querido ocasionar el perjuicio pero se ha comportado como si hubiera querido.

- El nexos causal

La relación de causalidad o vínculo de causalidad, que según el principio de causalidad, la causa produce su efecto.

La necesidad de la relación de causalidad deberá aparecer en forma clara que el hecho generador de responsabilidad es la causa del daño sufrido por la víctima es el efecto. Se tendrá así el vínculo causa a efecto o relación de causalidad (Tamayo, 2009 pp 99).

En Colombia esta relación, se encuentra en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. Según el artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a indemnización (...).”

Esta teoría de la responsabilidad civil, se desarrolla en igual sentido en el derecho laboral, en tanto las relaciones jurídicas que se generan entre el empleador y el trabajador, refieren a situaciones que pueden encausarse en hechos dañosos objeto de reconocimiento a quien se haya visto afectado por éste. Pero la doctrina y la jurisprudencia no tienen una posición unificada frente al tipo de responsabilidad que surge, en tanto para unos se trata de una responsabilidad civil extracontractual, al no tener ninguna relación con el contrato de trabajo y que por lo tanto está sometida a todos

¹⁹ León Henri, y Mazeaud Jean, actualizados por MICHEL DE JUGLART, T II. Vol I, pp. 444.

los requisitos y parámetros de ésta, para los otros, esta responsabilidad es netamente contractual, tiene su origen y fundamento en la convención o contrato de trabajo que regula toda relación laboral.

Teniendo en cuenta que no existe una obra que haya desarrollado en su extensión ninguna de estas teorías, nos proponemos en los siguientes capítulos demostrar, como la responsabilidad civil frente al daño a un trabajador, cuando se presenta un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, que tiene en su origen la culpa del empleador, no solo es contractual, sino que debe extenderse a todos aquellos que actúan para el trabajador como tales y/o le han generado el riesgo que le afectó su vida física y emocional.

Para alcanzar esta afirmación de responsabilidad, se considera necesario describir la estructura del Estado Social de Derecho, que genera dentro de su componente jurídico, los mecanismos para hacer efectivos los derechos de los trabajadores frente al daño sufrido.

5.5 El derecho laboral en el Estado Social de Derecho

En el marco de los derechos humanos el trabajo se refiere a toda actividad que una persona ejecuta en beneficio de otra, bajo su subordinación o dependencia y por la que recibe a cambio una remuneración²⁰. Entonces, entendemos que la relación de las personas en este tipo de contrato es desigual, especialmente en cuanto a las actividades que desarrolla una persona están al servicio de la otra, en acuerdo a una remuneración.

El Estado social tiene dentro de sus fines de justicia social garantizar la accesibilidad al trabajo y para tal propósito otorga varias garantías a quienes prestan su mano de obra o conocimiento a quienes se denominan empleadores.

Surge el interrogante por encontrar los límites que debe otorgar el mencionado Estado Social de Derecho a las garantías para el trabajador, más aun, cuando se está en frente a personas que prestan su servicio personal en empresas en donde le hacen sentir su condición de trabajador, por el ejercicio de la subordinación, pero que en la forma no son

²⁰ Código Sustantivo de Trabajo, Numeral 2º artículo 22, quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración cualquiera que sea su forma, salario.

empleadores, por la naturaleza civil o comercial del contrato celebrado con un tercero, que si asume la condición de empleador, pero que no ejerce tal posición ante el trabajador. Estamos hablando de la empresa de servicios temporales y su forma de contratación con otra empresa denominada usuaria del servicio.

La misma Carta Política en razón de proporcionar el principio de igualdad y funcionalidad, consagra en el artículo 25 el derecho al trabajo digno, y más adelante en el artículo 53 describe los principios del derecho laboral, reconociendo en ambas disposiciones el derecho a la igualdad (Constitución Política de Colombia, 1991).

En la relación laboral el trabajador será siempre considerado el más débil dentro de la misma, y más aún si en la forma este trabajador no tiene el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales, es entonces, cuando el Estado con sus poderes pero a través de la rama judicial, entra a garantizar a los ciudadanos los derechos desconocidos en la relación contractual con el empleador.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 53, ratificó el rango constitucional del derecho al trabajo, así como la estabilidad en razón del desempeño y la igualdad de oportunidades a los ciudadanos colombianos, en lo que a las oportunidades de conseguir y permanecer en un empleo se refiere.

El Estado como empleador, entra en crisis ante la financiación de las prestaciones laborales y más aún de la seguridad social y asume los procesos de globalización, dentro de una política neoliberal, en los cuales se dispuso la liquidación de entidades del orden estatal, se expidieron normas que permitieron el ingreso de la inversión extranjera, se dictaron normas generales de organización de las empresas que podían tercerizar la relación laboral, igualmente, se dio paso a la prestación de servicios públicos por medio de la empresa privada, se autorizó la creación de nuevas entidades cambiando los criterios de administración, vinculación de personal y funcionamiento, se crean regímenes de pensiones y de indemnizaciones para los trabajadores no vinculados a las nuevas empresas sin derecho a pensión (Bejarano, 2001) y de estos procesos surgen entre otras las Empresas de Servicios Temporales, cuya función es reemplazar las vinculaciones directas de las grandes empresas, con los trabajadores, generando

ingresos para las primeras y ganancias para las segundas, beneficiándose las dos partes del trabajo de un tercero, el ciudadano trabajador, quien debe aceptar las condiciones de trabajo y el salario ofrecido.

El decreto 1433 de 1983 crea una potestad general o competencia referida a la operación con terceros, facultad que es concedida por la ley a las Empresas de Servicios Temporales, con el fin de que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con las personas naturales o jurídicas mencionadas por la propia norma; la consideración de quiénes pueden contratar con las Empresas de Servicios Temporales el desarrollo de las funciones que le son propias, tienen varias posibilidades que han sido utilizadas por los administradores con poder de decisión dentro de estas organizaciones y permite contratar con terceros en general, entre ellas mismas, aprovechando el nivel de mayor complejidad que pueden poseer sus iguales, la contratación con entidades privadas, con operadores externos y finalmente con personas naturales que acrediten los requisitos para la prestación del servicio que se espera contratar, desligándose de las responsabilidades como empleadores pero generando los riesgos a los trabajadores, hecho que es objeto de estudio detallado en este trabajo.

