

**ANALISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATISTA
INDEPENDIENTE Y EL BENEFICIARIO DE LA OBRA EN RELACIÓN CON EL
ACCIDENTE DE TRABAJO.**



**LINA MARIA PEÑALOZA CARVAJAL
DANIEL SUAREZ MEJIA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTADA DE CIENCIAS JURIDICAS
BOGOTÁ D.C.
2006**

**ANALISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATISTA
INDEPENDIENTE Y EL BENEFICIARIO DE LA OBRA EN RELACIÓN CON EL
ACCIDENTE DE TRABAJO.**



**LINA MARIA PEÑALOZA CARVAJAL
DANIEL SUAREZ MEJIA**

**Trabajo de Grado presentado
para optar el título de abogado**

**Director: Antonio José Danna Enciso
Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTADA DE CIENCIAS JURIDICAS
BOGOTÁ D.C.
2006**

**NOTA DE ADVERTENCIA
ARTICULO 23 DE LA RESOLUCIÓN NO 13 DE JULIO DE 1946.**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	11
CONCEPTO GENERAL DEL MISMO	11
CLASES	14
1.2.1 Responsabilidad moral	15
1.2.2 Responsabilidad jurídica	15
1.2.2.1 Responsabilidad civil	16
1.2.2.1.1 Responsabilidad contractual	17
1.2.2.1.2 Responsabilidad extracontractual	21
1.2.2.1.2.1 Responsabilidad directa o por el hecho propio	27
1.2.2.1.2.2 Responsabilidad por el hecho ajeno	30
1.2.2.1.2.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas	35
ELEMENTOS	39
1.3.1 Daño	39
1.3.1.1 Clases	42
1.3.2 Culpa	46
1.3.2.1 Clases	47
1.3.3 Nexo causal	48
CAUSALES DE INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL	48
1.4.1 El hecho de la víctima	49
1.4.2 La fuerza mayor y el caso fortuito	51
1.4.3 El hecho de un tercero	52

CAPITULO II

2. LA SOLIDARIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RESPONSABILIDAD.	54
2.1 CONCEPTO DE LA SOLIDARIDAD	54
2.2 FUENTES DE LA SOLIDARIDAD	55
2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA SOLIDARIDAD	56
2.4. CLASES	57
2.4.1 Activa	58
2.4.1.1 Efectos	59
2.4.2 Pasiva	59
2.4.2.1 Efectos	60
2.4.3 Mixta	61
2.5 CONCEPTO DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL	61

CAPITULO III

3. CONTRATO DE OBRA CIVIL	64
3.1. DEFINICIÓN	64
3.2 OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES	67

CAPITULO IV

4. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DERIVADA DEL ARTICULO 34 DEL CODIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO.	71
ANTECEDENTES	72
NATURALEZA	72
NORMATIVIDAD	74
PRESUPUESTOS	79
EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE RESPONSABILIDAD	85
FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y VALIDEZ.	91
SUJETOS RESPONSABLES	99
4.7.1 Beneficiario de la obra	99
4.7.2 Contratista independiente	100
4.7.3 Empresas temporales	101
4.7.4 Cooperativas de trabajo asociado	106
4.7.5 Sujetos especiales	109
4.8. PERSONAS QUE PUEDEN INVOCAR LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.	112
4.8.1 Trabajador	112

4.8.2 Causahabientes	113
4.9 ASPECTOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA ACCIÓN LABORAL DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ARTÍCULO 34 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO.	122

CAPITULO V

5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA FRENTE A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.	122
---	------------

ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE RIESGOS PROFESIONALES	122
---	-----

5.1.1 Características	125
CONCEPTO DEL ACCIDENTE DE TRABAJO	127
ELEMENTOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO	127
CAUSAS GENERADORAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO	128
SUJETOS PROTEGIDOS POR EL SISTEMA DE RIESGOS PROFESIONALES	130
OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR FRENTE AL TRABAJADOR Y FRENTE AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES	131
OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR FRENTE AL EMPLEADOR	132
CONSECUENCIAS LEGALES DEL ACCIDENTE DE TRABAJO	133
5.8.1 Reparación tasada de los riesgos	133
5.8.1.1 Prestaciones derivadas del accidente de trabajo	134
5.8.1.1.1 Asistenciales	134
5.8.1.1.2 Económicas	135
5.8.1.1.2.1 Incapacidad temporal	135
5.8.1.1.2.2 Incapacidad permanente parcial	137
5.8.1.1.2.3 Invalidez	138
5.8.1.1.2.4 Muerte	138
5.9 REPARACIÓN PLENA DE PERJUICIOS	139
5.9.1 Aplicación de la Culpa Patronal consagrada en el Artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo en la Responsabilidad Solidaria respecto del Beneficiario de la Obra frente a la indemnización plena de los perjuicios derivados del accidente de trabajo.	143
5.10 LA RESPONSABILIDAD RESPECTO AL PAGO DE LOS APORTES AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES Y DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO SUFRIDO POR EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE A LA LUZ DEL DECRETO 2800 DE 2003.	151
5.10.1 Definición de trabajador independiente	151

5.10.2 Mecanismo para realizar la afiliación y el pago de los aportes del trabajador independiente al Sistema General de Riesgos Profesionales	152
5.10.3 Análisis de las consecuencias jurídicas del parágrafo 3 del Artículo 9 del Decreto 2800 de 2003.	154
6. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA HACER EXIGIBLES LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y SU IMPACTO FRENTE A LA FRAGILIDAD DEL SISTEMA, ASÍ COMO EL ABUSO DE LA MISMA PARA OBTENER BENEFICIOS A LOS CUALES NO SE TIENE DERECHO POR NO HABERSE AFILIADO O POR ESTAR EN MORA.	157
7. CONCLUSIONES	164
8. BIBLIOGRAFIA.	171
9. ANEXOS	175

INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral tiene por finalidad lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, por tanto el trabajador goza de la protección por parte del Estado para garantizar la eficacia de sus derechos, a fin de procurar a la parte más débil la igualdad sustantiva y real ocasionada por el desnivel en la contratación laboral.

Bajo dicho contexto, se erige en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia la figura de la responsabilidad solidaria entre el beneficiario de una obra y el contratista independiente respecto al pago de las obligaciones de carácter salarial, prestacional e indemnizaciones derivadas de la relación laboral entre el trabajador y el contratista.

La aplicación práctica de esta figura ha generado que tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y foránea, expongan sus interpretaciones respecto de sus supuestos y límites, toda vez que a la luz de la norma interactúan diferentes intereses y derechos que al entrar en juego generan disquisiciones de tipo jurídico y económico.

Es así que, tomando como punto de partida los principios y normas constitucionales, a continuación se estudiarán los aspectos bajo los cuales se rige la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del C.S.T. respecto del accidente de trabajo, el cual consideramos relevante en tanto que la responsabilidad a la cual se refiere este estudio tiene sus bases en la existencia de un contrato de obra, ambiente propenso para el acaecimiento de este tipo de eventos.

El primero de los aspectos que se pretende dilucidar con este trabajo, es determinar si estamos en presencia de una carga demasiado gravosa para el empresario, si las limitaciones a la declaración de responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra impuestas por la misma norma y por la jurisprudencia, son suficientes para evitar injusticias en el campo de las relaciones jurídicas y perturbaciones en el campo económico.

Así mismo, buscamos descubrir si es posible, sin llegar a desconocer los principios constitucionales, en especial los contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, imponer algunos límites que logren una equidad entre los intereses del trabajador, imposibles de ser desconocidos y los intereses del empresario los cuales también son objeto de protección constitucional.

Igualmente, dadas las nuevas formas de contratación de la actividad humana diferentes a las laborales, tales como la del contrato civil de prestación de servicios, es lógico que nos genere la duda respecto de ¿que sucede en el caso en que no exista una relación laboral entre el contratista y sus colaboradores sino una relación de carácter civil y sin embargo alguno de ellos sufra por ejemplo un accidente de trabajo? ¿Podría o no solicitar el pago de las indemnizaciones a que haya lugar al beneficiario de la obra? ¿Podría cobijarse bajo los preceptos del artículo 34 del C.S.T o bajo los principios de la solidaridad en el campo de la responsabilidad civil?

Finalmente, el tema también cobra importancia cuando se hace referencia a la indemnización plena de perjuicios establecida en el artículo 216 del C.S.T., pues es importarse cuestionarse si su reconocimiento y pago se puede hacer extensivo al beneficiario de la obra respecto del accidente de trabajo debido a la extensión de la culpa subjetiva, determinada en esta figura.

CAPITULO I

1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A continuación se estudiara brevemente el tema de la Responsabilidad Civil, ya que, es un elemento esencial para el análisis que pretendemos realizar a lo largo de nuestras disertaciones académicas.

1.1. CONCEPTO GENERAL DEL MISMO

Para iniciar el estudio del tema planteado debemos precisar la noción de responsabilidad, pero sin adentrarnos en mayores disquisiciones, en ese orden de ideas la palabra “Responsabilidad “se origina del vocablo latino “responsus”, el que equivale a Constituirse en garante¹. De acuerdo al diccionario de la Real Academia española es: “la obligación de reparar y satisfacer un daño”, en este orden de ideas será responsable, aquel a quien en definitiva, hay que imputarse el daño ocasionado, aunque sea la victima directa del hecho perjudicial.

Procederemos a realizar una reseña desde el punto de vista histórico, lo que permitirá acercarnos a las definiciones de Responsabilidad Civil y sus clases.

¹ No obstante, es escaso lo que nos aporta el origen del termino, en la medida que solo hasta el siglo XVIII los filósofos tomaron la expresión de Inglaterra; “la cual se encuentra en Necker y el abate Feraud dice en su diccionario Critico (1789): es un termino de Necker”

“En los tiempos antiguos en que la libertad de cada cual no tiene más límites que la fuerza de sus semejantes, el que recibe un golpe o daño, procura vengarse, devolver mal por mal, y es así cómo los primitivos conciben la reparación del perjuicio sufrido. Poco a poco esta concepción se incorpora dentro del dominio jurídico. Por la fuerza del hábito, el Talion se convierte en regla general de reparación de los perjuicios. La víctima tiene derecho de venganza. Pero, a medida que las relaciones sociales se tornan complejas, desaparece la fiereza primitiva del hombre y se esfuma su sentido brutal del honor; la víctima piensa que, a cambio de vengarse en la persona de su adversario, le será más ventajoso resarcirse con su patrimonio; mediante una suma de dinero, consentirá en perdonar; es la composición, el rescate, la Poena, cuyo monto se fijará por acuerdo de ambos interesados.²”

El Derecho Romano, reguló la responsabilidad mediante la Ley Aquilea, basándola en un elemento objetivo, es decir que, el agente de un daño debía responder por éste, sin examinar aspectos de carácter subjetivo, no importaba la intención del responsable, sólo la producción de un hecho dañoso causado injustificadamente. Por esta razón, tradicionalmente la víctima frente a un daño simplemente buscaba venganza, la cual, en la mayoría de los casos, era directamente proporcional al daño inicial.

² MAZEAUD Henri y otro. Compendio del Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. México D.F.: Editorial Colmex, 1945. pág 4

En la época de Justiniano, se modifica el fundamento de la Responsabilidad Civil, ya que se tomo en cuenta la presencia de la culpa. Elemento que fue esencial en la expedición del Código Napoleónico. Hasta ese momento, principios del siglo XIX, "la culpa constituía el fundamento de la responsabilidad civil y dominaba toda la institución."³

“Adicionalmente, cabe anotar que el derecho romano, en la época más remota que podamos conocer, distinguía ya dos categorías de perjuicios: los que provienen de un delito público, y los que emanan de un delito privado. Y aún parece que desde muy temprano, desde la época de las XII Tablas, se comprendió la necesidad para la sociedad de no limitarse a perseguir las infracciones dirigidas contra la cosa pública, sino también aquellas que, aunque dirigidas contra los particulares perturban el orden público a causa de su gravedad”⁴.

La culpa se originó en el análisis de la conducta y la acción del sujeto generador del daño. Como consecuencia de ese razonamiento, surgió la protección del ordenamiento jurídico a la victima, en el sentido que buscaba la reparación del daño ocasionado. Pero basando el resarcimiento en la culpabilidad, se cuestionó

³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo I Bogotá.: Javegraf. Primera Edición. 1996. pág. 16.

⁴ MAZEAUD Henri y otro. Compendio del Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. México D.F.: Editorial Colmex, 1945. pág 4.

la eficiencia probatoria de la misma y se creó la teoría de la apreciación de la culpa, en abstracto, por lo que se debía analizar el comportamiento de quien causa el daño según unos parámetros de carácter general⁵.

Con la evolución de la tecnología, surgieron circunstancias que de su esencia, el elemento culpa en la ejecución del hecho se presumía, las cuales se llamaron “actividades peligrosas”, liberando a la víctima de la carga probatoria del mencionado elemento. Es decir, será el presunto responsable quien deberá probar la ausencia de culpa en su comportamiento, bien sea demostrando que actuó con la debida diligencia y cuidado o acreditando que el daño se produjo por la presencia de factores ajenos a él.

Podemos concluir de esta reseña que la Responsabilidad, es aquella obligación de reparación en cabeza del causante, que surge del acaecimiento de un daño a un tercero que no estaba en obligación de soportarlo.

1.2 CLASES

Conviene precisar la noción de responsabilidad civil delineando las fronteras de su dominio, su génesis, en ese orden de ideas procederemos a determinar las clases de responsabilidad y su aplicación.

⁵ En el cual se compara la conducta del agente, con la de un hombre prudente o diligente, un buen padre de familia, una persona descuidada y otros.

1.2.1. Responsabilidad moral. La noción de Responsabilidad Moral es puramente subjetiva, en la medida que, se debe analizar la esfera íntima del sujeto, ya que este será moralmente responsable ante Dios o la conciencia cuando se cometan malas acciones, pecados o abstenciones. Esta responsabilidad se predica de los actos íntimos, actos que incumben a la moral social que no han sido reglamentados por el derecho.

“En el evento en que la acción o la abstención no produzca consecuencia alguna, ni ocasione perjuicio alguno, o que el perjuicio, si lo hay, lo sufra el autor del acto, trasgrediendo las directrices morales o religiosas, existirá Responsabilidad Moral”⁶.

1.2.2 Responsabilidad jurídica. “Desde los principios generales de Derecho, se intuye con claridad, que el Derecho reprueba la idea y sanciona el acto humano de causar daño a otro, imponiendo la obligación de repararlo íntegramente...”⁷. Por tanto, se puede definir a la Responsabilidad Jurídica como la consecuencia en virtud de la cual, quien ha inferido un daño a un tercero deberá indemnizarlo y/o repararlo.

⁶ MAZEAUD Henri. y otro. Op. cit., pág 4.

⁷ PASCUAL ESTEVILL, Luís. Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil. Tomo I. Parte general. Bosch. Barcelona.: Casa Editorial. S.A., 1989. pág 72.

Esta responsabilidad se configura cuando hay una infracción a un deber jurídico establecido en la norma. Es decir, debe existir un perjuicio y/o daño, como elemento sustancial que la diferencia de la responsabilidad moral.

Así las cosas, se debe distinguir el ámbito en el que se presenta la Responsabilidad Jurídica, ya que este será el sustento para la clasificación entre Responsabilidad Penal, Civil, Contractual y Extracontractual.

1.2.2.1. Responsabilidad civil. La Responsabilidad Civil nace como consecuencia de la obligación de reparar un daño o perjuicio antijurídico, es decir, que el obrar del sujeto es contrario al derecho, el cual precede al daño y, por tanto, la reparación del mismo es ineludiblemente una sanción que impone el ordenamiento a quien ha desconocido aquel postulado, y ha menoscabado o lesionado intereses jurídicamente tutelados de otro sujeto, que no tenía la obligación de soportar el daño.

Tradicionalmente, se ha considerado que la responsabilidad civil se divide en dos: Extracontractual y Contractual: “La primera se origina a partir de la vulneración de deberes genéricos de conducta, sin que entre la víctima y el agente causante del perjuicio se plantee una relación jurídica preexistente que obre como fuente de tales deberes; la segunda, por su parte, tiene lugar cuando se incumple una

obligación concreta, previa al acontecimiento dañoso estando el agente obligado a satisfacerla”⁸.