En este aspecto es evidente que el concepto de validez positivista en Kelsen queda corto, debido a que únicamente hace referencia a “(...) *la existencia específica de una norma (...) Cuando los hombres que actúan como órganos legislativos, deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias, y de esa manera le otorgan validez (...)*” (Kelsen, 1993), olvidando la necesidad del concepto de legitimidad y de eficacia, que podrían garantizar un contenido material de justicia en el ordenamiento jurídico, brindando herramientas de defensa justas (en el sentido de garantizar un debido proceso) a los ciudadanos que se vinculan a las Empresas de Servicios Temporales, con el conocimiento de estar aceptando la violación de sus derechos laborales, y lo que es peor y objeto de estudio, es la firme decisión de los administradores de celebrar dichos contratos, esperando que el trabajador no presente acción judicial alguna o que cuando la presente no se configure la responsabilidad objetiva y ni la solidaridad en el daño causado, afectando con ello la estabilidad del sistema jurídico y por ende del sistema social (Mejía, 2005 pp 27).

Así las cosas, la realidad se distancia del concepto de validez otorgado por el paradigma positivista normativo Kelseniano, en el cual prima la validez de la norma con un mínimo de eficacia como condición para su validez, sobre los conceptos de legitimidad y eficacia. Por tanto, aunque desde un punto de vista positivista normativo Kelseniano, la ley de creación de las Empresas de Servicios Temporales fue promulgada para garantizar el acceso al trabajo y la organización entre los iguales en una labor por órgano legislador y regula la materia de estudio, teniendo el atributo de validez, no es legítima respecto de este grupo poblacional (trabajadores dependientes) y no es eficaz por cuanto origina inseguridad jurídica a los ciudadanos, que esperan por años la posibilidad de permanecer en una empresa, formas de vulneración del derecho al trabajo denominado estabilidad en el empleo, que en tiempo actual se subsana mediante la celebración de contratos de civiles de las empresas usuarias con las cooperativas de trabajo asociado y/o empresas de servicios temporales, las cuales son objeto de estudio, que finalmente llevan a la búsqueda de un juez de la república que permita resarcir los perjuicios laborales, psicológicos y económicos, que un fallo judicial puede o no garantizar, debido a que el proceso busca mayoritariamente el reconocimiento de los derechos laborales frente las actividades sociales del Estado en la garantía al derecho laboral, dentro de la función pública (Atienza, 1987) lo anterior no sería razonable, en voces del profesor Atienza, lo razonable está ligado a un margen de apreciación admisible, que al exceder los límites permitidos parece socialmente inaceptable (Ley 734 de 2002, Art 22).

En este punto es preciso apreciar los conceptos de legitimidad, eficacia y validez de la norma recogiendo lo expresado por el profesor Mejía respecto a Rawls y Habermas, con la finalidad de buscar respuestas a la problemática del contrato realidad frente a las Empresas de Servicios Temporales y la función pública del derecho al trabajo, por cuanto el positivismo Kelseniano no permite un avance en este tópico, que tenga en cuenta las consecuencias sociales, económicas, jurídicas y laborales de la celebración indebida de este tipo de contratos.

La interpretación del sistema jurídico, en lo que respecta a la celebración de contratos civiles con empresas usuarias, no brinda luces para garantizar los derechos de los trabajadores, en ese entendido, es preciso reformar la norma, esto es el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, a través de la modificación del derecho positivo vigente,

“(…) Quién formula propuestas (…) pretende influir sobre el legislador, o sobre quién tenga poder de modificación de las normas bajo crítica”.(Courtis, 2006), sin embargo, un mero cambio normativo, aunque podría solucionar en principio el problema deviene las dificultades de un gran número de normas que en últimas acaecerían en un sistema más lento y anquilosado.

Podría considerarse el planteamiento rawlsiano que concibe los principios de justicia como externos al ordenamiento jurídico:

*“(…) en un congreso constituyente a través de un principio ya no de legitimidad sino de validez. Principio que después permea las diferentes legislaturas y la administración pública y de justicia y, en general, el conjunto de las instituciones. El imperativo consensual de la posición original se recoge en un **principio jurídico-constitucional** de igual participación que define los términos de validez de las normas jurídicas. Este principio no es ya un criterio de legitimidad política sino un factor de validez jurídica del ordenamiento.”* (Mejía, 2005)

Buscando la estabilidad ya no del sistema jurídico, sino del sistema social, lo que permitiría una visión estructural de elementos como los constitucionales que aunque son externos se involucran con el sistema jurídico y le permiten legitimidad y eficacia”.

Lo anterior permitiría la incorporación de principios de orden jurídico – constitucionales que admiten respuestas a la problemática del desconocimiento de los derechos laborales frente a las necesidades de prestación del servicio por las entidades objeto de estudio, tomando como referencia los fallos de la Corte Constitucional respecto a los contratos de prestación de servicios y contratos civiles que las Empresas Sociales del Estado, celebran con terceros, para desconocer los derechos laborales, así:

“Sin embargo, la Corte constata, de otro lado, que si bien existe un fundamento constitucional parcial para la norma demandada, siendo la contratación de servicios una figura válida desde el punto de vista constitucional y legal, el precepto acusado, tal y como se encuentra redactado, al consagrar de manera amplia y general una autorización o facultad a las Empresas Sociales del Estado, sin ningún tipo de límites o restricciones, para que puedan contratar con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades

privadas o con operadores externos, el desarrollo de sus funciones; se encuentra en clara contravía de la Constitución en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, y de la jurisprudencia de esta Corte, tal y como quedó reseñado en la parte considerativa de esta sentencia y sintetizado en el apartado anterior, al desconocer la prohibición constitucional de contratar las funciones propias o permanentes de las entidades estatales a través de la figura de contratos de prestación de servicios. De esta manera, la Sala observa, que el enunciado normativo demandado, al autorizar la contratación de manera ilimitada de funciones de las Empresas Sociales del Estado con terceros, se encuentra vulnerando la mencionada prohibición constitucional, por cuanto el precepto permite la posible contratación de funciones permanentes o propias de las Empresas Sociales del Estado, de funciones que puedan ser desarrolladas por el personal de planta de la entidad o que no requieran conocimientos especializados, lo cual da lugar a la afectación del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los fines propios de la administración pública, como quedó expuesto en detalle en esta providencia.

En este sentido, esta Corporación coincide con el concepto vertido por el Procurador General de la Nación en cuanto a que (i) la posibilidad ilimitada de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones propias o permanentes de las Empresas Sociales del Estado, vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público; (ii) las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus funciones de carácter permanente, que son su responsabilidad; (iii) la garantía de eficiencia no debe implicar la contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado; y (v) por tanto, la posibilidad ilimitada de contratación de la prestación de las funciones propias de las Empresas Sociales del Estado con terceros, como lo establece la norma demandada, no puede ser la regla, pues contraría la Carta Política.

En consecuencia, la Sala reitera que la norma acusada, tal y como está enunciada, se encuentra en contravía de la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente de las entidades estatales, funciones para cuyo cumplimiento se requiere la creación de los empleos o cargos públicos correspondientes (...)

Finalmente, esta Corporación encuentra necesario advertir nuevamente a las autoridades administrativas y empleadores del sector público, así como también a las empresas privadas y empleadores del sector privado, la necesidad de que respeten el vínculo laboral para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes, de manera que se garantice el contrato laboral y se protejan los derechos laborales de los trabajadores. A este efecto, la Sala recuerda que el desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos laborales de los trabajadores acarrea graves consecuencias administrativas y penales. Por lo anterior, la Corte reitera en esta nueva oportunidad, la exhortación que se le hiciera en la sentencia C-614 de 2009 a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social, y la hace extensiva especialmente al hoy creado Ministerio de Trabajo “Mintrabajo”, con el fin de que estas entidades administrativas y organismos de control, especialmente el Mintrabajo, entidad que tiene como finalidad principal la garantía y protección de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, adelanten, en el marco de sus facultades constitucionales y legales, las funciones de vigilancia y control de su competencia, desarrollen las actuaciones necesarias y adopten las decisiones pertinentes, con el fin de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, cuando mediante su utilización se desconozca el contrato laboral, los derechos de los trabajadores y se promuevan procesos de deslaborización y tercerización, tanto en el sector público como en el privado, lo cual es abiertamente inconstitucional (Sentencia C- 171 de 2012).

La anterior afirmación de la Corte permite pensar la posibilidad de la aplicación de estrategias administrativas y legales que mengüen las acciones judiciales de los trabajadores, garantizando el reconocimiento de sus derechos frente a la empresa usuaria de sus servicios y generadora del daño.

No obstante, se debe tener cuidado de no caer en el error de abundancia normativa que se endilga al positivismo Kelseniano.

Al respecto Habermas propone un nuevo paradigma que trasciende a lo jurídico y permea lo político, el paradigma discursivo-procedimental, cuyo objetivo, de acuerdo al profesor Mejía es:

“(…) superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública” (Mejía, 2005 pp 19).

La posibilidad de que los sistemas se relacionen mutuamente y los miembros de la sociedad entablen comunicación y deliberación permite llegar a mínimos de acuerdo y de esta manera posibilita la garantía de prerrogativas y derechos a todos los miembros de la sociedad.

Con relación a los derechos de los trabajadores en el Estado Colombiano, se tiene que la aplicación del principio de favorabilidad es de necesaria atención, en tanto frente a las normas de contratación civil y las de contratación laboral, se preferirán las segundas, así lo ha dispuesto la Corte Constitucional, en el desarrollo del principio de favorabilidad:

Con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria, la Corte en decisión de Sala Plena, así lo observó:

“(…) considera la Corte que la ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: ‘situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho’, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está

permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

En dicha norma, el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "(...) *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (...)*".

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, relevante e inevitable para el juez, de tal suerte que en el presente trabajo buscaremos armonizar las necesidades laborales de los ciudadanos referidas al reconocimiento de la responsabilidad civil de quien ha ocasionado un daño por causa o con ocasión del trabajo desarrollado sin importar que la relación laboral se haya tercerizado.

6.Tercer Capítulo: Validación de la hipótesis

6.1 Formulación de la hipótesis. La irrealidad de la culpa patronal en la intermediación laboral.

La responsabilidad en el marco de las relaciones laborales que fue analizada en los capítulos anteriores, se enmarca en una contraposición normativa como fáctica dentro del entramado de la intermediación laboral, al existir dos empresario que se benefician de una sola fuente de producción en este caso el trabajador en misión, pero una sola empresa responsable en la indemnización plena de perjuicios en los términos del artículo 216 del C.S.T.

En la telaraña que se teje en la intermediación laboral las normas de seguridad y salud en el trabajo enmarcan unas obligaciones de prevención y protección para el no patrono frente al trabajador en misión, teniendo en cuenta que quien pone el factor de riesgo al cual está expuesto el trabajador en misión es la empresa usuaria, pero al final de cuentas al presentar un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, la empresa de servicios temporal es quien según la normatividad vigente tendría que responder por la indemnización total y ordinaria por perjuicios, al trabajador.

Podríamos tomar como una de las consecuencias de la intermediación laboral en los términos de Desdentado citado por Antonio Ojeda Aviles, donde manifiesta “se desvanece o difumina como centro de imputación de responsabilidad”, al demarcar la imputación de indemnización a la empresa de servicios temporales, sin ser el generador del daño causado al trabajador.

La jurisprudencia de la honorable corte Suprema de justicia al resolver los casos en los cuales se pretende una indemnización plena de perjuicios, por el accidente laboral de un trabajador en misión, en una empresa usuaria, en donde se prueba comprobando la omisión y el incumplimiento de las norma en riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo por parte de la empresa usuaria, a condena al pago de la indemnización al empleador en estos

caso la empresa temporal por lo preceptuado en el artículo 216 del C.S.T, mas no por realizar una análisis de la esencia de la responsabilidad, siguiendo la corte una teoría tradicionalista del derecho en un aplicación formalista positivista del mismo.

Es así que en esta capitulo pretendemos demostrar que la aplicación del artículo 216 en los caso de la triangulación de la intermediación laboral en el responsable del daño carece de validez por cuanto se ha quedado rezago a un positivismo que tuvo su validez durante una época y respondió a las relaciones laborales que representaron en ese momento, pero no logran cubrir todas las expectativas generadas en los trabajadores y sus beneficiarios en un estado moderno demarcado por la economía de mercados.

6.2 Ilustración de la hipótesis. El contexto del responsable del daño.

Los riegos laborales se caracterizan por la obligación de prevención y protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales, por parte del empleador asegurando así condiciones de trabajo y un medio ambiente adecuado, para el desarrollo de la fuerza laboral.

Con la puesta en marcha de la tercerización laboral los trabajadores en misión se encuentran expuestos a unos factores de riesgos y unas condiciones ambientales en su actividad laboral, que no son puestas por su empleador, por cuanto la intermediación laboral general la desnaturalización del vínculo trabajador empleador, perdiéndose así la inmediatez del cumplimiento de obligación de seguridad y salud por parte de la empresa de servicios temporales con su trabajador en misión.

El trabajador en misión al encontrarse fuera del alcance de su patrono y como consecuencia de ello, no solo se causa una delegación del poder subordínate de la empresa de servicios temporales a la empresa usuaria, sino también la obligación de proteger al trabajador en misión de las condiciones de trabajo que puedan ocasionar un riesgo para el trabajador, siendo estas denominadas por García como una relación funcional, García afirmar “en lo que respecta a la relación funcional entre la usuaria y el trabajador en misión, surge unos derechos y unas obligaciones, dada la peculiar situación que se da y en la cual el usuario tiene la delegada la autoridad y manejo del trabajador misionero”.