1.2.2.1.1. Responsabilidad contractual. “Nos encontramos frente a la figura de la Responsabilidad Contractual cuando existe un incumplimiento, culpable, de obligaciones concretas de una de las partes, emanadas de una relación jurídica preexistente a la ocurrencia del perjuicio”⁹.

Existe la discusión, si este tipo de responsabilidad se debe limitar al incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato. En tal sentido la mayoría de la doctrina contemporánea ha adoptado la teoría que a pesar de llamarse Responsabilidad Contractual, para que se configure basta la presencia de una RELACION JURÍDICA de cualquier naturaleza, previa a la ocurrencia del perjuicio.

Es decir, que la Responsabilidad Contractual surge como consecuencia del no cumplimiento, el cumplimiento tardío o, el cumplimiento defectuoso, de un deber jurídico singular y concreto, emergente de una relación jurídica determinada.

⁸ MURCIA BORJA, Dolly y otro. La Responsabilidad Civil En El Ámbito De La Construcción. Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana, 1992. pág 2.

⁹ MURCIA BORJA, Dolly. Op. cit., pág 3.

En la normatividad Colombiana se encuentra regulada esta figura en el título XII bajo el epígrafe “del efecto de las obligaciones”, en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

Procederemos a analizar los principales eventos en los cuales se configura la Responsabilidad Contractual a saber:

- **El no cumplimiento o el cumplimiento tardío:** La mora debitoria según el doctrinante Guillermo Ospina Fernández es “el retardo culpable por parte del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la reconvención por parte del acreedor”¹⁰.

Con esta definición, se evidencian los elementos de la mora debitoria, los cuales son importantes para poder determinar la configuración de la Responsabilidad Contractual, estos son: a) El Retardo, b) La Culpa y c) La Reconvención.

- a) *El retardo*, es el no cumplimiento oportuno de la obligación a cargo del deudor, es decir, vencido el término acordado o cumplida la condición, una de las partes incumple con las obligaciones pactadas por ellas. Dicha afirmación es válida siempre y cuando la prestación de la obligación sea de

¹⁰ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. “Régimen General de las Obligaciones”. Bogotá.: Temis. Quinta edición. 1998, pág. 91.

dar o de hacer, porque respecto de las obligaciones de no hacer el concepto de retardo y por lo tanto de mora no tiene cabida.

- b) *La culpa*, es decir la actuación de la parte incumplida debe tener esta característica, no entraremos a realizar un examen pormenorizado de este elemento en la medida que mas adelante se abordara el tema.
- c) *Reconvención*, es el factor formal denominado adicionalmente como requerimiento, mediante el cual, el acreedor exige del deudor el cumplimiento de la obligación, en el evento que no exista dicha petición se debe entender, como la concesión tacita de un plazo de gracia para el cumplimiento. Una vez se haya realizado al reconvención se entiende que el acreedor ya no puede soportar mas el retardo y que a su vez esté le ocasiona perjuicios que de, continuar comprometerán la responsabilidad del deudor.

Así las cosas, la mora constituye un elemento esencial dentro de la responsabilidad contractual, ya que, el deudor responderá frente al acreedor por todos los perjuicios que sean consecuencia de su incumplimiento, aclarando que no existirá responsabilidad en cabeza del deudor cuando el incumplimiento se derive de la imposibilidad definitiva o temporal para cumplir con lo estipulado en la forma y tiempos debidos.

Por consiguiente el deudor deberá indemnizar al acreedor en el evento en que de manera **dolosa** no cumpla su obligación, situación que generara responsabilidad

respecto de todos los perjuicios que se deriven de su incumplimiento¹¹. En el caso en que se incumpla de manera **culposa** el deudor sólo responderá por los perjuicios previsibles derivados del incumplimiento (artículo 1616 C.C).

- **El cumplimiento imperfecto:** El segundo evento que genera Responsabilidad de carácter Contractual, es el cumplimiento defectuoso de la obligación. Es necesario indicar que, el hecho de cumplir de manera irregular o imperfecta la obligación implica para quien pretende hacer valer esta situación, el deber de demostrarlo. En la actualidad no basta con el cumplimiento en cualquier forma de determinadas obligaciones, sino que el cumplimiento de las mismas deberá realizarse conforme a ciertas reglas, principios y procedimientos que serán evaluados en cada caso.

- **Responsabilidad Precontractual:** Es conveniente mencionar los casos en los que los posibles contratantes deberán responder por la no celebración de un determinado contrato. Así, vemos que una primera manifestación de este tipo de responsabilidad se presenta cuando de manera intempestiva, dolosa y/o culposa se rompen las negociaciones, generando para uno o varios de los posibles contratantes perjuicios, por haber incurrido en gastos con ocasión de la oferta formulada o haberse visto abocado a realizar estudios con el único fin de finiquitar

¹¹ Respecto del incumplimiento doloso es conveniente decir que dicha circunstancia deberá ser acreditada dentro del respectivo proceso por parte de quien lo alega, es decir, el acreedor es quien debe probar que el incumplimiento fue provocado mediando esta situación.

un proceso de contratación. Pero esta circunstancia no es de carácter absoluto, porque de ser así, cualquier acercamiento que pudiera producirse con el ánimo de contratar, llevaría implícito la obligación de indemnizar perjuicios al rechazar la oferta. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que las partes de una eventual relación económica, manifiesten que los gastos serán compartidos, o que los mismos correrán por cuenta de una de las partes. En todo caso, lo que se busca es hacer libre el proceso de negociación y a su vez, imprimir seriedad a la etapa de acuerdos y acercamientos precontractuales, es decir, se busca brindar trascendencia jurídica a las situaciones surtidas en la fase precontractual.

1.2.2.1.2. Responsabilidad extracontractual. “La Responsabilidad Extracontractual surge a partir de la necesidad de indemnizar perjuicios que se ocasionen a otro individuo dolosa o culposamente, derivados de la vulneración de deberes genéricos de conducta, sin que, el agente esté vinculado a la víctima del daño por una obligación concreta, es decir, con independencia de un vínculo jurídico”.¹²

“Es decir, que se da nacimiento a la obligación de indemnizar perjuicios y/o daños cuando sin vínculo jurídico previo una persona le causa a otra un perjuicio. La

¹² MURCIA BORJA, Dolly. Op. cit., pág 4.

ausencia del previo vínculo determina que a esta especie se la denomine Responsabilidad Extracontractual”¹³.

El postulado *Neminem Laeder*, establece ese deber genérico de no causar daño a otro, el cual encuentra protección por parte del Estado en la Constitución Política de 1991 en el Art. 90 y 91¹⁴, en tanto, se estableció no solo la posibilidad de indemnizar y/o reparar daños cometidos por el mismo Estado, sino, que la violación a un mandato constitucional en detrimento de cualquier persona, generará la responsabilidad en cabeza del agente que genere el daño.

Los mandatos Constitucionales del artículo 90 y 91, resultan concordantes con el artículo 2º del mismo orden normativo que consagra como fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, este último principio como responsabilidad de las autoridades. El alcance preventivo del artículo 90 constitucional lo constituye la

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 009 del 21 de mayo de 1983 Magistrado Ponente: Jorge Salcedo Segura, Gaceta Judicial Tomo CLXXII - Número 2411, pág 75.

¹⁴ **Art. 90.-** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

Art. 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

acción de repetición, en la medida en que se configura en forma de "sanción patrimonial" contra el responsable del daño antijurídico, puesto que estas, las sanciones, buscan tácitamente la prevención general de conductas que violan el ordenamiento jurídico, adicionalmente el precepto constitucional del artículo 91, establece la figura de la responsabilidad del agente que cause un daño por la violación de los principios constitucionales, plasmando una concordancia con el Artículo 90 respecto de la acción de repetición frente al agente generador del perjuicio.

Así mismo el Código Civil Colombiano regula esta responsabilidad en el Título XXXIV bajo la denominación "Responsabilidad común por los delitos y las culpas" en los artículos 2341 a 2361.

Si bien existen diferencias claras entre este tipo de responsabilidades las cuales se expondrán mas adelante, a su vez hay tópicos que se aplican a ambos géneros, sobre los cuales existe una unidad conceptual, los cuales se relacionan someramente a continuación.

- La definición y aplicación del Lucro Cesante y el Daño Emergente (Art1613 y 1614 C.C.).
- Necesidad de un vinculo causal entre un hecho y el perjuicio que se ocasiona (Art. 1616 C.C.).

- Postulado *Neminem Laeder*, es decir el deber de no causar daño a otro (Constitución Política Art. 90, 91 y el Art. 2341 C.C).
- Principio General de solidaridad en materia de responsabilidad (Art. 2344 C.C.).
- Compensación de Culpas (Art.2357 C.C.).

Ahora bien, vamos a realizar un breve análisis sobre las diferencias entre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual.

Responsabilidad Contractual	Responsabilidad Extracontractual
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Estructura</u>: Presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el acreedor y el deudor¹⁵. 	<ul style="list-style-type: none"> • La obligación se establece u origina en el hecho causa, imputado a una persona, para que responda del daño injusto ocasionado a otra, por actos o por omisiones, con dolo o por simple imprevisión o negligencia¹⁶.
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Función de la Obligación Reparatoria</u>: La reparación del daño contractual está fijado por un interés jurídico determinado por la expectativa crediticia fallida. Es decir que se busca reparar la prestación originaria o primigenia, sin que vengan a ser idénticas¹⁷. 	<ul style="list-style-type: none"> • El interés jurídico lesionado de naturaleza extracontractual, está dado por la lesión genérica del postulado <i>alterum non laedere</i>. La reparación del daño se manifiesta como una obligación primaria y no sustitutiva de ninguna otra¹⁸.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de Marzo de 1962.GJ. Nos 2253 – 2254. Tomo XCVIII. pág. 738 Magistrado Ponente José Hernández Arbelaez

¹⁶ Ibid., p. 738.

¹⁷ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo II, Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana. pág. 194.

¹⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo II .Op. Cit. Pág. 193.

<ul style="list-style-type: none"> • <u>Constitución en Mora:</u> La obligación indemnizatoria en relación de las obligaciones de dar y de hacer, nace desde que el deudor se constituye en mora de cumplir, pero si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención (Art. 1615 del Código Civil).¹⁹ 	<ul style="list-style-type: none"> • La reparación, se origina a partir de la ocurrencia del acontecimiento dañoso.
<ul style="list-style-type: none"> • <u>La Carga de la Prueba de la Culpa del responsable:</u> Un Sector de la doctrina distingue entre obligaciones de medio y de resultado, para deducir que en el caso de las primeras, le corresponde al acreedor demostrar la culpa del demandado, mientras que en la segunda, la culpa se presume, con la carga para el deudor de acreditar el factor extraño.²⁰ Adicionalmente la Jurisprudencia Colombiana, ha dicho en reiteradas oportunidades que, “en materia probatoria, se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que pueda con llevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quien corresponde la carga de la prueba en cada caso particular... En consecuencia a juicio de la Corte Suprema “Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el Art. 1604 del C.C.”²¹. <p>“Una tendencia doctrinaria actual pregonada, ...el principio de la carga dinámica de la prueba, <i>Para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • La carga correspondiente al hecho personal, se finca en un sistema de culpa probada, régimen común pero la responsabilidad por el hecho de otro y por el hecho de las cosas, se sustentan en un régimen de culpa presunta, con distintas formas de ser desvirtuada, es decir por el hecho de otro, basta la prueba de la diligencia debida, mientras que por el hecho de las cosas, se requiere acreditar por parte del demandado, un factor extraño, constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁹ MURCIA BORJA, Dolly y otro. Op. cit. Pág. 13.

²⁰ SANTOS BALLESTEROS, Jorge .Op. cit. Pág. 199.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Civil , Sentencia No 022, de 22 de febrero de 1995
Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

<p><i>prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión con lo cual se quiere significar, que la carga probatoria recae sobre quien se halla en la situación más favorable para dispensar la acreditación de los supuestos de hecho gobernados por la norma, atendidas la naturaleza del contrato y la índole y sentido de las prestaciones asumidas, ya sean estas de medio o de resultado”²².</i></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Presunción de Solidaridad:</u> Por regla general contractualmente no hay lugar a presumir que los deudores se han obligado solidariamente, a menos que nos encontremos frente a una relación jurídica de carácter mercantil²³. 	<ul style="list-style-type: none"> • El Artículo 2344 del C. C. establece por regla general dicha presunción.
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Extensión de los Perjuicios:</u> Situación regulada en el Art.1616 del Código Civil , en el que cabe señalar que se agravara los perjuicios a cargo del deudor, si ha incurrido en dolo, pues en este evento, debe resarcir no sólo los previsibles sino además los imprevisibles que fueron consecuencia de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento, al paso que si sólo se le imputa una negligencia o simple culpa, es responsable únicamente de los previsibles en los mismos supuestos. 	<ul style="list-style-type: none"> • En esta modalidad de responsabilidad, se evidencia que el autor del hecho ilícito está obligado a indemnizar todos los perjuicios que sean consecuencia de su obrar, siempre y cuando, desde luego, se encuentren en una relación causal adecuada.
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Graduación de la culpa:</u> El Artículo 1604 del Código Civil, consagra la teoría tripartita de la culpa, vinculada por el mismo legislador al beneficio que el deudor obtiene del contrato para ello deducir un criterio de responsabilidad, es decir “ el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al 	<ul style="list-style-type: none"> • En forma reiterada se ha señalado que cualquier clase o grado de culpa podría comprometer la responsabilidad del agente.

²² SANTOS BALLESTEROS, Jorge .Op. cit. Pág. 203.

²³ MURCIA BORJA, Dolly y otro. Op. cit. Pág. 14.

<p>acreedor; es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.</p>	
<p><u>Imputación</u>²⁴: Por regla general toda persona es capaz, siendo la incapacidad la excepción, no obstante lo anterior la ley establece dos tipos de incapacidad a saber: <u>La Absoluta</u>: En la cual los actos de estos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución, entre ellos se encuentra los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no se pueden hacer entender por escrito. <u>Relativa</u>: Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por la Ley, entre ellos son incapaces relativos los menores adultos, los disipadores que estén bajo interdicción.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De igual forma el artículo 2346 del Código Civil establece que los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, por tanto no serán responsables, pero de los daños que ellos causaren serán responsables las personas a cuyo cargo estén tales personas, si a estos se les puede imputar negligencia en el cuidado y vigilancia de los mismos.
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Competencia</u>: El numeral 1 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil establece como regla general de competencia el domicilio del demandado, pero adicionalmente en procesos que diere lugar un contrato será competente a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y del domicilio del demandado (numeral 5 del artículo). 	<ul style="list-style-type: none"> • Indica el numeral 8, además del juez del domicilio del demandado, será también competente el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho.

Una vez enumeradas las principales diferencias entre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual, abordaremos de una manera general las fuentes de la Responsabilidad Extracontractual, a saber:

²⁴ La imputabilidad en materia de Responsabilidad Civil, debe ser entendida como la capacidad de querer y entender un daño por parte de un sujeto de derecho.

1.2.2.1.2.1 Responsabilidad directa o por el hecho propio. Este tipo de Responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 2341 del Código Civil²⁵, la que doctrinariamente se denomina **Responsabilidad Aquiliana**., así las cosas, podemos establecer que la Responsabilidad Directa es aquella en la que, quien sufre un daño llama a responder a la persona que de manera personal lo ha generado, obedeciendo claramente al principio de quien produce un daño, debe indemnizarlo.

Dicha responsabilidad está basada sobre un trípede integrado por el Dolo o Culpa del directa y personalmente llamado a responder, un Daño o Perjuicio sufrido por la víctima que se convierte en acreedor de la indemnización y una Relación de Causalidad entre aquellos y éste, todos los cuales deben ser debidamente probados en el proceso según la regla tradicional “*onus probandi incumbit actoris*”.²⁶

Como lo afirma el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, este tipo de Responsabilidad se fundamenta en el aspecto culposo o intencional de quien ha inferido el daño a otro. En tal sentido no existe un catalogo de cuales son todos los posibles casos de Responsabilidad Directa o una tipificación de cual es el

²⁵ ARTICULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 009 del 21 de mayo de 1983
Magistrado Ponente: Jorge Salcedo Segura, Gaceta Judicial Tomo CLXXII - Número 2411, pág 72.

hecho dañoso, este aspecto establece la crucial distinción entre la Responsabilidad Directa del Artículo 2341 y la responsabilidad Directa por actividades peligrosas del Artículo 2356, ya que, la primera se caracteriza por que, a demás de probar el hecho físico, el demandante corre con la carga de la prueba de demostrar factores negligentes, de imprudencia o de impericia, en tanto que la segunda, la modalidad peligrosa del hecho excluye la prueba de una negligencia adicional²⁷.