El trabajador en misión desarrolla la labor en las instalaciones de la empresa usuaria, con las máquinas y herramientas suministradas por la empresa usuaria y cumpliendo las ordenes de la misma, es así que los factores de riesgo a los que puede estar expuesto el trabajador y el medio ambiente en que se ha visto obligado a prestar su servicios es de la órbita de la empresa usuaria, la cual debe asegurar la condiciones de seguridad y protección delegadas por el empresa de servicios temporales, es así, que si este trabajador llega a presentar un accidente de trabajo una enfermedad laboral es por un acto inseguro que debió controlar la empresa usuaria.

La normativa en riesgos laboral y seguridad y salud en el trabajo a determinado que las empresas usuarias deben cumplir con obligación de prevención y protección con el trabajar en misión, pero el incumplimiento de estas normas no generaría una responsabilidad directa de la empresa usuaria frente al trabajador en misión que sufre el accidente, en el entendido de la Corte Suprema de Justicia.

6.2.1 La obligación legal de protección y seguridad para los trabajadores en misión.

El sistema de riesgos laborales establece unas obligaciones de protección para con los trabajadores en cabeza del empleador el cual debe velar por la prevención de todo daño para la salud de sus trabajadores derivadas de las condiciones de trabajo, pero esta obligación no está solo en cabeza de los empleadores, la legislación en Colombia también traslada esta responsabilidad a las empresas usuarias que tengan a su servicio trabajadores en misión.

El decreto 1530 de 1996 en su artículo 11, establece la obligación de las empresas usuarias de incluir dentro del sistema de seguridad y salud en el trabajo a los trabajadores en misión, y como consecuencia de ello, deberán cumplir con lo determinado en la resolución 1016 de 1989, la cual regula el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, realizando la identificación de los factores de riesgo a los que está expuesto el trabajador en misión, así como la evaluación de los mismo y como consecuencia de ello determina como se minimizan los riesgos al trabajador, mediante la prevención en la fuente, la persona o el medio, al estar incluido el trabajador dentro del sistema de seguridad y salud en el trabajo se logra la prevención de las enfermedades laborales, mediante la implementación del subprograma de medicina preventiva y del trabajo y los accidentes de trabajo, mediante la

puesta en marcha del subprograma de medicina preventiva y del trabajo. Así mismo el decreto 1530 de 1996 obliga a la empresa usuaria a realizar una inducción completa al trabajador respecto de la labor que va desarrollar como de informar los factores de riesgos que pueda estar expuesto en su labor, estas obligaciones también incluyen suministro de los elemento de protección que disminuyan la exposición a los factores de riesgo que puede estar expuesto el trabajador, pero estos elemento de protección deben cumplir con lo estable en los artículos 122 a 124 de la ley 9 de 1979 y los artículos 176 a 181 de la resolución 2400 de 1979,

Artículo 11. *Programas de salud ocupacional que los protege. Las empresas usuarias que utilicen los servicios de empresas de servicios temporales deberán incluir los trabajadores en misión dentro de sus programas de salud ocupacional, para lo cual deberán suministrar:*

1. *Una inducción completa e información permanente para la prevención de los riesgos a que están expuestos dentro de la empresa usuaria.*

2. *Los elementos de protección personal que requiera el puesto de trabajo.*

3. *Las condiciones de seguridad e higiene industrial y medicina del trabajo que contiene el programa de salud ocupacional de la empresa usuaria.*

Parágrafo. *El cumplimiento de lo ordenado en este artículo no constituye vínculo laboral alguno entre la empresa usuaria y el trabajador en misión. (Decreto 1530 de 1996).*

Se evidencia así que la obligación de seguridad y salud de los trabajadores en misión no solo se encuentra en cabeza de la empresa temporal, es necesario que la empresa usuaria trate al trabajador en misión como un trabajador más de su empresa, por cuanto la relación funcional demarca la obligación de seguridad y salud de los trabajadores en misión.

6.2.2 Del responsable del daño en la triangulación laboral.

Como se ha podido analizar en los 2 capítulos anteriores, es responsable civilmente de reparar el daño causado a un tercero quien ha cometido un delito o culpa según lo establecido en los Artículos 2341 y 2356 del Código Civil. Se han establecido como elementos de la responsabilidad civil la trilogía: hecho - nexa causal – daño, los cuales deben de encontrarse en su totalidad, en la ausencia de alguno de ellos no se podría hablar de responsabilidad civil, para el debate en que nos encontramos el hecho dañoso es ejecutado por la empresa usuaria, por algún representante de la misma en los términos del Artículo 32,

del Código sustantivo del trabajo o por un tercero ajeno a la relación contractual al trabajador en misión, en desarrolló de su labor. En la causación de un daño al trabajador en misión, la culpa, que es una condición de carácter subjetiva y comportamental que establece la relación entre el hecho dañoso y la voluntad del responsable del daño, se encuentra en cabeza de la empresa usuaria, toda vez que es ella quién pone el riesgo en la ejecución de la labor que va a desarrollar el trabajador en misión y la que tiene que vigilar la seguridad y salud de estos trabajadores. Es así que la relación de causalidad del hecho que se generó como consecuencia del incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocasionan un daño en el trabajador en misión completa la trilogía de la responsabilidad.

Con ello podemos determinar que en ningún momento la empresa de servicios temporales se presente dentro de los elementos de la responsabilidad civil, por lo cual no se puede tomar como responsable de la indemnización plena de perjuicios al trabajador en misión por el hecho de que en la aplicación exegética de la norma por los operadores judiciales, en los fallos condena a las empresas de servicios temporales por ser el patrono, siguiendo la teoría tradicionalista del derecho, la cual discutiremos en el planteamiento de la propuesta del presenta trabajo.

6.3 Proyecciones teóricas y/o empíricas. Teorías de la responsabilidad frente al responsable del daño.

Siguiendo los planteamientos enunciados anteriormente de la responsabilidad civil con su objetivo indemnizatorio, tal como lo plantea Aramburo, “dado que la única y verdadera función normativa de la responsabilidad civil es la indemnizatoria” (2008, pp 23) esbozare a través de la teoría de la responsabilidad por culpa, por que las empresas usuarias están obligadas al indemnización total plena de perjuicios causados al trabajador en misión.

La responsabilidad emanada de la culpa se basa en la reparación del daño siempre y cuando el actor del hecho haya actuado con culpa, “el principio de culpa sostiene que el agente dañador no deberá compensar las pérdidas de la víctima, incluso si las ha causado, a menos que haya obrado con culpa” (Aramburo, 2008, p 22.). Por lo cual el elemento que causa la responsabilidad es la culpa “has actuado, pero como has actuado culposamente y con ello has causado un daño, debes indemnizarlo” siendo la teoría de la

responsabilidad de la culpa meramente subjetiva se debe evaluar si el agente dañador actuó con culpa.

Las reglas de la responsabilidad especifican que la víctima debe satisfacer para que su pérdida pase a ser responsabilidad de otra persona, con frecuencia el agente dañador, pero no siempre. En general el derecho de responsabilidad distingue entre dos tipos de reglas de responsabilidad: la culpa y la responsabilidad objetiva. (Coleman, 2010, p.218).

Para el caso que nos ocupa de la de la responsabilidad por culpa y siguiendo los planteamientos de Coleman, la víctima debe probar, I. Que ha sufrido un daño compensable, II. Hubo un acto por parte de la agente dañador, III. El agente dañador obro con culpa, IV. La culpa del agente dañador causo la perdida que la víctima pretende que se repare.

En los casos estudiados por la corte suprema de justicia sala de casación laboral se ha demostrado, que el trabajador en misión sufrió un daño como consecuencia de un accidente de trabajo, que existió un acto por parte de la empresa usuaria que ocasiono el accidente, que la empresa usuaria actuó con culpa (negligencia , impericia, imprudencia, incumplimiento de las normas en riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo), y mediante la demanda que se presentada se pretende repara el daño.²¹ Pero al resolver el problema la Corte absuelve a la empresa usuaria y termina condenado a la empresa de servicios temporales a pagar la reparación de los daños al trabajador en misión, sin evidenciarse en algunos en los elementos de la responsabilidad por culpa la empresa de servicios temporales. Con esto queda de mostrado que el legislador en estos casos específicos resuelve la situación dogmáticamente sin tener en cuenta teoría alguna.

6.3.1 Reconstrucción normativa del artículo 216 del C.S.T, en la intermediación laboral.

Llegando a la parte final del presente trabajo, me permito determina en este numeral la hipótesis planteada para la falta de validez del artículo 216 del C.S.T, como se ha

²¹ Ver Sentencia 9435 del 24 de abril de 1997, Corte suprema de Justicia.

determinado durante el desarrollo de este escrito, la normatividad que determina quién es el responsable del daño en un accidente de trabajo solo incluye una parte de la sociedad, no soluciona las expectativas del grupo total de trabajadores o sus beneficiarios, dejando a los trabajadores en misión al arbitrio de una aplicación de la norma en una teoría tradicionalista del derecho por la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral. “Las deficiencias de la teoría tradicional del derecho, descrita a grandes rasgos, como “formalista”, “positivista”, “exegética”, “conceptualista”, y “mecánica”, para solo mencionar algunos de los clichés que sirvieron para caracterizarla”(López, 2008, pp. 269). Pero esta dogmática en la aplicación de la norma podría ser otra propuesta para el problema planteado.

Siendo la falta de validez del artículo 216 del C.S.T. El problema, es necesaria su reconstrucción normativa.

“(…) superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública” (Mejía, 2005,p. 19)

6.3.2 La ética discursiva para la validez normativa.

La reconstrucción de la norma se debe iniciar mediante la aplicación del principio de la ética discursiva, con la participación de los sujetos en el discurso racional, donde los afectados por la ley puedan intercambiar sus expectativas con la acción comunicativa, participando así los trabajadores en misión y planteando que no solo el empleador es responsable del daño sino también las empresas usuaria, esta pretensión de validez intersubjetiva de oferta del entendimiento en la reconstrucción del artículo 216, será discutida por los interlocutores y de ser aceptada por los otros afectados se generaría un acuerdo de la modificación de la norma discutida.

Logrando la participación de todos los afectados en el discurso normativo, en busca del principio de soberanía popular planteado por Habermas. “Esa capacidad de todos como

participantes en el discurso normativo se expresa el principio de soberanía popular” (García, 1997, pp.93).

Se eliminaría del artículo 216 del C.S.T., la palabra empleador la cual va en contra de los elementos necesarios del procedimiento racional de la reconstrucción de la norma, logrando la moral discursiva en la racionalidad procedimental de la creación de este nuevo articulado, “pero esto solo puede ser así sobre la base de eliminar ciertos de estos posibles contenidos de las normas: aquellos precisamente que supusieran atentar contra los presupuestos ineludibles del procedimiento racional” (García, 1997, pp.91). Pero en aras de la ética discursiva se podría plantear, dejar la palabra empleador y añadir empresas usuarias, con ellos aseguramos la aceptabilidad de la norma por todos los afectados en compatibilidad con el interés general.

La falta de validez del artículo 216 será solucionada, con la reconstrucción planteada anteriormente por cuanto se añadiría el elemento necesario para que la norma cubra todos los intereses de todos los afectados.

“una norma solo posee validez en la medida que, en relación con la materia necesitada de regulación de que en cada ocasión se trata, tenga en cuenta los intereses de todos los afectados y encarne (...) la voluntad de todos, cada cual en su propio interés, podrían formar en común.” (García, 1997, pp.83).

De igual manera esta nueva norma que nace de la ética discursiva asegura la aceptabilidad por todos los afectados por cuanto nacerá de la participación de todos los afectados en un discurso racional. “fundamentar la validez de una norma es por tanto aceptar su aceptabilidad general, y solo puede pretender validez aquella norma que pudiera alcanzar la aceptación de todos los afectados como participantes del discurso práctico” (García, 1997, pp.83).

6.3.3 La aplicación de acción comunicativa en los procesos judiciales

El cuestionamiento para esta propuesta lo encontraríamos en el desarrollo de la ética discursiva, como pondríamos a los afectados del artículo 216 del C.S.T, (trabajadores y trabajadores en misión) en el intercambio de las expectativas en la acción comunicativa.

La discusión jurídica mediante la activación del aparato judicial con la presentación de una demanda y la exigencia de una condena a través de unas pretensiones, daría inicio al intercambio de expectativas. Por una parte el trabajador que demanda a su empleador en busca de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, que con la aplicación del artículo 216 del C.S.T, logra que en el intercambio de expectativas el operador judicial acoja su pretensión, consiguiendo un acuerdo en la acción comunicativa, al determinar que si se puede aplicar la norma para este caso específico, por cuanto en el texto de ella, el causante del daño es su empleador.

Y por el otro lado el trabajador en misión o sus familiares también dan inicio a un proceso judicial plantean pretensiones de validez frente a la aplicación de una norma, frente a unos hechos que generaron un daño.

“quien realiza un acto de habla está haciendo a sus interlocutores una oferta de entendimiento sobre algo del mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo, y eso oferta envuelve una pretensión de ser aceptada, de generar acuerdo sobre su corrección a luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto. (García, 1997, pp.79).