“Por ser esa la doctrina sobre la cual descansa sin duda el artículo 2341 del C.C., se tiene por verdad sabida que quien por sí... causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar, en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores²⁸”

Es importante indicar que en nuestra legislación civil se contempla la posibilidad de que el daño sea ocasionado por varios agentes. Dicha situación esta prevista dentro del artículo 2344 del Código Civil, obligando a responder de manera solidaria a los participantes, punto que veremos más adelante, en el Capítulo II.

²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De La Responsabilidad Civil. Tomo I Volumen 2 Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Bogotá.: Editorial Temis. 1989. pág 4.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Civil , Sentencia No 022, de 22 de febrero de 1995 Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Del análisis del artículo 2341 del Código Civil, podemos deducir, que en algunos eventos, esta clase de responsabilidad, puede ir ligada a la comisión de diferentes delitos que se encuentran contemplados en la legislación penal, imponiendo al responsable diversos tipos de sanción, establecidos en la normatividad penal, y a su vez el deber de indemnizar a la víctima, que no es mas que la sanción de carácter civil.

Adicionalmente encontramos del examen del mencionado artículo, que los daños pueden ser causados por una persona natural o jurídica, haciendo la salvedad que esta ultima no produce daños por sí misma, sino que las personas jurídicas interactúan por intermedio de sus representantes, y serán estos los que generarían los actos, hechos u omisiones que darían origen a este tipo de responsabilidad.

1.2.2.1.2 Responsabilidad por el hecho ajeno. De acuerdo a nuestro Código Civil este tipo de responsabilidad esta consagrado en los Artículos 2347 a 2349, a la cual se le nombra también **Responsabilidad Indirecta**²⁹.

²⁹ “Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tienen su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder. También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, Sentencia No.2419 del 16 de julio de 1985 Magistrado Ponente: Dr. Horacio Montoya Gil.

Surge este tipo de Responsabilidad cuando una persona denominada *Responsable* debe resarcir el daño causado a un tercero llamado *Victima*, el cual fue producido por una persona subordinada, o, que esta a su cuidado, o, frente a la cual tiene la obligación de vigilancia y dirección llamada *Agente*.

Es decir surgirá la obligación de resarcir el daño para quien tenga la obligación legal o contractual de cuidar a otra persona frente a los ilícitos cometidos por sus dependientes, por consiguiente el daño debe ser causado por la persona que está bajo el cuidado de otra; esa conducta del directamente responsable debe ser culposa.

En nuestro criterio, la definición inicial permite establecer que las personas deberán responder por las acciones de otras cuando medie entre ellas la mencionada obligación de vigilancia y dirección. Sin embargo, consideramos que los eventos regulados en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil, tienen un carácter enunciativo y no taxativo, por tanto, con la enumeración planteada por estos artículos no se agotan todos los eventos de responsabilidad por el hecho ajeno, como lo analizaremos mas adelante en el Capitulo V, estudiaremos la posibilidad que se configure un evento de responsabilidad por el hecho ajeno cuyo responsable seria el Beneficiario de la obra y el agente seria el Contratista Independiente respecto de las prestaciones e indemnizaciones derivadas de un eventual accidente de trabajo.

A continuación procederemos a transcribir algunos de los artículos que regulan la materia sobre los cuales se harán algunas precisiones:

ARTICULO 2347. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Inciso cuarto derogado por el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

ARTICULO 2348. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS HIJOS. Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

- ***Responsabilidad por el Hecho de los Hijos menores que habiten la misma casa:*** A nuestro juicio esta figura establece una presunción de culpa respecto de los padres enmarcada dentro de los hechos descritos dentro del artículo 2347 y 2348 del C.C., la doctrina establece que en los casos de responsabilidad por el hecho de un tercero, se busca favorecer a quien haya resultado perjudicado, instituyendo la presunción de responsabilidad, debiendo los padres para exonerarse probar que el hecho cometido por el hijo se sale del ámbito de cuidado y vigilancia que les correspondía.

Consideramos que es acertada la forma de exoneración que plantea la doctrina respecto de los padres frente a los actos de sus hijos, pero adicionalmente que se debe plantear una reforma al Artículo 2347 del C.C. respecto de la expresión: “...de los hijos menores que habiten en la misma casa”, ya que, si bien es cierto este artículo enuncia eventos en los que es procedente la responsabilidad por el hecho ajeno, deja un vacío respecto a la responsabilidad de los padres frente a los actos de los hijos menores que no habiten en la misma casa, circunstancia que no es extraña, y por tanto se debe unificar este criterio, para estar en concordancia con el artículo 2348 del mismo ordenamiento.

- **Responsabilidad por el Hecho de los Pupilos:** Frente a este tipo de responsabilidad, se presume la culpabilidad de los tutores y curadores³⁰ respecto de los actos que los pupilos realicen o ejecuten. Son dichos guardadores quienes tienen el deber de cuidado y vigilancia, siempre y cuando los pupilos vivan bajo su custodia. Pueden desvirtuar dicha presunción de culpa demostrando que existió la debida diligencia en el cuidado que ejercen sobre sus pupilos.

- **Responsabilidad por el Hecho de los discípulos:** Por último, debemos retomar lo expresado por la doctrina respecto de este tema, la cual establece que los directores son responsables de los actos de sus alumnos mientras que éstos

³⁰ Los conceptos de tutela y curaduría, consagrados en la legislación civil, se refieren a cargos que se atribuyen a ciertas personas a favor de otras que no pueden actuar o dirigirse por sí mismos, o administrar completamente sus negocios, y que no se hallen bajo la potestad de sus padres para que les puedan brindar la protección debida.

se encuentren bajo su cuidado, sin importar el horario en el que los alumnos reciban sus clases. Por tanto consideramos que es perfectamente valida desde el punto de vista jurídico la posibilidad de que exista una responsabilidad conjunta entre los padres y los directores cuando se genere un daño por parte de un alumno menor de edad, debido a que si es cometido dentro de la jornada escolar quien esta llamado a responder inicialmente por los daños ocasionados por uno o varios alumnos es el director del establecimiento educativo, lo cual no exime de la responsabilidad a los padres.

ARTICULO 2349. DAÑOS CAUSADOS POR LOS TRABAJADORES. Los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores.

Con la evolución de la sociedad quedaron desuetas expresiones tales como amos, criados, sirvientes, etc., en ese orden de ideas, resultaría inaceptable el uso de los mismos en el Art. 2349 del C.C., circunstancia que llevo a que dicha norma fuera demandada alegando su inconstitucionalidad por violar los artículos 1, 2, 5, 13 y 17 de la Constitución Política, coincidimos con el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1235-05 de 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, en la cual fueron declarados inexecutable las expresiones “*amos*”, “*criados*” y “*sirvientes*” que establecía este

artículo, por considerar que estas implican interpretaciones discriminatorias y denigrantes de la condición humana.³¹.

Como se ha visto, consideramos que la responsabilidad por el hecho ajeno es una institución civil que conserva plena vigencia y que aún con la precaria y anacrónica redacción de las normas contenidas en el Código Civil, enmarcan los supuestos de todas aquellas relaciones que con la evolución de la figura pudieran, por vía de interpretación, encuadrar en las hipótesis que los preceptos formulan.

1.2.2.1.2.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas. Este tipo de responsabilidad se divide en dos a saber: Responsabilidad por las Cosas Animadas y Responsabilidad por las Cosas Inanimadas.

Como lo afirma el doctrinante Gilberto Martínez Rave se establece la Responsabilidad por el Hecho de las Cosas, por cuanto, el término *hecho* señala una actividad material, no referida a ninguna voluntad o elemento subjetivo que si se incluye en el término acto. Por lo tanto, las personas pueden ejecutar hechos y actos, en cambio los animales y las cosas solamente hechos³². En ese orden de

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL , Sentencia C-1235 DE 2005, expediente D-5837, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

³² MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín, Editorial Diké.1993 pág. 193.

ideas, este tipo de responsabilidad no interviene la voluntad humana en la realización del daño, sino que, se deriva de los hechos de los animales y de las cosas, por tanto, dentro de este aparte trataremos las dos principales formas de responsabilidad civil por el hecho de las cosas de manera separada.

• **Responsabilidad civil producida por cosas inanimadas.** Podemos afirmar que este tipo de responsabilidad se deriva de los daños producto de la ruina de los edificios y de las cosas que caen o son arrojadas de ellos, transcribiremos a continuación algunos de los artículos del Código Civil que regulan el tema.

*ARTICULO 2350. RESPONSABILIDAD POR EDIFICIO EN RUINA. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.
No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.
Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.*

Este artículo establece la responsabilidad del propietario del edificio, consideramos que esta obligación surge de los descuidos e imprevisión del propietario o poseedor, que tiene a su cargo la guarda o conservación de dichas cosas, por tanto la ley sanciona esa conducta culposa, no obstante existe la posibilidad de exonerarse demostrando que el daño y/o perjuicio fue producto del caso fortuito o la fuerza mayor.

ARTICULO 2351. DAÑOS CAUSADOS POR RUINA DE UN EDIFICIO CON VICIO DE CONSTRUCCION. Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3a. del artículo 2060.

Respecto de este artículo consideramos que la mención que se hace del “...vicio de construcción” que genera la responsabilidad, no es mas, que la sanción al constructor que por su calidad tiene toda la pericia para evitar tales vicios que se reflejan en el daño, adicionalmente consideramos apropiada la extensión de la responsabilidad descrita en la regla 3 del artículo 2060 del C.C., que establece que el Constructor y las personas empleadas por él responderán dentro de los diez años siguientes a la entrega de la edificación por la amenaza de ruina o por los defectos derivados de un vicio de construcción o del suelo.

- **Responsabilidad civil producida por cosas animadas.** La Responsabilidad por el hecho de los animales se subdivide en: responsabilidad por el daño causado por los animales domésticos y responsabilidad por el daño causado por los animales fieros.

ARTICULO 2353. DAÑO CAUSADO POR ANIMAL DOMESTICO. El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puede imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal. Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño, con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.

ARTICULO 2354. DAÑO CAUSADO POR ANIMAL FIERO. El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

Los animales tienen la posibilidad de actuar sin que medie la voluntad del hombre. En algunos casos si interviene dicho elemento volitivo. La importancia que para el derecho han venido teniendo los animales, se ha dado en la medida en que el hombre ha ido conociendo las diferentes ayudas que éstos pueden brindarle en los diferentes campos en que se desarrollan sus variadas actividades. Es el caso de los animales que sirven en la agricultura, en las ciudades o en el campo con fines de seguridad o producción económica, los animales que se utilizan en los circos, o, en los diferentes tipos de ferias. Es decir, con el pasar del tiempo dichos seres han adquirido más funciones y trascendencia dentro de la vida de las personas y por lo tanto también se han convertido en fuentes potenciales generadoras de daños.

Por tanto, la persona llamada a responder dentro de estas figuras que se regulan en los anteriores artículos, sólo se exonerara de tales circunstancias cuando el daño provocado por su animal es ocasionado por un caso fortuito, una fuerza mayor, o mediante la prueba de que el hecho generador del daño fue ocasionado por un hecho extraño, es decir porque la víctima se puso en la situación de peligro o, porque, a pesar de haber empleado toda la diligencia y cuidado, ni el dueño ni la persona que tenía el deber de cuidado y custodia sobre el animal tuvieron nada que ver con la soltura o pérdida del mismo. No obstante lo anterior, el legislador presume de derecho la responsabilidad de la persona que por cualquier circunstancia tenga un animal fiero en su poder, este es un caso de

responsabilidad objetiva, se responde siempre, una vez se produzca el daño en las circunstancias previstas en la norma.

ELEMENTOS

Cuando se produce una declaración de responsabilidad, debemos establecer los elementos que configuran la responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual; los cuales son: *El Daño, la culpa y él vinculo de causalidad entre los dos anteriores.*

1.3.1 Daño

El termino daño, en lenguaje común, es sinónimo de menoscabo o deterioro. “Desde el punto de vista jurídico es necesario revestirlo de sentido, apreciando el alcance de la tutela sobre las situaciones del individuo frente al obrar de los demás. Daño es pues el menoscabo o deterioro de un interés jurídicamente tutelado, en otras palabras es el menoscabo valorado como antijurídico por atentar contra situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico”³³.

En ese orden de ideas debemos definir el daño civil indemnizable como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien

³³ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío y otro. El Daño Justificado, Seminarios 2, Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996. pág.12.

patrimonial o extrapatrimonial, el daño será indemnizable cuando en forma ilícita sea causado por alguien distinto a la víctima”³⁴.

Como lo afirma Javier Tamayo Jaramillo para que el daño sea indemnizable, no basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien, debe tener ciertas características o requisitos para que la víctima pueda demandar la reparación³⁵ como son:

- a) **Cierto:** En primer lugar debemos establecer que el hecho que genera el daño debe haberse producido, es decir, se debe tener certidumbre de la ocurrencia del mismo. “En primer lugar el daño, en si mismo, no requiere ser *actual* para que deba ser indemnizado, no obstante el fenómeno que lo genera (conducta activa u omisiva del agente) tiene que haberse producido necesariamente, es decir el **hecho** no puede ser futuro y eventual, adicionalmente para que la víctima pueda pretender la reparación debe existir certidumbre sobre el perjuicio, en diversos aspectos, tales como, la existencia del daño, la certeza del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño³⁶.

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier “De La Responsabilidad Civil” Editorial Temis. Tomo II De los Perjuicios y su Indemnización, Bogotá.: Temis. 1990 pág. 5

³⁵ Ibid. pág .10.

³⁶ Ibid. pág .11.

Para Javier Tamayo Jaramillo el daño es cierto, cuando a los ojos del juez aparece como evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

Adicionalmente debemos mencionar que el daño puede ser presente o futuro, en este sentido vale la pena enfatizar en que puede existir el daño futuro, pero este debe ser cierto, y no meramente eventual o hipotético, ¿pero cuando un daño futuro, es cierto? Cuando éste se tiene como virtual, quiere decir que, en el curso normal de los acontecimientos el daño muy seguramente se producirá.³⁷

- b) **Personal:** Tradicionalmente la Doctrina y la Jurisprudencia han establecido como segundo elemento para la indemnización del daño el elemento personal, es decir que solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación. No obstante la regla general mencionada, el Artículo 2359 del Código Civil, establece la posibilidad de demandar el daño contingente (Acción Popular, que tiene como finalidad no indemnizar daños, sino cesar la actividad que probablemente causara un daño)³⁸.

³⁷ Ibid. pág. 15.

³⁸ Ibid. pág. 80.

Adicionalmente la jurisprudencia en repetidas oportunidades establece que *"la víctima o las víctimas de un hecho culposo tienen derecho a ser indemnizadas íntegramente por la persona causante del hecho lesivo pero a ellas les corresponde demostrar cuáles perjuicios padecieron y, además, que los mismos sean ciertos y directos... por cuanto sólo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado y, como consecuencia inmediata de la culpa o el delito"*³⁹.

1.3.1.1 Clases. Trataremos la clasificación del daño, en un análisis no muy profundo pero suficiente para dar una idea al respecto.

a) **Materiales:** "Los daños materiales llamados también patrimoniales, son aquellos que afectan bienes económicos de la víctima, es decir se presenta un menoscabo en el patrimonio del acreedor, o sea con el conjunto de sus valores económicos"⁴⁰.

Debemos entender como patrimonio "el conjunto de bienes y obligaciones, presentes y futuros, ciertos e inciertos, conocidos y desconocidos que tiene una persona, es una universalidad jurídica"⁴¹. La Jurisprudencia indica *"en cuanto a*

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil Sentencia N° 066 del 5 de Octubre de 1999, Expediente N° 5229 Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

⁴⁰ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. "Régimen General de las Obligaciones" Op. cit. pág. 118.

⁴¹ Ibid. pág. 305

los perjuicios materiales propiamente dichos, la corte también ha sido explícita en advertir que, para efectos de determinar su resarcimiento, se debe tener en cuenta quién fue la víctima, pues '...si esta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiaran también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, enfermedad, o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó con su muerte...'⁴²

Esta afectación patrimonial nos permite establecer a su vez una subdivisión en razón al impacto que sufre esa universalidad jurídica debido al perjuicio. De acuerdo con el Artículo 1614⁴³ del Código Civil los daños patrimoniales se dividen en: Daño Emergente y Lucro Cesante.

- **“Daño Emergente:** Estaremos en presencia de Daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima,

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil Sentencia N° 066 del 5 de Octubre de 1999, Expediente N° 5229 Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

⁴³ ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

• **Lucro Cesante:** por el contrario, existirá Lucro Cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó, ni ingresará en el patrimonio de la víctima”⁴⁴.

Adicionalmente el tratadista Javier Tamayo determina que “es inexacto identificar al daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características”⁴⁵.

b) **Morales:** “Adicionalmente de los bienes de carácter patrimonial, las personas cuentan con bienes de carácter Extrapatrimonial que son garantizados no solo por la Constitución Política de Colombia de 1991, sino por las leyes de carácter civil y penal.”⁴⁶

Así las cosas a menudo se considera que todos los daños extrapatrimoniales son morales; sin embargo, es preciso conservar esta última denominación únicamente para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión, denominado perjuicio moral subjetivo.

El Dr. Javier Tamayo Jaramillo, en su obra De la Responsabilidad Civil Tomo II De los Perjuicios y su Indemnización, manifiesta, que La Corte en un luminoso fallo de 21 de julio de 1922, sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar

⁴⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, De los Perjuicios y su Indemnización. Op. cit. pág. 117.

⁴⁵ Ibid. pág. 117

⁴⁶ Bienes, tales como, la integridad personal, el buen nombre, la intimidad, la honra, la vida, etc.

toda la teoría de los perjuicios extrapatrimoniales. “En ella no solo se los clasificó, sino que se planteo lo relativo a la carga de la prueba de los mismos, y la forma de indemnizarlos. Expresamente, el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo o de afección, no obstante, la posterior evolución jurisprudencial llevo a determinar que solo seria el daño moral subjetivo el indemnizado expresamente”⁴⁷.

En cuanto a los daños morales objetivados, cabe precisar que no son más que perjuicios materiales o patrimoniales derivados del daño moral subjetivo⁴⁸.

“Así lo ha reconocido la Jurisprudencia, que el perjuicio moral es el dolor o sufrimiento de quien padece un daño, independientemente de las secuelas físicas y perturbaciones psíquicas que puedan haber producido. Interesa que se haya padecido un dolo o soportado un sufrimiento”⁴⁹.

Coincidimos con la crítica que hace el Dr. Jaramillo a la evolución jurisprudencial respecto al desuso de los demás tipos de daños extrapatrimoniales, ya que por regla general solo se indemniza los perjuicios morales subjetivos, puesto que no podemos descartar que el ser humano puede sentir dolo como resultado de otro tipo de lesiones a otros aspectos de la personalidad humana, que no se limitan

⁴⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier.Op. cit. pág. 125

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier.Op. cit. pág. 124

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de Diciembre de 1992. Referencia 7416. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

exclusivamente a esa esfera afectiva o sentimental, no obstante lo anterior, debemos reconocer que excepcionalmente la jurisprudencia hace estudios mas profundos respecto de los daños extrapatrimoniales, tales como el daño fisiológico, perjuicio de placer, perjuicio psicológico, etc.⁵⁰

c) **Directos:** Son aquellos perjuicios que se derivan inmediatamente de la falta de ejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de lo debido.

d) **Indirectos:** Si el daño se vincula al incumplimiento de modo mediato hasta ser incierto que aquel sea consecuencia necesaria de este o que lo sea de otras causas distintas⁵¹.

1.3.2 Culpa

Este elemento se puede definir como la conducta de la cual se desprende el daño, Para los hermanos Mazeaud la culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona advertida y prudente, colocada en las mismas circunstancias externas en que obro el autor del daño⁵². En tal sentido podemos afirmar que la Culpa se presenta cuando el agente no previó los efectos nocivos

⁵⁰ Sentencia referida a la responsabilidad medica. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de Mayo de 1999. Referencia 11.169. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁵¹ OSPINA FERNANDEZ Guillermo, Op. Cit. pág. 121

⁵² MAZEAUD Henri y otro. Op. Cit. pág. 52.

de su acto, habiendo podido preverlo o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar.

La culpa se presenta en los siguientes casos: **a)** Cuando el Autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. **b)** Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo **c)** Cuando el autor tiene la intención de inferir un daño a un tercero y lo genera (Dolo).

1.3.2.1. Clases. La normatividad que regula la materia establece en el Artículo 63 del Código Civil, la llamada graduación de la culpa, la cual acoge una división tripartita a saber:

- a) Culpa grave, negligencia grave, o, Culpa lata:** La cual consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
- b) Culpa leve, descuido leve, o, descuido ligero:** Es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado

ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

- c) Culpa o descuido levísimo: Es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

1.3.3. Nexo causal

Elemento esencial, en la medida que se requiere que exista una relación causa efecto entre el daño y la culpa, es el vínculo causal entre ellos. Es decir existirá responsabilidad si el daño es el resultado, la consecuencia de una conducta culposa cometida por el agente⁵³.

En el evento que la cadena causal no conduzca a la producción de una lesión cierta y concreta no se podrá predicar que existe la obligación de resarcir los perjuicios por parte del agente.

1.4. CAUSALES DE INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL.

La doctrina y la jurisprudencia han aducido, el hecho o culpa de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito y el hecho o culpa de un tercero como causales que interrumpen el nexo causal, es decir, que al no existir nexo causal entre el

⁵³ BARRERA TAPIAS Carlos Darío y otro, Op. Cit. pág 10

daño y la conducta culposa, no existe Responsabilidad Civil. En reiterados fallos la Corte Suprema de Justicia ha acogido esta clasificación de las causales de exoneración entre los que se destacan los siguientes⁵⁴:

1.4.1. El hecho de la víctima

Cuando se habla de víctima o perjudicado se debe entender que se hace referencia es al titular de los intereses o bienes jurídicos vulnerados, el cual por regla general coincide con la persona víctima de los hechos físicos que originan el daño.

Una vez hecha la aclaración anterior, procederemos a establecer la importancia práctica de esta causal, porque lo más frecuente es que el perjudicado participe en la cadena causal con sus hechos (activa o pasivamente), de manera que es necesario precisar cuales son los requisitos para que la intervención del perjudicado interrumpa la causalidad a saber:

- **Actuación culposa de la víctima:** Es decir que la participación del perjudicado en la ocurrencia del daño haya sido de carácter culposa, no en

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de marzo 14 de 1938, Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza, Marzo 5 de 1940 Magistrado Ponente: Liborio Escallon, septiembre 12 de 1940 Magistrado Ponente Juan Francisco Mujica, septiembre 8 de 1950, Magistrado Ponente Manuel José Vargas .

sentido estricto sino que su comportamiento debe ser objetivamente reprochable.⁵⁵

- ***Extensión de la obligación:*** Es decir si era necesario para el agente prever y luchar contra los obstáculos que la misma víctima pone en el desarrollo del deber⁵⁶.

Efectos: Si el perjuicio proviene de la culpa exclusiva del perjudicado, se exonera totalmente al aparente ofensor, es la conclusión unánime de la doctrina la cual compartimos. Pero es necesario examinar si el comportamiento de la víctima fue causa única o concausa en la producción del daño, puesto que el artículo 2357 del C.C. establece que “la apreciación del daño estará sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a el imprudentemente”, norma que se ha interpretado extensivamente a todo los comportamientos culposos de la víctima, consideramos acertad tal extensión en la medida que si la víctima se expuso imprudentemente al daño y busca la norma evitar que a través de una compensación anticipada, pospagos cruzados entre la víctima y el ofensor (repetición por concausalidad). La reducción de las indemnizaciones hace de acuerdo con la eficiencia causal de las conductas del agente y la

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Septiembre 8 de 1950 Magistrado Ponente Manuel José Vargas.

⁵⁶ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío y otro. Op. Cit. pág .37.

victima, y subsidiariamente valiéndose del análisis de la intensidad del deber infringido y en última instancia, de la división por partes viriles⁵⁷.

1.4.2 La fuerza mayor y el caso fortuito

El caso fortuito o fuerza mayor es un hecho ajeno al marco de comportamiento del ofensor cuyas consecuencias no pudo éste resistir ya sea por que le eran imprevisibles o por que siendo previsibles le eran absolutamente irresistibles.⁵⁸

Los elementos que debemos tener en cuenta en este concepto:

a) **Ajenidad o independencia respecto del comportamiento del agente.** “Esto significa que el hecho debe provenir de una cadena causal autónoma, distinta a la iniciada por el aparente ofensor, pues de otro modo el hecho seguiría dentro de las consecuencias derivadas del obrar del agente, reprochadas por el derecho”⁵⁹.

b) **Irresistibilidad.** “Esto implica que la fuerza del evento debe ser avasalladora, de modo que no logren interponerse barreras eficaces a su acción, es decir que la imposibilidad de oponerse al evento se valora frente a un sujeto abstracto

⁵⁷ Ibid. pág. 38.

⁵⁸ Ibid. pág. 29.

⁵⁹ Ibid. pág. 30.

medianamente diligente y prudente colocado en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, atendiendo la naturaleza de la obligación”⁶⁰.

c) **Imprevisibilidad.** “Elemento que se tiene en cuenta cuando por haber sido inesperado un hecho, no se pudieron tomar las medidas para contrarrestar sus efectos. Por el contrario, si las consecuencias del hecho pueden ser evitadas, la oposición a esos efectos es un deber incluido en la órbita de control del obligado”⁶¹.

d) **Imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación:** “En la esfera contractual se exige, entre otros requisitos obvios, que el caso fortuito impida de una manera absoluta y permanente el cumplimiento de la obligación. Este requisito no es más que la exigencia de que el caso fortuito sea la causa determinante del daño y en consecuencia es la prolongación de la irresistibilidad”⁶².

⁶⁰ Ibid. pág. 31.

⁶¹ Ibid. pág. 31.

⁶² Ibid. pág. 32.

1.4.3 El Hecho de un tercero

“Por tercero debe entenderse a todo aquel que no esté vinculado jurídicamente con el agente o con la víctima por una relación derivada de la ley o por una relación contractual”⁶³.

Dicho tercero con su obrar, puede alterar el curso de la cadena causal a la que dio origen el agente, o bien crear una nueva que sólo en apariencia tenga su fuente en el demandado. En todas las hipótesis de intervención de un tercero debe determinarse cuál será su influencia en la responsabilidad del agente aparente y qué consecuencias se radicarán en cabeza del propio tercero, en razón de su obrar⁶⁴. Adicionalmente el obrar del tercero tiene que ser irresistible para el agente de acuerdo con el alcance de su deber.

“De conformidad con el Artículo 2344 del Código Civil, se establece que una vez el agente y el tercero interactúan para crear una sola cadena causal, productora de un perjuicio único e indivisible, estaremos en presencia de la regla de la solidaridad entre los coautores de un mismo delito o culpa”⁶⁵.

⁶³ Mazeaud, Op. Cit. pág. 237.

⁶⁴ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío y otro. Op. cit. pág. 34.

⁶⁵ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío y otro. Op. cit. pág. 35.

CAPITULO II

2. LA SOLIDARIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RESPONSABILIDAD.

A continuación se estudiará el tema de la Responsabilidad Solidaria y las Obligaciones Solidarias. El fin de este capítulo es ubicar al lector dentro del concepto de la Responsabilidad Solidaria, para luego, abordar el tema de la Responsabilidad Solidaria derivada del artículo 34 del Código Sustantivo De Trabajo.

2.1 CONCEPTO DE LA SOLIDARIDAD

Dentro de la Clasificación de las Obligaciones⁶⁶ según el sujeto plural, encontramos las obligaciones denominadas Solidarias. Para Jorge Cubides Camacho, son aquellas que existen a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores de tal manera vinculados que, cada uno de los deudores puede ser obligado a pagar y cada uno de los acreedores puede exigir la totalidad de la prestación⁶⁷.

⁶⁶ Vinculo Jurídico que surge entre dos o mas personas determinadas, por virtud del cual una o unas de ellas han de hacer o no hacer algo a favor de la otra u otras. URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Teoría de las Obligaciones, Bogotá.: Rosaristas, 1973. pág. 3.

⁶⁷ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones, Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana Colección de Profesores 3. Tercera Edición, 1998. pág. 47.

La razón de ser de la coligación en este tipo de obligaciones es la forma de asunción del vínculo y el contenido de la obligación. Es decir, que independiente de la índole del objeto, las varias relaciones unitarias se miran y tratan como si fueran una sola, en todo el tiempo, entre las partes acreedoras y deudora.

El rasgo característico, distintivo, de la solidaridad es que en la relación obligatoria, o sea en las relaciones externas, no cabe la división de los créditos o de las deudas, según sea del caso, sin perjuicio de que internamente la situación de cada miembro del respectivo grupo sea autónoma, y en principio tenga una parte de la deuda y sólo esa parte⁶⁸.

Así las cosas habrá solidaridad cuando cualquiera de los sujetos que integran una de las partes de la obligación es llamada a cumplir con la totalidad de la prestación debida en favor de la otra parte.

2.2 FUENTES DE LA SOLIDARIDAD

La solidaridad esta regulada en el inciso segundo del artículo 1568 del Código Civil y siguientes.

ARTICULO 1568. DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

⁶⁸ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones Tomo I, Bogotá.:Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. pág. 326.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

Como podemos observar dentro del Artículo encontramos las fuentes de la solidaridad a saber:

- a) Causas Legales: Es decir, por virtud de la ley, se establece los eventos en los cuales opera esta está figura. Vg. Presunción de Solidaridad Pasiva en materia Comercial, Solidaridad derivada del Artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo⁶⁹ (Solidaridad que es objeto de nuestro estudio), etc.
- b) Causas derivadas de la Voluntad de las Partes: Como fuente principal encontramos la voluntad de las partes en la cual, son las partes de una relación jurídica quienes pactan si opera o no la solidaridad respecto de los efectos de su relación. Vg. Convenciones, Contratos, Testamento, Conciliación.

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA SOLIDARIDAD

Son dos las características fundamentales de las obligaciones Solidarias, identificadas desde el derecho romano, de los cuales se derivan sus distintos efectos: Unidad de Objeto y Pluralidad de Vínculos⁷⁰.

⁶⁹ La Solidaridad derivada del artículo 34 del C.S.T en principio es de carácter legal, pero existe la posibilidad que sea acordada entre las partes mediante la celebración de una conciliación.

⁷⁰ CUBIDES CAMACHO, Jorge, Op. cit. pág. 48.

- a) Unidad del Objeto: Las obligaciones tienen unidad de prestación, es decir que, el objeto no será fraccionado para el pago, así la prestación sea fraccionable. Según sea la fuente los deudores o acreedores tendrán derecho o estarán obligados a la totalidad de la prestación, es decir cada uno de ellos puede exigir o tiene el deber de pagar la totalidad de la prestación.
- b) Pluralidad de Vínculos: Una de las características es que puede existir 2 o más sujetos en uno de las partes de la obligación, lo que quiere decir que cada sujeto tendrá un nexo distinto con la otra parte con un único objeto común a todos.

2.4. CLASES

De la esencia de la solidaridad se deduce la clasificación de acuerdo a la parte de la obligación, en la que hay pluralidad de sujetos.

2.4.1 Activa

Por tanto, estaremos en presencia de la solidaridad activa en el evento que exista pluralidad de sujetos en la parte activa de la obligación, es decir habrá pluralidad de acreedores.