Pero en este discurso racional interfieren tres interlocutores el demandante el demandado y el operador judicial, la expectativa es discutida en el proceso, el demandante contesta la demanda y argumenta por que la pretensiones no deben prosperar y el operador judicial toma postura, en el caso en discusión ha sido de forma negativa, cuestionándola, no acogiendo las pretensiones del demandante. Es allí cuando la expectativa vuelve al discurso racional con la presentación del recurso de apelación, y en algunos casos la demanda de casación, este desacuerdo inicial de la pretensión busca de nuevo un consenso con el recurso, aportando nuevos argumentos o reforzando los iniciales, pero con la diferencia que un interlocutor cambia, (el operador judicial) “en caso de desacuerdo inicial sobre la validez de la emisión los interlocutores están forzados, por razón de la propia racionalidad inmanente a la comunicación al buscar el restablecimiento del acuerdo mediante la aportación de razones o argumentos que permitan un nuevo consenso en torno a las razones mejores”. (García, 1997, pp.79).

Esta acción comunicativa termina con la decisión operador judicial de segunda instancia o la Corte Suprema que no acoge las pretensiones del interlocutor que dio inicio al discurso racional, por cuanto la norma determina que el responsable de la indemnización total y ordinaria de los perjuicios es el empleador y el en su pretensión busca la condena de la empresa usuaria.

Al unir estas dos discurso racionales en torno a la aplicación de una norma, que es la que plantaría la solución para estos caso específicos tendríamos la ética discursiva que gira alrededor de la validez del artículo 216 del C.S.T, por cuanto como se puede concluir al intercambiar las expectativas mediante la acción comunicativa del trabador y del trabajador en misión cada uno tendría un fallo diferente no se logra la aceptabilidad de todos los afectados.

Pero esta falta de desacuerdo no nace por que la acción comunicativa no cumplió con su objetivo del discurso práctico con la aceptación de todos los afectados, es el resultado de que la norma en estudio, no es legítima, no es justa y carece de validez por cuanto no nace de un proceso de discusión racional.

Por lo tanto debe ser modifica teniendo en cuanta la propuesta planteada en el numeral anterior y así logra la validez jurídica requerida, al ser aceptada por todos los afectados haciendo posible la coordinación social en aplicación del principio de universalidad y logrado la imparcialidad en la forma del juicio.

6.4 Interpretación reformista de la norma

No se podría dejar a un lado la oportunidad para plantear otra propuesta al problema de la aplicación del artículo 216 del C.S.T, en la indemnización total y ordinaria por perjuicios de los trabajadores en misión, los jueces se han encargado de solucionar estos casos mediante un silogismo jurídico en el cual se enmarca técnicamente el artículo al caso concreto, encontrado que el empleador es el que tiene la obligación de indemnizar y como quien causo el daño es la empresa usuaria y esta no es su empleador, decidiendo que la empresa usuaria no tendría la obligación de indemnizar al trabajador en misión.

Esta aplicación de la norma sigue la línea tradicionalista de la interpretación dogmática del derecho sin reconocer teoría alguna que profundice un fallo con justicia jurídica.

“el ala tradicionalista, aunque no desprovista de teoría es más profesionalizante en su enfoque: se preocupa por la resolución de problemas dogmáticos, sin necesidad de ahondar en las cuestiones teóricas. Esta aparente “falta de teoría” es el nicho ideal para la recepción de cierta forma de positivismo jurídico (...) (López, 2008, pp. 270)

La propuesta para esta interpretación del derecho se centra en la aplicación del principio de racionalidad por los jueces con base en las teorías reformistas del derecho.

6.4.1 El principio de racionalidad como elemento de la interpretación reformista.

Los principios en el derecho laboral han jugado un papel importante en la aplicación de la norma laboral por parte de los jueces, en el entendido que los principio pueden aplicarse como normas en una situación específica, “mediante esta tesis se afirma que los principios son normas que se diferencia fundamentalmente de las reglas en razón de su estructura” (Bernal, 2003, pp 104).

Entendiendo el principio de racionalidad en materia laboral, mediante el cual todos los actores del derecho laboral deben actuar de forma razonable, Pinho (citado por Pla, 1998) afirma en las relaciones de trabajo, las partes, los administradores y jueces cuando tengan que solucionar los problemas o conflictos derivados de ella, se deben conducir de modo razonable.

Siguiendo los planteamientos de Pla Rodríguez, respecto de la aplicación del principio de racionalidad en el derecho laboral, se ajusta a la propuesta planteada en el presente trabajo, ya que el entramado de la triangulación laboral deja un vacío en quien cauda un daño al trabajar o como se planteó que del responsable del daño según la teoría de la culpa es la empresa usuario, pero termina siendo condenado al pago de la indemnización

total y ordinaria por perjuicios causados al trabajador, es el empresa de servicios temporales, encontrado así lo que Pla Rodríguez ha denominado, zonas grises.

“el dinamismo propio de las prácticas comerciales e industriales y en la variedad inmensa de situaciones en que el trabajador de una persona se coloca el servicio de otra mediante el pago de una retribución, hay infinidad de situaciones equivocadas, confusas, limítrofes” (Pla, 1998, p.374).

El principio de racionalidad debe ser aplicando por los jueces en el presente caso, para cubrir la zonas grises, mediante la racionalidad en un caso concreto que debe ser solucionado de conformidad con los factores que dieron origen al problema. “el criterio de racionalidad puede servir como criterio distintivo –o como medio de aplicar los criterios distintivos –en situaciones límites en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación” (Pla, 1998, pp.374).

La aplicación del principio de racionalidad frente al artículo 216 del C.J.T, por la inaplicabilidad del mismo, no genera que el artículo desaparezca del mundo jurídico.

“la teoría de los principios es la única que puede aclarar por qué la norma que debe ceder en la ponderación no resulta vulnerada, ni se declara invalida de manera parcial o total, sino que permanece plenamente siendo una norma válida” (Bernal, 2003, pp 104).

6.4.2 Los jueces en la argumentación reformista

Para la aplicación del principio de racionalidad en los casos difíciles, con el planteado en este estudio, podemos virar en torno de las teorías reformistas del derecho. “Es importante anotar que la teoría del derecho del “ala reformista” de la Corte Constitucional Colombiana ha sido evidenciada por una forma u otra de las “teorías reformistas” (López, 2008, pp. 270).

Para el caso en concreto encontramos una sola norma que es la que determina el sujeto responsable de la indemnización, pero la aplicación de esta norma no concreta la realidad de los hechos, siendo injusta y no racionalmente válida, y es así cuando el juez

está legitimado, para aplicar el principio de racionalidad u otra forma de teoría reformistas que dé una solución justa al caso problema.