Mediante ella, cualquiera de los acreedores puede esperar y exigir la totalidad de la prestación del deudor o la totalidad de lo correspondiente a la cuota de cada deudor, al ser varios los sujetos pasivos, al propio tiempo que se encuentra legitimado para recibirla, su fuente única es el negocio jurídico y exige necesariamente estipulación a propósito⁷¹.

2.4.1.1 Efectos. Las relaciones entre acreedores solidarios y deudor siguen los siguientes efectos más importantes.

- a) Cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación, como claramente se deduce del concepto mismo de la figura.
- b) Si el deudor ha sido demandado por uno de los acreedores solidarios, sólo a éste que lo demandó podrá pagar válidamente. Si no mediare demanda, el deudor podrá pagar a cualquiera de los acreedores. El Artículo 1517 del Código Civil contiene esta regla.
- c) El pago que haga el deudor a cualquiera de los acreedores con observancia, por supuesto, de la regla anterior, lo mismo que cualquier otro medio de extinguir las obligaciones que obre sobre el objeto de las mismas como la compensación, la remisión o la novación, extinguen la deuda respecto de los demás acreedores (Artículo 1570 Inc. 2)⁷².

⁷¹ HINESTROSA, Fernando. Op. cit. pág. 326.

⁷² CUBIDES CAMACHO, Jorge, Op. cit. pág. 51.

- d) La interrupción de la prescripción que obra a favor de uno de los acreedores obrar a favor de todos, como lo establece el artículo 2540 del Código Civil.
- e) Si hay confusión⁷³, entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, será obligado el acreedor confundido a pagar a sus coacreedores la parte que a cada uno corresponda en el crédito. Se convierte la obligación en conjunta⁷⁴.

2.4.2 Pasiva

Por consiguiente, la Solidaridad Pasiva es el evento en el que existe pluralidad de sujetos en la parte pasiva de la obligación, es decir habrá pluralidad de deudores.

En razón de la solidaridad pasiva todos los deudores están obligados en todo a una misma prestación. Con la solidaridad pasiva el acreedor puede recibir la totalidad de la prestación y exigirla de uno cualquiera de los deudores, de varios de ellos o de todos, en la proporción que a bien tenga, según su mayor conveniencia⁷⁵.

A diferencia de la solidaridad activa, la solidaridad pasiva es de frecuente e importante utilización.

⁷³ Concurrencia en una misma persona de las calidades de deudor y acreedor.

⁷⁴ CUBIDES CAMACHO, Jorge, Op. cit. pág. 52.

⁷⁵ HINESTROSA Fernando. Op. cit. pág. 330.

2.4.2.1 Efectos. Las relaciones entre deudores solidarios y acreedor siguen los siguientes efectos más importantes.

- a) Cada uno de los deudores puede pagar o ser obligado al pago de la prestación total. El acreedor puede escoger libremente el deudor para el pago⁷⁶.
- b) El acreedor puede dirigirse conjuntamente contra todos o contra algunos de los deudores solidarios. El acreedor puede escoger a uno solo de los deudores.
- c) La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado (Artículo 1572 del Código Civil).
- d) Los medios de extinguir las obligaciones que obran sobre el objeto de la prestación extinguen la relación obligatoria para todos los deudores solidarios⁷⁷.
- e) Los medios de extinción o las modalidades que obran sobre los sujetos extinguen o modifican el vínculo individual, pero no la esencia global de la obligación.
- f) La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de los deudores solidarios, perjudica a los demás⁷⁸.

⁷⁶ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit. pág. 54.

⁷⁷ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit. pág. 56.

2.4.3 Mixta

Se fundamenta por tener la característica de pluralidad en los dos extremos de la obligación. En tal sentido radica la importancia de quien es la iniciativa en la exigencia o en la prestación, el primero que tome la iniciativa generará el efecto de poner en movimiento las reglas de la solidaridad⁷⁹.

2.5 CONCEPTO DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La legislación Colombiana distingue entre la solidaridad comercial propiamente dicha y la solidaridad en materia de Responsabilidad Civil. En lo que respecta a la primera, en el artículo 1568 del Código Civil establece que: “por declaración expresa de las partes o por disposición de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda...Por su parte, el artículo 2344 de aquel código señala que, si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355”⁸⁰.

⁷⁸ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit. pág. 59.

⁷⁹ CUBIDES CAMACHO, Jorge, Op. cit. pág. 60.

⁸⁰ Las excepciones que en este artículo se consagran se refieren respectivamente, el primero, a la responsabilidad que surge por la ruina de un edificio atribuida a la falta de conservación por parte de los copropietarios, y en segundo, al evento en que acaece un daño causado por una cosa que cae o se arroja de un edificio.

La solidaridad contractual, es de carácter negocial, resultado de un acuerdo, y se presenta en aquellos casos en que acreedor o acreedores y deudor o deudores, determinan expresamente que la obligación tendrá el carácter de solidaria.

Pero por su parte, en los casos de Responsabilidad Civil, ya sea contractual o extracontractual, rige como norma general el precepto consagrado en el artículo 2344 del Código Civil. Para que se de la aplicación de este artículo basta con que el daño sea cometido por dos o más personas, con independencia de su fuente, es decir que, aquel se aplica a los eventos de concurrencia de culpas extracontractuales o contractuales. Esta solidaridad, es diferente a la contractual, ya que, es impuesta por la ley y nace de la ocurrencia de un hecho dañoso, y en donde la extensión del perjuicio a cargo de los responsables debe computarse en la medida en que se hay comprometido su responsabilidad personal, y en que su hecho, por tanto, tenga una relación causal adecuada con el daño ocasionado.

En la Responsabilidad Solidaria, varios sujetos responden al realizarse un daño único, teniendo cada responsabilidad individual su propia razón de deber, su propio fundamento, por que, en definitiva, se trata de una concurrencia de sujetos dañadores, en donde cada cual se muestra como autor de faltas propias, aunque confluyan hacia el mismo resultado⁸¹.

⁸¹ SANTOS BALLESTEROS, Jorge .Op. cit. pág. 208.

Al respecto, se ha considerado por la jurisprudencia que “según el precitado artículo 2344, cuando dos o más personas incurren en un mismo hecho ilícito responden solidariamente, así se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para los efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino, su resultado.”⁸² Es decisivo para el mantenimiento de la responsabilidad solidaria que los comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1976 Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballén.

CAPÍTULO III

3. CONTRATO DE OBRA CIVIL

3.1. DEFINICIÓN

Debido a que la responsabilidad a la cual se refiere este estudio tiene sus bases en la existencia de un contrato de obra, resulta necesario hacer claridad sobre el cimiento legal que le corresponde, el cual será de utilidad en la medida en que se tome como introducción para analizar el tema de la responsabilidad solidaria entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente frente al valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores o los subcontratistas de este último, en especial las derivadas del accidente de trabajo.

Esta forma contractual se encuentra regulada en particular desde el artículo 2.053 hasta el 2.062 del Código Civil, los cuales se encuentran ubicados en el libro cuarto (de las obligaciones en general y de los contratos) título XXVI (del contrato de arrendamiento).

Por expresa disposición del inciso 5º del artículo 2.053 del C.C. este contrato se rige por las disposiciones del contrato de arrendamiento, pues en su esencia el contrato de obra es un contrato de arrendamiento.

Dicha afirmación tiene sus fundamentos en los orígenes del Código Civil Colombiano, dado que la definición que da esta compilación normativa al contrato de arrendamiento abarca dos situaciones: Una, la del arrendamiento de cosas materiales y otra la del arrendamiento de cosas inmateriales.

El contrato de arrendamiento se encuentra ubicado en el Libro Cuarto (de las obligaciones en general y de los contratos) Título XXVI, y en el artículo 1973 se define como: “(...) *un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, **o a ejecutar una obra o prestar un servicio**, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado*”.

Como se puede observar, el artículo comentado prevé el arrendamiento de cosas inmateriales (obra o servicio) para lo cual establece en el capítulo VIII del Título *sub examine*, la regulación de los contratos para la confección de una obra material y en el capítulo IX la del arrendamiento de servicios inmateriales.

Es así como, el contrato de obra civil se encuentra aún circunscrito al contrato de arrendamiento, por su misma ubicación dentro del Código Civil y por su

naturaleza, dado que en la época en la que fue expedida esta legislación no existía una distinción importante entre la utilización del trabajo humano y el de los bienes materiales; sin embargo con el transcurso del tiempo y con la sobreviviente preponderancia del ser humano y su dignidad, se realizó de manera especial la actividad humana y por tal motivo esta actividad pasó a regularse en parte por las normas laborales. Así mismo, también lo explica el afán de los legisladores de la época de tratar de concentrar en unas pocas figuras la mayor parte de las situaciones de orden jurídico. Sin embargo, las exigencias del mundo actual han hecho que tales situaciones se desborden de aquellas figuras que las contienen y a medida que pasa el tiempo, se hace necesaria una regulación especial para cada tipo de contrato, en especial las que tienen trascendencia en el ámbito comercial, tal y como sucede con el contrato de obra, pues es uno de los más usados en el importantísimo campo de la construcción.

Así pues, compartiendo la tesis expuesta por el Dr. Gómez Estrada⁸³, opinamos que dada la movilidad de las relaciones jurídicas, especialmente la de las relaciones comerciales, no es adecuado mantener la figura del contrato de obra dentro de las regulaciones del contrato de arrendamiento, toda vez que poseen características bien diferentes que permiten que cada cual tenga su normatividad especial facilitando de esta manera su aplicación e interpretación. En este sentido se ha venido comportando tanto la doctrina como la legislación foránea, en la

⁸³ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Bogotá.: Temis, 1996. pág. 181.

medida en que establecen que la figura del arrendamiento se debe ceñir al de cosas, y el denominado de obra y servicios debería estar regulado por formas contractuales propias toda vez que cada uno de ellos reposa sobre principios propios.

No obstante lo anterior, con base en los elementos normativos de la figura, se puede definir como aquel por el cual una persona, denominada arrendador o artífice, sin mediar representación, se obliga para con otra, denominada arrendatario u ordenador, a ejecutar una obra, con plena independencia, pero ceñiéndose a los límites que implique el encargo, a cambio de una remuneración⁸⁴.

3.2 OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES

El contratista, por medio del contrato estudiado, se compromete a:

a) Ejecutar la obra contratada: Lo normal es que las directrices bajo las cuales se deba ejecutar la obra estén plasmados en el contrato celebrado. Sin embargo, en ausencia de estas especificaciones, la obra debe ser ejecutada conforme lo señalan las normas mínimas de calidad que rijan determinada actividad. La

⁸⁴ MURCIA BORJA, Dolly Ob. cit. pág. 58.

ejecución es susceptible de cesión y subcontratación, salvo pacto en contrario, en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

b) Entrega de la obra en el término estipulado: En defecto de estipulación entre las partes, ésta deberá llevarse a cabo en el plazo que según su naturaleza se requiera para finalizarla en óptimas condiciones, en caso de no lograr un acuerdo en relación al plazo supletorio de la voluntad de las partes, éstas podrán acudir al juez laboral por la vía de un proceso verbal sumario⁸⁵. Aunque se previó que dicho trámite se realizara por un proceso de duración más corta, para nadie es un secreto que todo trámite judicial implica un largo periodo de espera, en el cual la situación que se pretendía subsanar con tal proceso pudo haber variado considerablemente. Por tal razón, consideramos pertinente que las partes al momento de afrontar un conflicto de esta naturaleza, puedan utilizar los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación, la amigable composición o en su defecto, acudir a un tribunal de arbitramento, ya que se trata de asuntos susceptibles de transacción y lo que en últimas se pretende es llegar a una acuerdo que salvaguarde los intereses de las dos partes en desacuerdo.

c) Obligación de subsanar los defectos que se adviertan en la obra: Dispone el artículo 2.059 del C.C. lo siguiente:

⁸⁵ Ibid. pág 78.

“ARTICULO 2059. EJECUCION INDEBIDA DE LA OBRA. Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan.

Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios.

La restitución de los materiales podrá hacerse con otros de igual calidad o en dinero”.

Al respecto es necesario señalar dos situaciones. La primera ocurre cuando el defecto de la obra es susceptible de ser subsanado, caso en el cual no se observaría por que razón, el beneficiario pudiera solicitar que se hiciera de nuevo la obra, caso en el cual podría pensarse en que lo mejor sería solicitar al contratista la reparación de las obras. *Contrario sensu*, cuando las irregularidades son insubsanables, estaría conforme a derecho que se ordenara la reconstrucción de las mismas.

Por su lado, **el contratante o beneficiario de la obra** se compromete a:

a) Colaboración en el desarrollo de los trabajos: La colaboración del empresario contratante en la ejecución de las obras debe ser activa, toda vez que algunos requerimientos del contratista son de vital importancia, bien sea para el inicio de labores o para la continuación de los mismos. Estas obligaciones pueden ser de tipo inmaterial, como por ejemplo proporcionar información que sólo el posee, o de

carácter material como la ejecución de una obra a la cual se comprometió contractualmente.

b) Recepción de los trabajos: Es obligación del beneficiario de la obra recibirla, certificando que la misma se encuentra ajustada a lo estipulado por las partes. Sin embargo, puede asimilarse como aceptación tácita de las obras que, tras la entrega de la cosa el beneficiario pague el precio.

c) Pago de la remuneración: Como se trata de un contrato esencialmente oneroso, el beneficiario deberá siempre pagar al contratista el precio acordado, en el momento y modos previamente acordados. Según el artículo 2054 del C.C., si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

CAPITULO IV

4. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DERIVADA DEL ARTICULO 34 DEL CODIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO

“Ciego a las culpas, el destino puede ser despiadado con las mínimas distracciones”

Jorge Luis Borges

4.1. ANTECEDENTES

Tanto el ordenamiento jurídico, como la práctica comercial han permitido a las empresas la contratación de parte de su actividad productiva con terceras personas.

Esta llamada “descentralización de la unidad productiva”, por la cual una empresa decide por razones diversas no realizar directamente ciertas actividades, y opta por desplazar a otras personas naturales o jurídicas tales tareas, se hace posible mediante la celebración de ciertos contratos de tipo comercial o civil.

Sin embargo, pueden presentarse problemas con la contratación externa de las empresas, toda vez que es posible que los derechos económicos de los

trabajadores corran peligro, al intervenir terceras personas en la actividad empresarial.

Por esta razón, si bien es posible tal contratación, también el ordenamiento jurídico establece las garantías necesarias para defender esos derechos que puedan verse alterados.

Por tal motivo, existe en el ordenamiento jurídico colombiano la figura de la responsabilidad solidaria del contratista independiente y el beneficiario de la obra, por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores del primero y eventualmente los subcontratistas del contratante, hipótesis que analizaremos mas adelante.

4.2. NATURALEZA

“La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: ésta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal.”

Así lo afirmó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en Sentencia del 23 de Septiembre del año 1960⁸⁶, la cual es clara en precisar que dicha solidaridad es de carácter legal y, aunque produce los mismos efectos de la solidaridad estudiada en el capítulo II del presente trabajo, las razones, fundamentos y fines son bien diferentes, toda vez que se enmarca dentro de las normas laborales cuyos principios se fundamentan en la protección del trabajador como parte débil de la relación laboral, adicionalmente cabe mencionar que dicha protección se extiende a los trabajadores independientes.

Tan es así que, aún cuando el beneficiario de la obra, no es sujeto de la relación contratista-trabajador, es decir que no hay una pluralidad de vínculos, éste puede demandarlo por la totalidad de las prestaciones dejadas de pagar por el contratista quien sería el verdadero responsable respecto de estas obligaciones para con el trabajador. No resulta fácil comprender por qué un hilo conductor independiente a la voluntad del empresario contratante los liga a grupos de personas que si bien han participado en su empresa, lo han hecho mediante una relación indirecta⁸⁷.

La finalidad de la figura de la solidaridad en general, es la de facilitar el cobro del acreedor, figura de total actualidad en tiempo de incumplimientos constantes,

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de Septiembre del año 1960. Magistrado Ponente: Luis Alberto Bravo

⁸⁷ GRACIA, Alma Clara. La responsabilidad solidaria entre el empresario contratante y el contratista respecto de los trabajadores del contratista EN: Revista Actualidad Laboral No. 80 (Marzo/Abril de 1997) Bogota.: Pág 4.

dificultades económicas, fraude y simulación, lo que resulta aún más complejo cuando se trata de incumplimientos de carácter laboral, relacionados con derechos fundamentales tales como: ingreso mínimo vital y móvil, vida, seguridad social y el más importante de todos: el principio-derecho de la dignidad humana.

4.3. NORMATIVIDAD

La figura de la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra, se encuentra prescrita en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T), modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, cuyo texto es el siguiente:

*ARTICULO 34. **CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.** (Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965) 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.(Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Dicha norma se encuentra ubicada en la primera parte del Código Sustantivo de Trabajo, Título I, Capítulo III (Representantes del patrono y solidaridad).

El artículo hace referencia a la figura de los contratistas independientes, que tal y como señala el texto de la norma transcrita, se trata de personas naturales o jurídicas con las que se contrata la ejecución de obras o servicios en beneficio de terceros y se convierten en verdaderos patronos de sus trabajadores, no asimilables a los representantes ni simples intermediarios, figuras que se estudiarán más adelante.

Es así que, para que una persona natural o jurídica sea catalogada como contratista independiente, debe cumplir con los siguientes requisitos señalados de la siguiente manera por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁸⁸ :

a) La prestación de un servicio o la ejecución de una obra, bien en forma personal o por medio de otras personas;

b) Autonomía técnica y directiva para realizar la obra o prestar el servicio;

c) Precio determinado

⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 26 de 1947. “G. del T.”, t.II, 516, pág. 284. Citado por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo II Derecho Individual del Trabajo. Leyer. Bogotá.: 1996. pág. 126.

Afirma la misma sentencia que la *subordinación* en el contrato de trabajo y de *autonomía* en el independiente, es el que los diferencia sustancialmente.

Por el contrario, al referirse al beneficiario de la obra se define a las personas naturales o jurídicas en cuyo beneficio se ejecuta la obra o se presta el servicio por parte del contratista independiente.

El artículo 34 del C.S.T. advierte que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, lo que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso, a fin de que se repita contra él lo pagado a dichos trabajadores.

Es así que, el beneficiario de la obra debe responder solidariamente con el contratista, por el valor resultante del incumplimiento en el pago de salarios, entendiéndose como salario lo establecido en el artículo 127 del C.S.T.⁸⁹. Por el

⁸⁹ ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. (Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990.) Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

contrario, en los casos previstos en el artículo 128⁹⁰ del mismo compendio normativo, el beneficiario de la obra se exime de responsabilidad, toda vez que, tal y como lo establece la legislación laboral colombiana, existe la posibilidad que entre el empleador y el trabajador se suscriban pactos escritos de exclusión salarial, en donde se acuerda que ciertas acreencias que carecen de carácter retributivo como primas o bonificaciones extralegales, no se entiendan como salario. En este orden de ideas, si existen estos pactos entre el contratista y sus trabajadores, éste podrá oponerse al pago de las prestaciones excluidas. En caso de no existir pactos de exclusión salarial, el beneficiario de la obra podrá ser solidariamente responsable respecto del pago de los salarios adeudados.

En relación a la obligación de cubrir las prestaciones sociales dejadas de pagar por el contratista, es importante señalar que en caso de derivarse la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, éste debe responder por el pago de las prestaciones que tienden a cubrir por mandato legal, necesidades de vivienda, salud, educación, y recreación, como por ejemplo el auxilio de cesantía, alimentación, habitación, vestuario etc.

⁹⁰ ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. (Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990) No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Siguiendo con el estudio del texto del artículo *sub examine*, es preciso señalar que el beneficiario de la obra puede cubrir en parte el riesgo de la declaratoria de responsabilidad solidaria, exigiendo al contratista como requisito para la celebración del contrato, una póliza expedida por una Compañía de Seguros legalmente constituida, que garantice el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones vigentes desde el incumplimiento de las mismas, hasta el término de prescripción de las obligaciones laborales.

Así mismo, una vez en firme decisión judicial que ordene el pago por responsabilidad solidaria o la existencia de un acta de conciliación válida en la que conste la obligación de pagar por parte del beneficiario de la obra, éste tiene la facultad legal de ejercer la acción de repetición contra el contratista en razón de lo que haya pagado como resultado del incumplimiento de las obligaciones laborales que se encontraban en cabeza del contratista como verdadero empleador, toda vez que el beneficiario de la obra se vuelve un garante en virtud del artículo 34 de C.S.T. y goza de todas las prerrogativas dadas al deudor solidario estudiadas en el capítulo II del presente estudio.

Finalmente es importante señalar que el numeral segundo del artículo 34 citado, hace extensiva la figura de la solidaridad del beneficiario de la obra, a 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 subcontratistas⁹¹. No obstante lo anterior, el mismo numeral extiende a esta subclase las condiciones fijadas en el numeral 1º del artículo mencionado, las cuales serán estudiadas a continuación.

4.4. PRESUPUESTOS

Para que exista responsabilidad solidaria entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, se hace necesario cumplir con una serie de elementos, los cuales deben ser demostrados dentro de un proceso judicial o en el marco de un proceso conciliatorio, toda vez que para que ésta pueda hacerse exigible por parte del trabajador es indispensable acudir a un proceso judicial o que de esta asunción de responsabilidad se deje constancia en un acta de conciliación como fruto de un proceso conciliatorio. Al respecto consideramos importante hacer algunas precisiones, puesto que para algunos doctrinantes la responsabilidad solidaria es inexistente *per se* hasta tanto no haya sido declarada judicialmente⁹².

En este sentido hay que tener en cuenta que como se afirmó anteriormente, la

⁹¹ Así expone la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de Junio 12 de 2002. Radicación No. 17.573. Magistrado Ponente: Germán Valdés Sánchez: “(...) así la norma impone la solidaridad a los subcontratistas sin limitación alguna. Toda la cadena de subcontratos es, en la práctica mercantil o de negocios, una delegación del servicio o de la ejecución de la obra; y como es el trabajador quien realiza el trabajo, ni siquiera cuando se prohíbe subcontratar la ley permite que desaparezca la garantía que para el subordinado ofrece la institución de las obligaciones solidarias.”

⁹² GRACIA, Alma Clara. La responsabilidad solidaria entre el empresario contratante y el contratista respecto de los trabajadores del contratista. EN: Revista Actualidad Laboral No. 80 (Marzo/Abril de 1997) Pág 5.

responsabilidad solidaria se deriva de una disposición legal (artículo 34 del C.S.T.) y se presume cuando se está en presencia de los elementos que la configuran. Sin embargo, si el trabajador ha hecho las reclamaciones pertinentes con base en el artículo mencionado y no ha obtenido el pago de lo solicitado, es ahí cuando se hace necesario acudir a un proceso judicial o de carácter conciliatorio para hacer valer coactivamente los derechos ya configurados en virtud de la norma en comento.

De la misma forma, a nuestro modo de ver, limitar al mecanismo judicial la forma para exigir la responsabilidad solidaria, desconoce los efectos dados a los mecanismos alternativos de la solución de conflictos MASC, en especial los dados a la conciliación, toda vez que sus efectos pueden asimilarse a los de una sentencia judicial, con beneficios adicionales como lo es en primer lugar, el poder dar solución al conflicto por las mismas partes implicadas, lo que se traduce en la salvaguarda de los intereses mutuos, y en segundo lugar la agilidad con la que se puede llegar a una solución definitiva de la litis, pues como lo disponen las normas que regulan la conciliación, en especial la ley 640 de 2001, un acta de conciliación que cumpla con todos los requisitos en la ley mencionados tendrá efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo al igual que una sentencia judicial.

Así las cosas, bajo el entendido que las pretensiones que se discuten con ocasión de la responsabilidad solidaria del artículo 34 del C.S.T., son derechos inciertos y

discutibles, es posible afirmar que son susceptibles de transacción, razón por la cual las partes pueden conciliar sobre ellos; consideramos razonable que este tipo de controversias se ventilen en primera instancia ante el inspector de trabajo que hará las veces de conciliador y adicionalmente que en la audiencia se encuentren presentes todas las partes intervinientes en la relación jurídica así como las que se puedan ver afectadas por las decisiones que allí se tomen, esto con el fin, en primer lugar de conocer todas las versiones existentes sobre los hechos que dan lugar a las pretensiones y en segundo lugar evitar trámites diferentes y adicionales para vincular posteriormente a todos los implicados incursos en una cadena de responsabilidades, generando gastos adicionales para el trabajador y para la empresa representados en tiempo, dinero y disponibilidad del recurso humano, lo que se manifestaría a nivel empresarial en un ineficiente manejo de los recursos y en el costo de oportunidad.

Bajo los derroteros trazados, enunciaremos los supuestos que se requieren para que se configure la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra. Como primera medida es necesario precisar que con base en el artículo 34 del C.S.T., deben concurrir dos relaciones jurídicas:

- 1) Entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza y;

2) Entre quien realiza el trabajo y las personas que contrata para la ejecución del mismo.

Respecto del **punto 1**, dicha relación da origen a un contrato de obra celebrado entre el contratista y su beneficiario que, según lo estudiado previamente, exige la concurrencia de estos requisitos: a) que el contratista se obligue a ejecutar una obra o la prestación de un servicio en beneficio de un tercero, b) por un precio determinado, c) asumiéndolo con libertad, autonomía técnica y directiva, d) a su vez empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, tales como la pérdida o destrucción de materiales, deficiencia de la obra o destrucción y e) respondiendo por todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral⁹³. Por su parte del beneficiario se obliga a pagar por el trabajo realizado un precio determinado.

Respecto del **punto 2**, para que se configure esta relación es necesario que la misma cumpla con el lleno de las condiciones señaladas por el artículo 23 del C.S.T. el cual hace referencia a los requisitos necesario para que se configure un contrato de trabajo.

⁹³ ACEVEDO GÓMEZ, Lino. Derecho Individual del Trabajo. Bogotá: Temis 1982. Pág 55.

No obstante lo anterior, dadas las nuevas formas de contratación de la actividad humana diferentes a las laborales, tales como la del contrato civil de prestación de servicios, es lógico que nos genere la duda respecto de que sucede en el caso en que ¿no exista una relación laboral entre el contratista y sus colaboradores sino una relación de carácter civil y sin embargo alguno de ellos sufra por ejemplo un accidente de trabajo? ¿Podría o no solicitar el pago de las indemnizaciones a que haya lugar al beneficiario de la obra?

Si bien la norma no contempla la situación, la tendencia normativa en el campo laboral es reconocer un status a las personas que ejercen ciertas actividades bajo la figura de la prestación de servicios. Es así como la ley 712 de 2001, que reforma el aspecto procesal de los asuntos de trabajo, ubica dentro de la jurisdicción laboral ordinaria los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones **por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive**⁹⁴. Así mismo, el Decreto 1295 de 1994 señaló que los trabajadores independientes son afiliados voluntarios al Sistema General de Riesgos Profesionales, situación reglamentada con la expedición del Decreto 2800 de 2003, entendiendo como trabajador independiente toda persona natural que realice una actividad

⁹⁴ Numeral que fue declarado EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1027 de 2002 de 27 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral.

Por éstas y otras razones se puede observar que el derecho laboral tiende a la inclusión de estas formas de trabajo dentro de su legislación, pues como ya se ha mencionado, la propensión empresarial a contratar la actividad humana a través de formas diferentes a la vinculación laboral es realmente visible y por tanto tiende a regularse de una manera especial.

En este sentido, vemos que el artículo 34 del C.S.T. al no incluir dentro de sus supuestos al trabajador independiente se encuentra rezagado frente a la marcha que ya han emprendido otras regulaciones más específicas como las mencionadas anteriormente. No obstante lo anterior, es necesario precisar que nuestra opinión no se encuentra encaminada a proponer que los trabajadores independientes deban cobijarse bajo las mismas prerrogativas dadas a los trabajadores en sentido estricto, sino que simplemente se trata de proponer que la situación de estos últimos sea contemplada en la disposición estudiada y en la medida de lo posible se pongan de presente, si a ello hay lugar, las condiciones especiales bajo las cuales podría operar algún tipo de solidaridad y en tal caso qué podría pedir el afectado y como debería hacerlo. Posteriormente analizaremos el caso más concretamente tomando como base, tanto el artículo 34 del C.S.T. como los preceptos de la responsabilidad solidaria del campo civil, con el fin de

establecer la situación del trabajador independiente frente a la reclamación de las prestaciones derivadas de un “accidente de trabajo”.

4.5. EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE RESPONSABILIDAD

Conforme lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia en una de sus sentencias más antiguas (CSJ, Cas. Laboral, sent. mayo 25/68, en Rev. del Externado N° 1 de 1970, págs. 181/2), la responsabilidad solidaria de contratistas y beneficiarios no es ilimitada, porque si lo fuera daría lugar a injusticias en el campo de las relaciones jurídicas y a perturbaciones en el desarrollo económico. **De ahí que la responsabilidad solidaria tenga una excepción precisa**, o sea el caso del beneficiario cuyas actividades normales en su empresa o negocio son extrañas a la obra o labor encomendada al contratista; *contrario sensu*, que la responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente (fórmula empleada en la legislación laboral argentina), o también conexas (fórmula aún más amplia de la legislación laboral venezolana), con actividad ordinaria del beneficiario.

Nuestro Código Sustantivo del Trabajo se muestra más comprensivo todavía, porque al referirse a “labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio”, para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad

solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario.

En este orden de ideas, es preciso señalar que la solidaridad no surge únicamente de la demostración de la existencia de un contrato de obra y de un contrato laboral, sino que se hace necesario probar que la obra o labor contratada pertenece al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo, de tal manera que se puede afirmar que cuando esto es demostrado, el contrato celebrado entre el beneficiario y el contratista produce efectos entre ellos y con los trabajadores del contratista independiente, en el caso contrario el contrato solo producirá efectos *inter partes*⁹⁵, es decir, producirá los efectos que le son propios al contrato laboral celebrado entre el contratista y su trabajador.

Así las cosas, continúa la misma sentencia exponiendo que, para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, **sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad**, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen

⁹⁵ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo II Derecho Individual del Trabajo. Editorial Leyer Bogotá.:1996. pág. 127.

contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

En concepto del Argentino Alberto José Maza, en su obra Daños por Accidentes y Enfermedades del Trabajo, para que se de la responsabilidad solidaria, es necesario que el contratista integre la estructura empresarial del beneficiario de la obra, desarrollando su quehacer normal y específico, es decir que aquel complemente las obras o actos que le son propios, porque en tales circunstancias realiza, ejecuta o presta exactamente lo que debe realizar, ejecutar o prestar el beneficiario.

Sin embargo, el mismo doctrinante matiza su tesis, afirmando que: “debe admitirse como actividad propia y específica aún la secundaria o accesorio o de apoyatura de la principal, siempre que se encuentre permanentemente integrada al establecimiento o empresa. De no ser así, la actividad es extraordinaria y su cesión no genera solidaridad”.

Son muchas y muy variadas las interpretaciones de lo que se entiende por propia actividad.

Con el fin de esclarecer un poco más el tema, en primer lugar nos parece importante destacar uno de los escenarios en los que a pesar de existir un

contrato de obra y a su vez contratos laborales con el contratista, no se configura la responsabilidad solidaria estudiada; este es el caso en que una persona encomienda la construcción de un edificio el cual va a dedicar a su vivienda. Así mismo, y en el mismo sentido, tampoco se configura cuando el propietario de la obra no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

Con el objeto de ejemplarizar el concepto de “actividades normales de la empresa o negocio”, pues consideramos este el método más eficaz para adquirir criterio de identificación, hemos decidido recurrir a los criterios esbozados por doctrinantes españoles⁹⁶ con base en jurisprudencia del mismo país, respecto de casos concretos, así:

“El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, (18/1/95), ha establecido que será propia actividad la indispensable para conseguir el fin de la empresa principal, por lo que no será calificada como tal los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva o de las actividades normales, así como las actividades complementarias o auxiliares no absolutamente esenciales.