” En tercer lugar aunque exista una sola norma pertinente y su texto sea claro su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto. Esta circunstancia explica la autorización excepcional al juez para acudir a la equidad como criterio de decisión” (Rodríguez, 2012, pp. 68).

Con el argumento del derecho como practica interpretativa los jueces juegan un papel interpretativo en sus decisiones judiciales, al estudiar las pretensiones de las partes y aplicar la norma un situación concreta, con la intención de crear el verdadero sentido de las normas, “la práctica jurídica entonces, es esencialmente ‘interpretativa’; su propósito es construir el verdadero sentido de las reglas y principios vigentes” (Rodríguez, 2012, pp. 62).

Con la teoría del realismo jurídico, al igual que la práctica interpretativa los jueces juegan un papel interpretativo pero con el elemento adicional que es la voluntad de los jueces la que debe primar en los fallos judiciales sobre las normas. De acuerdo con esta teoría, las normas juegan solo un papel marginal en las decisiones judiciales son solo predicciones de lo que estas pueden llegar a ser- es la voluntad de los jueces, no las normas, la que imponen en las sentencias.

7. Conclusiones

Al revisar los conceptos de responsabilidad en el derecho del trabajo mirados a la luz de nuevas teorías hermenéuticas, argumentativas o fenomenológicas post positivistas, que permiten contar con herramientas y elementos de juicio que advierten consecuencias que pasan desapercibidas en la interpretación normativa positivista tradicional. Los aportes de la teoría de la acción comunicativa y el principio de racionalidad como elemento de la interpretación reformista sirvieron para el planteamiento de las propuestas en esta investigación, que se acercan más profundamente con la realidad y en casos como el que estudiamos puede señalar caminos para superar el vacío de comprensión que señala el Tribunal cuando en la Sentencia citada dice: “(...) se ha erigido en un verdadero enigma sobre lo que es la delegación de subordinación propia de las Empresas de Servicios Temporales —EST- en las empresas usuarias y su correspondiente obligación solidaria en casos de accidentes laborales”

Con la propuesta de la reforma del artículo 216 del C.S.T, mediante la aplicación de la ética discursiva podemos afirmar que esta propuesta es legítima y se conseguiría con ello la seguridad de la norma en la aplicación para cada caso específico. “son legítimas cuando sus destinatarios puedan al mismo tiempo sentirse en su conjunto como autores racionales de esta norma” (García, 1997, pp.19).

La propuesta plantea nace de la acción comunicativa en el intercambio de las expectativas de los afectados cada uno al presentar su demanda y tener como consecuencia decisiones judiciales diferentes, de esta diferencias de fallos nace el consenso de la falta de validez de la norma y el consentimiento de la reconstrucción del mismo, tal como se planteó anteriormente. Es decir cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa o dicho de otro modo cuando sigue el procedimiento democrático sin distorsiones”. (García, 1997, pp.19).

Así mismo la teoría de la argumentación reformista dan solución a los casos problemas que encontramos en el mundo de la vida, pero el papel de los jueces es esencial en el manejo del derecho de la mano con las teorías reformistas del derecho, planteadas, como la práctica interpretativa y el realismo jurídico que dan la oportunidad para que el juez de aplicación a principios u otros criterios en búsqueda de una justicia social.

Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los interés de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se pueda demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característico del esfuerzo por hacer justicia en medio de interés en conflicto. Hart (citado por Rodríguez, 2012).

Glosario

ACCIDENTE DE TRABAJO: Es 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. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa. Es todo suceso repentino que sobrevenga por causa o por ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión (Ley 1562 de 2012, Artículo 3).

ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES: Son compañías aseguradoras de vida o empresas mutuales a las cuales se les ha autorizado por parte de la Superintendencia financiera para la explotación del ramo de seguros. Están destinadas a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades, y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo (Ministerio de Salud, 2014).

LA CULPA: La culpa es una condición de carácter subjetivo y comportamental que pretende establecer una relación entre el hecho y la voluntad o querer del presunto responsable.

EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES: Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. (Ley 50 de 1990, Artículo 71).

EMPRESA USUARIA: Toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

ENFERMEDAD LABORAL: Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes. Incapacidad temporal. Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad que presente el afiliado al sistema general de riesgos profesionales, le impide desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado (Ley 1562 de 2012, Artículo 4).

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL: La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una

disminución parcial, pero definitiva, en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual. Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, de su capacidad laboral, para la cual ha sido contratado o capacitado.

PREVENCIÓN: Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud²².

PRESTACIONES ASISTENCIALES: Servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos, farmacéuticos, odontológicos y de hospitalización, suministro de medicamentos, servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende, rehabilitaciones física y profesional y gastos de traslado, que se le suministran a un trabajador que haya sufrido un accidente o se le diagnostique una enfermedad profesional.²³

EL NEXO CAUSAL: La relación de causalidad o vínculo de causalidad, que según el principio de causalidad, la causa produce su efecto.

NORMAS: Las normas son juicios de valor en forma de mandatos imperativos. Implican por fuerza que algo se juzga bueno, justo, legítimo o conveniente, y por eso se ordena, o si tiene las características contrarias, se prohíbe. Las normas no se dan aisladas, sino en conjuntos u órdenes. Se distinguen así el religioso, el moral y el de convencionalismos sociales. Pero las conductas que se consideran de mayor trascendencia para la coexistencia se refuerzan de una obligatoriedad especial: son las normas jurídicas cuya nota distintiva es la exigibilidad de su cumplimiento al sujeto del deber por ellas impuesto.²⁴

²² Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/>

²³ Disponible en <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1833>

²⁴ Disponible en <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=222>

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: Se entenderá en adelante como Seguridad y Salud en el Trabajo, definida como aquella disciplina que trata de la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo, y de la protección y promoción de la salud de los trabajadores. Tiene por objeto mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo, así como la salud en el trabajo, que conlleva la promoción y el mantenimiento del bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones.(Ley 1562 de 2012, Artículo 1).

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES: Es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

PROGRAMA DE SALUD OCUPACIONAL: En lo sucesivo se entenderá como el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST. Este Sistema consiste en el desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y salud en el trabajo (Ley 1562 de 2012, Artículo 1).

RESPONSABILIDAD: La responsabilidad corresponde a la actitud jurídica que se detona en un marco de condiciones legalmente reconocido y que tiene el criterio de asunción de las consecuencias por parte de un responsable, esto comúnmente coincide con el resarcimiento o reparación de un perjuicio o daño causado (Stiglitz, 2010).

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: Es la que nace para la persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, por la demora, o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Es la que nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual. Entre el dañoso y la víctima no existe una relación jurídica anterior.