Posteriormente, también el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina ha dictado nuevas Sentencias en las que contempla supuestos de propia actividad,

⁹⁶ Planificación Jurídica-Centro de Documentación Logia Control S.A. en www.rrhmagazine.com/articulo/leyes 17 htm.

como la de fecha 24/11/98, sobre la contratación de servicio de comedor en Colegio Mayor Universitario, así como casos de inexistencia de propia actividad, como el caso de los Organismos Públicos que programan o financian actividades formativas o educativas de otras empresas o Entidades (Sentencia de fecha 20/10/98).

A continuación señalaremos algunos supuestos en que los Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas han considerado o no la existencia de propia actividad:

Constituyen supuestos de propia actividad:

- *La empresa de construcción y empresa dedicada a la instalación de naves industriales y realización de estructuras y forjados (Granada 17/7/96).*
- *Colegio de enseñanza y empresa que presta servicios de comedor escolar (País Vasco 26/11/96).*
- *La empresa principal dedicada a la fabricación, comercialización, y distribución de materiales y productos siderúrgicos, y empresas auxiliares dedicada a limpieza de zonas de los trenes devastadores y perfiles de limpieza de la colada (Asturias 15/3/96).*
- *Empresa de fabricación de componentes para automóviles y empresa de mantenimiento (Sevilla 10/12/96).*

No constituyen supuestos de propia actividad:

- *Empresa de fábrica de coches, y otra que se dedica a labores de construcción (Cataluña 21/4/95).*
- *Empresa encargada del servicio de cafetería en residencia de tiempo libre dependiente de la administración pública (Sevilla 25/6/96).*
- *Empresa de televisores y empresa de mantenimiento y reparación de sistemas de seguridad (Cataluña 4/3/96).*

Según diversas fuentes doctrinales, para valorar si existe o no propia actividad habrá que ver si la actividad complementaria se puede integrar en la actividad de la empresa comitente, así como atendiendo a parámetros diversos:

- *El lugar de prestación de los servicios, ya que si los trabajadores de la auxiliar desempeñan su trabajo en los locales de la principal, se entiende que los servicios están conectados al ciclo de producción.*
- *La propiedad de los útiles de trabajo o materias primas empleadas por los trabajadores de la auxiliar para ejecutar la contrata.*
- *La relativa permanencia de la relación contractual entre empresa principal y auxiliar.*
- *La existencia de antecedentes de gestión directa”.*

En conclusión, la solidaridad proviene como consecuencia del hecho de que el beneficiario de la obra, en rigor lo que está buscando es ejercer su actividad por medio de otras personas, con quienes se encuentra ligada por una directa vinculación de medios.

4.6. FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y VALIDEZ

Una vez estudiada la naturaleza, las normas, los presupuestos y la excepción de la figura de la responsabilidad solidaria entre el empresario contratante y el contratista respecto de los trabajadores del contratista, prevista en el artículo 34 del C.S.T., es válido cuestionarse acerca de la búsqueda del legislador al momento de plasmarla y que intereses pretendió salvaguardar con su expedición.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia⁹⁷, al poco tiempo de expedida la norma *sub examine*, en sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral, describió el fundamento y la justificación de la norma, advirtiendo que: “con el **sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral**, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como **vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños**

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 25 de 1968. Acta número 8. Magistrado Ponente: Edmundo Harper Puyana.

contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.
(negrilla y subrayado fuera del texto original)

Como se puede observar, la figura más concretamente pretende salvaguardar al trabajador de los abusos que se le pueda causar por parte de su empleador o del contratante respecto de la omisión a la obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁹⁸ (*locatio operarum*), que había sido por mucho tiempo la regla general cuando de satisfacer las necesidades operativas de una empresa o institución o de la prestación independiente del servicio, como bien es sabido, actualmente existen nuevas formas de contratación de obras o servicios con terceros ajenos a la empresa (*locatio operis*), como es el caso de los contratistas independientes, empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajo asociado, todas ellas reguladas por la ley.

⁹⁸ Para Ricardo Luis Lorenzetti, en su obra Contratos Parte Especial 2, el trabajo dependiente es un vínculo de colaboración mediante el cual el empleador requiere del trabajador la prestación de una actividad en forma onerosa, sin garantía de resultados, ni asunción de riesgos, bajo la dirección jurídica del titular del interés. Pág 9.

Tales figuras han surgido por necesidades de explotación, de la organización empresarial, o simplemente por razones de eficiencia o de economía de una empresa determinada⁹⁹.

Cuando se habla de la justificación del principio proteccionista del trabajador, se tiende a relacionar con la existencia de la figura de la dependencia, la subordinación jurídica, económica, técnica y la asunción de riesgos por parte del empleador, elementos que se cumplirían únicamente en una relación de tipo laboral, tan es así que las normas del Código Laboral no cobijan toda actividad humana, sino la realizada por cuenta ajena y subordinada.

Sin embargo, en aras de evitar que el principio proteccionista se limitara a las relaciones laborales, cada vez más escasas en esta época, la legislación laboral colombiana y no únicamente ésta, creó la figura de la responsabilidad solidaria del contratista independiente y el beneficiario de la obra, la cual presenta ciertos requisitos y limitaciones, mas sin embargo, para algunos amplia e insegura en las relaciones comerciales de los contratantes.

⁹⁹ MAZA, Alberto José y otros. Daños por accidentes y enfermedades del trabajo. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores. S.F. Pág 31.

Existen ciertas medidas que puede observar el beneficiario de la obra con el fin de reducir el riesgo de la declaratoria de responsabilidad solidaria. En primer lugar, y como una medida de orden pragmático, el empresario al momento de contratar puede pactar la facultad de supervisión periódica de los documentos donde conste el pago de las obligaciones laborales del contratista frente a sus trabajadores; este control de gestión y cumplimiento de normas laborales impone la actualización al menos mensual del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la relación laboral existentes entre los trabajadores afectados a la obra y los contratistas o subcontratistas vinculados al dueño de la obra. No basta que se requiera esta información y acreditación de constancias al contratista o subcontratista al momento de iniciarse la obra, pues muchas de las obligaciones laborales que deben ser controladas son de ejecución sucesiva.

Sin lugar a dudas, el objetivo de la norma es utilizar a los que contraten o subcontraten, como controladores del cumplimiento de las normas laborales, funciones que debería cumplir en estricto sentido el Estado, pero que delega a ciertas personas o entidades.

En este sentido, existen en la legislación colombiana algunas disposiciones que plasman lo dicho con anterioridad, como lo es por ejemplo el artículo 50 de la ley 789 de 2003 el cual expresa que para la celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con entidades del

sector público, requerirá para el efecto, del **cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar.**

De igual forma, el mismo artículo advierte que las entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

Así mismo, el artículo 1o. del Decreto 510 de 2003 establece que de conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3o de la Ley 797 de 2003, **las personas naturales que prestan directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, deberán estar afiliados al Sistema General de Pensiones** y su cotización deberá corresponder a los ingresos que efectivamente perciba el afiliado.

De igual forma, el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por medio del cual se adoptaron medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se refiere a las cotizaciones en contratación no laboral y al respecto enuncia que en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, **la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

Así las cosas, aunque algunas de las disposiciones enunciadas se refieren a la contratación con entidades públicas, en virtud de los principios enunciados en el artículo 25 de la Constitución Política y en la ley de 100 de 1993, los cuales irradian los desarrollos normativos posteriores, tales preceptos se pueden entender extendidos a la contratación entre particulares puesto que lo que se pretendió con la expedición de tales normas fue la de proteger a los trabajadores de las empresas que contratan con entidades pública, extendiendo dicha protección a los trabajadores independientes.

A modo de ejemplo, la doctrina argentina¹⁰⁰ alude que la legislación de este país, impone a quien contrata la realización de una obra, la carga de exigir que el contratista y los subcontratistas, estuvieran inscritos debidamente en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción.

La omisión por parte del dueño de la obra en el cumplimiento de dicha carga, lo hacía -y hace pues sigue vigente- responsable solidariamente frente al trabajador por todas las obligaciones derivadas de la relación laboral.

Sin embargo, antes de la expedición de nuevas normas que regulan la materia y que obligan al empresario de la construcción a cumplir más cargas, bastaba con cumplir el requisito mencionado para evitar que se tornara operativa la responsabilidad solidaria por parte del empresario de la construcción.

Norma que a nuestro modo de ver tiene todo el sentido en la medida que, como se ha estudiado, la finalidad del artículo 34 del C.S.T. es la de proteger al trabajador *“dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria”* y por lo tanto, exigiendo que el beneficiario contrate con una persona natural o jurídica inscrita en un registro de constructores, se garantizarían ciertos parámetros de confiabilidad,

¹⁰⁰ MARCOS, Fernando Javier. Actualidad sobre la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores de la construcción. En: www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp

solvencia y responsabilidad con base en los antecedentes y sanciones que se puedan estudiar en el registro mencionado.

Afirma el doctrinante argentino Fernando Javier Marcos que el cumplimiento de lo anterior **“no resultaría demasiado gravoso si no fuera por la excesiva sanción que trae aparejada el incumplimiento con "alguna" de las cargas impuestas, es decir, la responsabilidad solidaria.**

Pero lo cierto es que hoy, **la solidaridad impuesta por la ley es un hecho incontrastable, por lo que resulta recomendable tomar todas las medidas conducentes para cumplir con las cargas impuestas** por el art. 30 de la ley 20.744 (t.o.) y por el art.32 de la ley 22.250 para evitar así, la extensión de la responsabilidad al comitente, **especialmente las derivadas de accidentes laborales, muy frecuentes en la actividad de la construcción”.** (negrilla y subrayado fuera del texto original)

En conclusión, a nuestro modo de ver sí es posible limitar la responsabilidad solidaria del empresario frente a las obligaciones laborales incumplidas del contratista, pues como se ha visto, ya la normatividad establece la obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de la realización de todos los aportes a que tiene derecho el trabajador. Opinamos que el cumplimiento de estas obligaciones de vigilancia es suficiente para exonerar de responsabilidad al beneficiario, pues la

figura del artículo 34 de C.S.T. aplicada directamente, podría convertirse en una carga demasiado gravosa para el empresario puesto que, en primer lugar disponer parte de su objeto social para controlar y vigilar el cumplimiento de los contratistas de sus propias obligaciones implica necesariamente unos costos extra para la empresa; en segundo lugar, en caso de presentarse demanda por parte del trabajador del contratista, se hace indispensable contar con el personal idóneo para la defensa judicial de la empresa, y adicionalmente si ésta resulta condenada, que por regla general sucede dada la insolvencia de los pequeños contratistas, debe pagar las acreencias laborales y luego repetir el pago hecho al contratista.

Tal y como se observa, la obligación del beneficiario de la obra de pagar las acreencias laborales incumplidas se convierte en una carga demasiado gravosa para alguien que ha cumplido las obligaciones de vigilancia dispuestas en la ley, por tanto, si el empresario contratante se pudiera exonerar de responsabilidad tras su cumplimiento, se evitaría la comisión de injusticias en el campo de las relaciones jurídicas y perturbaciones en el desarrollo económico del país.

4.7. SUJETOS RESPONSABLES

4.7.1. Beneficiario de la obra

Como ya se ha venido presentando, como beneficiario de la obra se definen aquellas personas naturales o jurídicas en cuyo beneficio se ejecuta la obra o se presta el servicio por parte del contratista independiente. Es el llamado a responder solidariamente con el contratista por el valor resultante del incumplimiento de este último en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a sus trabajadores, siempre y cuando se den los supuestos establecidos legalmente, tales como la existencia de dos relaciones jurídicas, una de carácter civil o comercial entre el beneficiario y el contratista y otra laboral entre este último y sus colaboradores.

Así mismo, y como requisito *sin equa non*, es necesario que el que interpone acción laboral de solidaridad, logre probar que la obra y/o el servicio contratado guarda relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra. Dicho requisito se configura como la relación de causalidad entre el contrato de obra y el laboral.

4.7.2. Contratista independiente.

Como ya se ha expuesto, el contratista independiente es aquel que contratado por un precio determinado, ejecuta una obra o presta un servicio asumiendo todos los riesgos del objeto del contrato, realizando la obra o servicio con sus propios medios, libertad y autonomía técnica y directiva. Generalmente, éste contrata para la ejecución de la obra o servicio, personal que colabore en su realización, a quienes puede vincular mediante contrato laboral, caso en el cual se convierte en el verdadero empleador y directo responsable de las obligaciones laborales para con sus trabajadores; pero también podría vincularlos mediante contratos de prestación de servicios caso en el cual estará obligado al pago de la remuneración estipulada y a la realización de los aportes de la seguridad social que de forma voluntaria el trabajador independiente haya comunicado al contratante en materia de Riesgos Profesionales.

4.7.3. Empresas temporales

Según el artículo 71 de la Ley 50/90, es empresa de servicios temporales (EST) 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. Estas empresas desarrollan su objeto social de intermediación enviando

trabajadores en misión a las empresas que requieran atender actividades transitorias, accidentales o temporales.

En las EST los medios de labor son de propiedad de la empresa usuaria del servicio, el trabajador en misión no es socio, ni dueño, sino que realiza un trabajo o labor temporal en favor de un tercero que es el empresario usuario.

Así mismo, las EST al enviar trabajadores en misión a una empresa usuaria, lo hace delegando autoridad, que se asimila a la figura de la representación del artículo 32 del CST (CSJ, Sentencia del 24 de abril de 1997, Rad 9435) estando el trabajador sujeto al régimen laboral propio de la empresa.

Respecto de los trabajadores, toda vez que la empresa de servicios temporales tiene siempre el carácter de empleador, **ésta es responsable del pago de los salarios** ordinarios los cuales tendrán que ser equivalentes al de los trabajadores de la usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigente en la empresa. Así mismo **será responsable de la compensación monetaria por vacaciones y prima de servicios** proporcional al tiempo laborado cualquiera que éste sea. En relación a los **aportes de la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), también es**

responsable del pago de los mismos en los términos del artículo 4 del Decreto 24/98, y conforme a las normas propias de la legislación laboral¹⁰¹.

Así mismo, el artículo 78 de la ley 50 de 1990 expone que la EST **es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión**, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes. Cuando el servicio se preste en oficios o actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones. **No obstante, este acuerdo no libera a la empresa de servicios temporales de la responsabilidad laboral frente al trabajador en misión.**

En relación con el aspecto de la responsabilidad solidaridad que puede existir entre las EST y la empresa beneficiaria, es importante en primer lugar mencionar las prohibiciones impuestas a las EST, puesto que del incumplimiento de alguna de ellas puede dar lugar a esta responsabilidad. El artículo 13 del Decreto 24 de 1998, estableció que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

¹⁰¹ MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA SOLIDARIA
Circular Conjunta No. 067 del 27 de agosto de 2004.

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 requiera 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 seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

En sentencia reciente de casación, la Corte Suprema de Justicia¹⁰² expone: “*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*

¹⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Laboral Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader Acta N° 14 Radicación N° 25717, Bogotá, D.C., Veintidós (22) de Febrero del dos mil seis (2006)

*contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y **la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales,** apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435". (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

En desarrollo de lo anterior, la misma sentencia enuncia que: "a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, **sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador"**.(negrilla y subrayado fuera del texto original)

Lo anterior quiere decir que, aunque se hace mención a la figura de la solidaridad, ésta obedece a la asimilación que hace la ley a un contrato ficticio entre el trabajador y la EST cuando ésta incumple con los requisitos exigidos, como por ejemplo el desconocimiento del plazo máximo permitido en tales contratos dada su esencia temporal, por lo que los efectos del contrato laboral se extenderán a la

empresa beneficiaria del servicio como si ella misma hubiera contratado y, consecuentemente la EST entrará a responder solidariamente conforme lo dispuesto en el artículo 35 de C.S.T., pues según lo expuesto en la sentencia citada, la situación descrita se asimila al caso en que un simple intermediario no hace expresa su calidad de tal frente al trabajador que contacta para prestar sus servicios en otra empresa, razón por la cual se hará responsable solidariamente frente a las acreencias laborales de éste último.

4.7.4 Cooperativas de trabajo asociado

Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) fueron creadas como instrumento para lograr los propósitos de generación de trabajo, crecimiento económico y generación de riqueza colectiva en Colombia¹⁰³. El artículo 1o del Decreto 468 de 1990 define estas cooperativas como empresas asociativas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, debiendo por lo tanto participar activamente en las decisiones de la empresa.