RESPONSABILIDAD CIVIL: La responsabilidad civil permite considerar un vínculo jurídico que trae como consecuencia la obligación de hacer, no hacer o dar. (Tamayo, 2005).

TRABAJADORES DE PLANTA: Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales (Ley 50 de 1990, Artículo 74).

TRABAJADORES EN MISIÓN: Son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Bibliografía

Ackerman, M. E. (1998). *Responsabilidad civil en la ley sobre riesgos del trabajo*. Editor; José Luis Depalma. Editorial. Buenos Aires. Hammuraby.

Aranburo, Maximiliano. (2008). *Responsabilidad Civil y Riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del Riesgo en el siglo XXI*. Medellín. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 38. No 108. pp. 15 – 51.

Artega, J. M. (1979). *Curso de Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá. pp 79.

Atienza, M. *Para una razonable definición de razonable*, *Doxa*, 4, 189-200. 1987. pág. 191.

Ayala Cáceres, C.L. (2005). *Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales* Bogotá. Ediciones Salud Laboral LTDA. pp. 194.

Bejarano, A. M. (2001). *Discusiones sobre la reforma del Estado en Colombia: la fragmentación del Estado y el funcionamiento del Congreso*. Universidad de los Andes. Centro de Investigaciones socio jurídicas - Colciencias. Bogotá.

Bernal P.C.(2003) Rober Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los derechos. Editorial, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. pp 104.

Bonivento Fernández, J. A. (2009). *Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II octava edición actualizada y ampliada*. Librería ediciones del profesional LTDA. Bogotá.

Bulygin, E. y Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Marcial pons ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid. pp 15.

Cabanellas De Torres, G. (2009). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta. Provincia de Buenos Aires. pp 341.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 494. De 1997. Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de marzo de 1962. pp. 738.

Congreso de la República de Colombia. Ley 734 de 2002. Artículo 22.

Congreso de la Republica. Ley 50 de 1990. Artículo. 74

Courtis C. (2006). *El juego de los juristas. Ensayo de Caracterización de la investigación dogmática. En Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.* Editorial. Trotta Madrid. pp. 109.

Constitución política de Colombia. (1991). Artículo 54.

Derecho Civil Tomo III De la Obligaciones, Décima Edición.

Engels, F. (1974). *La situación de la clase obrera en Inglaterra.* Buenos Aires. Editorial. Talls. Grafs. Cartofex. pp. 134.

Erazo, M. Valencia C, Centeno F. pp. 37.

García, A. (1997), *La filosofía del derecho de Habermas y Luhman.* Editorial universidad externado de Colombia. Bogotá. pp. 83-91-93.

Kelsen, H. (2008). *Teoría pura del derecho, introducción a la ciencia del derecho.* Editorial Coyoacán. México D.F. pp 79.

Kelsen, H. (1993). *Teoría Pura del Derecho.* Ed. Porrúa, México. Cap. 1. Derecho y Naturaleza. pp. 23 y 24.

Josserand, L. (1952). *Derecho Civil.* Tomo I, Volúmenes 1 y 2; Tomo II, Volúmenes 1 y 2; Tomo III, Volúmenes 1, 2 y 3. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía editores, Buenos Aires.

Josserand. L. (1950). *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones.* Tomo II. Volumen I. Buenos Aires. Barcelona. Ediciones Jurídicas Europa América. Bosch. 1950. (Colección Especial Remota. Biblioteca Luis Ángel Arango). pp. 295.

León, H. y Mazeaud, J. Actualizados por MICHEL DE JUGLART, T II. Vol. I, pp. 444.

Martínez R, G. (1993). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia.* 7 edición. pp 15, 30. y 444.

MAZEADU-TUNC-CHABAS. (s.f). *“sobre la identidad y diferencia de los órdenes de responsabilidad”.*

Mejía, O. (2005). *Legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis pp. 15.

Mejía, O. (s.f). *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. pp 19 y 27.

Ministerio de la Protección Social. (16 de Marzo, 2011). Concepto 72811.

Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social. (Abril, 1991) *Compilación de la Reforma Laboral*. Bogotá. Imprenta Nacional.

Patiño G, J. C. (s.f.). *Aplicaciones de cálculo actuarial por responsabilidad laboral y civil en riesgos profesionales*. Tesis de grado para optar al título de abogada. Bogotá. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Director. Carlos Luis Ayala Cáceres. pp. 26.

Pérez G, M. (2009). *El servicio temporal y otras formas de contratación*. Editorial Carrera 7. Primera Edición. pp 94 -98.

Pla R, A. (1998) *Los principios del derecho del trabajo*. Editorial Depalma. Tercera edición. Pp 374.

Preciado A, D. (1993). *Frases latinas del derecho usual. Digesto, principios jurídicos, aforismos latinos, reglas de derecho, locuciones latinas, máximas y sentencias*. Ediciones librería del profesional. Bogotá. pp. 70.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-800 del 19 de octubre de 1999, Expediente: 217073, M.P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

Rodríguez C. (1997). *La decisión judicial, El debate Hart – Dworkin*. Editorial Nuevo pensamiento jurídico. Pp. 62 – 68.

R. Alexy. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, pp. 503 y ss.

Santos B. (1977). Tomado de: HENRI y LEON MAZEAUD y ANDRE TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I. Vol. I. Buenos Aires. EJE. pp. 4-7, 52, 199, 205- 206.

Santos B. J. (1996). *Instituciones de Responsabilidad Civil* Tomo I. Bogotá. Universidad Javeriana. Colección Profesores Numero 21. TEMIS. pp. 35.

Sentencia C-171 de 2012. Expediente D-8666. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud. Actor: Yesid Hernan Camacho Jiménez. Magistrado

Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012).

Stiglitz, R. (2010). *Temas de derecho de seguros*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá. pp. 77.

Tamayo J, J. (1997). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá. Editorial LEGIS. pp. 1051.

Tamayo J, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Segunda Edición, Editorial Legis.

Tamayo L, A. (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. pp. 44.

Tamayo L, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Tercera Edición. Ediciones Doctrina y ley. pp. 99.

Valencia Z. (2010). *Derecho Civil Tomo III De la Obligaciones, Décima Edición*. 2010. Página 53 y 170. VALENCIA Zea. 2010. pp 170.

Velázquez P, O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá. Editorial TEMIS. Universidad de La Sabana. pp 13, 37, 54.

Viola, F y Zaccaria, G. (1999). *Elementos para una teoría hermenéutica del derecho. Derecho e interpretación*. En Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid: Universidad Carlos III.

Von wright, Georg Henrik, (1979). *Norma y Acción, una investigación lógica*, Editorial Tecnos. Madrid. pp 87.