Así mismo, es importante señalar que las CTA son empresas solidarias en las que los asociados desarrollan personalmente las actividades propias de su objeto social, a fin de atender las obligaciones comerciales de las cooperativas con sus

¹⁰³ MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA SOLIDARIA. Op. Cit.

clientes, en los ámbitos de la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, según sea el caso, generando trabajo permanente. El desarrollo de las actividades debe hacerse de manera autogestionaria, buscando un ingreso digno y justo en beneficio de los asociados (artículo 1º Decreto 468 de 1990). Las CTA integran voluntariamente a sus asociados y para cumplir con este propósito deben acatar sus regímenes y estatutos, con sujeción a la legislación propia de la economía solidaria y no a la laboral ordinaria (Artículo 3, Decreto 468 de 1990).

Tal y como consta en el artículo 5º del Decreto 468 de 1990, las CTA deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o de los productos de trabajo, los asociados de las cooperativas de trabajo asociado son los verdaderos dueños de la empresa, para lo cual hacen aportes sociales y contribuyen al crecimiento de la misma con el trabajo. En este orden de ideas, las mismas deben adelantar su actividad de trabajo con plena autonomía administrativa y financiera organizando directamente las actividades de trabajo de sus asociados y en caso de actuar en el área de los servicios deberá asumir los riesgos en la realización de su labor (artículo 6º del Decreto 468 de 1990).

Finalmente, es preciso señalar que, conforme lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto mencionado, las Cooperativas de Trabajo Asociado retribuyen al

trabajador asociado por las actividades desarrolladas con compensaciones y no con salario, las cuales deben ser presupuestadas en forma adecuada y técnicamente justificadas, para que se retribuya el trabajo con base en los resultados económicos de la empresa, así como de acuerdo con la función, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

El siguiente cuadro compara las figuras antes mencionadas así:

	CARACTERÍSTICAS RELEVANTES Y RESPONSABILIDAD
EMPRESA BENEFICIARIA	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A favor de ellas el contratista ejecuta la obra o presta el servicio. ▪ Es directa responsable por las cargas laborales de sus trabajadores. ▪ Puede ser garante de las obligaciones laborales del contratista respecto de los trabajadores de éste, cuando la obra realizada por el contratista corresponde al giro ordinario de sus negocios. ▪ Los trabajadores pueden demandar de uno o de otro, o de ambos el pago de sus derechos, en virtud de la responsabilidad solidaria puesta de manifiesto en el artículo 34 del C.S.T.

<p>CONTRATISTA INDEPENDIENTE</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ejecuta una obra o servicio a favor de un tercero con sus propios medios, libertad y autonomía técnica y directiva. ▪ Es el verdadero empleador de las personas que le colaboran en la ejecución de las obras y el directo responsable de las obligaciones laborales. ▪ En la práctica los trabajadores confunden quién es su empleador y por lo tanto quien debe responder. ▪ Puede haber solidaridad con el beneficiario de la obra cuando la obra realizada por el éste corresponde al giro ordinario de los negocios del beneficiario de la obra.
<p>EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES</p> <p>EST</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales. ▪ Las personas naturales son contratadas directamente por las EST, las cuales tienen con respecto de éstas el carácter de empleador y tienen a su cargo toda la responsabilidad laboral con los trabajadores. ▪ En la práctica los trabajadores confunden quién es su empleador y por lo tanto quien le debe responder. ▪ Puede haber responsabilidad solidaria con la empresa beneficiaria cuando la EST incumple sus obligaciones legales, tales como sobrepasar el término de los contratos y se rige por el artículo 35 del C.S.T.
<p>COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO</p> <p>CTA</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ No existe la figura de empleador ni de trabajador. ▪ Las CTA realizan labores materiales e intelectuales que no organiza un tercero o usuario y debe ser propietaria, poseedora o tenedora de los equipos, instrumentos o medios de labor que utilice. ▪ Organizan directamente las actividades de trabajo de sus asociados, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

4.7.5 Sujetos especiales

La figura de los **simples intermediarios**, se encuentra descrita en el artículo 35 del C.S.T. y es importante mencionarla, toda vez que de su regulación normativa en el campo laboral se desprende también un tipo de responsabilidad solidaria, bajo los siguientes supuestos.

El artículo citado los describe como las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono y se consideran como tales, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Será solidariamente responsable con el empleador de las obligaciones laborales, en el momento en que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario y no declare esa calidad ni manifieste el nombre del empleador para el cual van a prestar su actividad productiva.

En resumen y tal como lo ha esbozado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 29 de abril de 1986¹⁰⁴: *“el simple intermediario, según el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, interviene en el acto de contratación de personal, pero no lo hace para sí, no percibe un beneficio proveniente de los servicios que presta el trabajador que ha enganchado, no imparte órdenes ni instrucciones al mismo, no es receptor directo de los servicios personales del empleado y no es el responsable directo de la remuneración salarial correspondiente, llegando a serlo sólo a través de la figura de la solidaridad bajo condiciones especiales y por no anunciar su condición de intermediario en el momento del enganche. El intermediario vincula personal para un tercero y este último es quien recibe los servicios, ejerce activamente la subordinación y paga la retribución”*.

Así mismo, son **representantes del empleador**, según el artículo 32 del C.S.T. aquellos que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo.

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Laboral Proceso 0073 Sentencia de 29 de abril de 1986 Magistrado Ponente : German Valdez Sánchez

Tales trabajadores que se encuentran dotados de determinado poder discrecional y de autodecisión, suelen ser elementos de coordinación y enlace entre las actividades que dirigen y el poder central de la empresa, razón por la cual sus actos pueden comprometer al empresario frente a sus trabajadores¹⁰⁵.

Como se pudo observar, estas figuras se alejan de las antes mencionadas, toda vez que dada su naturaleza en principio no son responsables de las obligaciones laborales de las personas que contactan para prestar sus servicios a las empresas beneficiarias, salvo que se configuren los preceptos establecidos en el artículo 35 del C.S.T., caso en el cual, si bien se estará en presencia de una responsabilidad solidaria, es por esencia diferente a la figura que hemos estado estudiando a lo largo de este capítulo.

4.8. PERSONAS QUE PUEDEN INVOCAR LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

4.8.1. Trabajador

El trabajador es el llamado en primer lugar a reclamar en juicio las obligaciones dejadas de pagar por el contratista como directo perjudicado del incumplimiento,

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia del 10 de noviembre de 1995. Radicación No. 7885. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara.

bien sea al contratista, al beneficiario o a los dos, en la forma que será indicada en el numeral siguiente y, siempre y cuando logre probar estos cuatro elementos¹⁰⁶:

a) El contrato de trabajo con el contratista;

b) El de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente y,

c) La relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada, esto es, el hecho de que la actividad contratada pertenezca a las actividades normales o corriente de quien encargó su ejecución y,

d) La falta de pago de lo reclamado

4.8.2. Causahabientes

Al morir una persona su patrimonio queda en su integridad protegido y se transmite a sus herederos o causahabientes. Como todos los derechos y obligaciones, los derechos de tipo laboral hacen parte del patrimonio del trabajador y al momento de su muerte se traspasan a sus causahabientes, a excepción de las prestaciones de tipo asistencial, como por ejemplo la atención

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 8 de 1961, G.J. 2240, pág 1032. Magistrado Ponente: Luis Fernando Paredes A.

médica, los tratamientos, las cirugías etc., pues al no existir el sujeto objeto de la asistencia, ésta carece de fundamento y la obligación se extingue.

Cuando la jurisprudencia¹⁰⁷ hace referencia a los fundamentos y principios de la “garantía” especial del trabajador establecida en el artículo 34 del C.S.T., enfatiza que tal figura no pretende hacer extensiva la culpa patronal al beneficiario de una obra. Más bien es clara en señalar que la culpa sigue siendo del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones que de ella emanan son exigibles al beneficiario en virtud, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes.

4.9. Aspectos procesales en relación a la acción laboral de responsabilidad solidaria del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo que se pretende mostrar en este numeral, es el aspecto procesal del tema sustancial analizado en el presente Capítulo, recogido por la jurisprudencia y la doctrina con base en la práctica judicial de la figura de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del C.S.T.

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 14.038 de septiembre 26 de 2000. Magistrado Ponente: Luís Gonzalo Toro.

Teniendo en cuenta la normatividad vigente, según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la ley 712 de 2001, se establece que **la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:**

1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.
2. (...)
3. (...)
4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.
5. (...)
6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.

Dado lo anterior, consideramos necesario definir o precisar lo que por conflicto jurídico se entiende. Así las cosas encontramos que en contraposición a los conflictos de carácter económico, que en materia laboral se presentan, el conflicto

jurídico se origina en las infracciones o transgresiones del derecho que rige en las relaciones laborales, y permiten la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas por las autoridades laborales; estos conflictos son los dirimidos por el juez laboral.

Siempre que las partes de la relación laboral (llámese trabajador, empleador, entidad promotora de salud, fondo de pensiones, o administradora de riesgos) controviertan un derecho, bien sea porque no se aplica debidamente, o se interpreta erróneamente o simplemente se deja de aplicar es decir, no se observa la disposición, habrá controversia de tipo jurídico.

Para que se llegue a configurar un conflicto de este tipo, se requiere de la presencia de una disposición legal o una norma establecida en el reglamento interno de una empresa, en la negociación colectiva, en el contrato de trabajo, en los pactos o convenciones, etc.

En este orden de ideas, consideramos que siempre habrá conflicto jurídico cuando no se satisfaga o se lesione un derecho concreto determinado en la norma laboral.

En materia de seguridad social, nuestra Constitución Política establece que Colombia es un Estado social de derecho, sujeta a la comunidad y al Estado a ciertas tareas de obligatorio cumplimiento para el efectivo desarrollo del mismo.

Una de las principales obligaciones del Estado será la de garantizar la seguridad social de la población y su efectiva y óptima prestación y acceso en cumplimiento de uno de los deberes sociales emanados por la Constitución y su preámbulo. El sistema de seguridad social, estará conformado por el sistema general de pensiones; el sistema de seguridad social en salud y el sistema general de riesgos profesionales. Adicionalmente, es necesario establecer que el sistema de seguridad social integral, con cargo a las cotizaciones de los afiliados, para exclusivamente las prestaciones consagradas en el sistema.

Por tanto, es la jurisdicción ordinaria laboral la que debe conocer las reclamaciones que haga el trabajador en virtud de la solidaridad del artículo 34 del C.S.T. así como los trabajadores independientes respecto de las mismas pretensiones, conforme lo establecido en el numeral 6o del artículo 2 de la ley 712 de 2001. El demandante debe tener en cuenta que su reclamación debe hacerla dentro de los tres años siguientes a que la obligación se haya hecho exigible, según lo dispuesto en el artículo 488 del C.S.T. dado que la acción de responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra corresponde a los derechos regulados por el Código Sustantivo del Trabajo y, tal figura no cuenta con una prescripción especial.

Hechas las anotaciones anteriores, es importante precisar que quien se presente a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario de una obra, emanadas de

un contrato laboral y/o contrato de prestación de servicios celebrado con el contratista independiente, deberá probar estos los siguientes elementos¹⁰⁸:

a) La existencia del contrato de trabajo con el contratista y/o contrato de prestación de servicios;

b) El de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente y,

c) La relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada, esto es, el hecho de que la actividad contratada pertenezca a las actividades normales o corriente de quien encargó su ejecución y,

d) La falta de pago de lo reclamado.

En una de las sentencias hito respecto de la responsabilidad solidaria del artículo 34 de C.S.T., la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁹ hizo un análisis detenido del asunto, llegando a deducir que podían presentarse tres situaciones procesales diferentes:

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 8 de 1961, G.J. 2240, pág 1032. Magistrado Ponente: Luís Fernando Paredes A.

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia del 14 de diciembre de 1970 Magistrado Ponente: Hernán Toro Agudelo. Citada en la Sentencia con Radicación No. 6494 de agosto 10 de 1994. Magistrado Ponente Ernesto Jiménez Díaz.

i) El trabajador puede demandar sólo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis;

ii) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de un litisconsorcio prohijado por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso: 1) la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, 2) como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente, y

iii) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente “existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo”.

Advierte el mismo pronunciamiento jurisprudencial, respecto de esta última situación que, con el fin de poder demandar al beneficiario de la obra, debió haberse demostrado en juicio previo, que la prestación reclamada fue inicialmente a cargo del contratista independiente, pues no tendría sentido que sin ser obligado legalmente el contratista al pago de las obligaciones pedidas, se exigiera una

solidaridad que no se da, pues no se definió la responsabilidad del verdadero empleador.

Así mismo, en sentencia proferida por la misma Corporación, el día 13 de septiembre de 1968, se advirtió que la solidaridad que trata el artículo 34 del C.S.T. opera a través de un *litis consorcio* pasivo necesario, con el fin de que en el litigio promovido por el trabajador, se comprometa simultáneamente, dentro de una misma relación procesal, tanto al contratista o a los contratistas independientes como al beneficiario o empresario, a fin de que en el juicio se acrediten y desde luego se contradigan tanto el contrato de obra que liga a aquéllos, y que es fuente de la solidaridad legal, como el contrato de trabajo que da acción para exigir de contratistas y beneficiarios el cumplimiento de las obligaciones laborales.

En torno a la sentencia comentada, surgieron tesis diversas en su momento en cuanto a la obligación o no de demandar conjuntamente al beneficiario y al contratista. Por un lado, el fallo se interpretó en el sentido de la obligatoriedad de dirigir la acción laboral de solidaridad contra el empresario y el contratista al mismo tiempo, cuyo incumplimiento derivaría en una defectuosa integración del contradictorio.

Por otro lado, en defensa de la tesis contraria, se presentó el caso del salvamento de voto de la misma sentencia, presentado por el Magistrado Juan Benavides Patrón, quien afirma que: “**que en virtud de la solidaridad que establece el texto referido, el total de la deuda pueda exigirse a cada uno de los sujetos obligados in solidum; que ni la norma sustancial ni las reglas del proceso imponen la demanda conjunta;** que cuando la acción se instaura contra todos los así obligados (porque también puede promoverse de tal modo) éstos conforman un litisconsorcio pasivo, pero que no es necesario, y que inclusive la sentencia puede producir resultados distintos acerca de sus integrantes”.

A modo de comentario, nos parece importante señalar que, toda vez que la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, se desprende de una obligación cierta e incumplida por el contratista, compartimos la tesis que estipula la obligación de demandar conjuntamente al beneficiario y al contratista, conformando de esta manera un *litis consorcio* necesario. En caso contrario, es decir, cuando existe una condena previa al contratista y se demanda con posterioridad a la misma al beneficiario con base en ella, compartimos la posición expresada en la sentencia de Casación Laboral de fecha 10 de agosto de 1994, en la que se afirma que es indispensable que el contratista sea quien responda

inicialmente de las deudas laborales contraídas, para que ella pueda en consecuencia, quedar posteriormente a cargo del beneficiario¹¹⁰.

¹¹⁰ ARENAS MONSALVE, Gerardo y otros. Código Sustantivo de Trabajo: Análisis Histórico y Crítico. Bogotá. Temis. 2000. pág. 82.

CAPITULO V

5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA FRENTE A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.

5.1 ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE RIESGOS PROFESIONALES

El Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales ha sido definido como el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que pueden ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan¹¹¹.

La Ley 100 de 1993, que introdujo nuestro actual Sistema de Seguridad Social estableció en su Artículo 139 Numeral 11¹¹², no desarrollo el sistema de Riesgos Profesionales, pero, adjudicó la potestad de regulación en cabeza del ejecutivo. El que mediante el Decreto 1295 de 1994, procedió a reglamentar y determinar la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales

¹¹¹ Decreto 1295 de 1994, Artículo 1

¹¹² “... Dictar las normas necesarias para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales como un 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. En todo caso, la cotización continuará a cargo de los empleadores”.

Dicho decreto fue materia de estudio de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional que mediante sentencia C-452 de 2002, en la cual se estableció que los efectos de la misma SE DIFIEREN hasta el 17 de diciembre de 2002, tiempo en el cual el Congreso debía expedir la nueva legislación sobre la materia regulada por el Decreto 1295 de 1994. Así las cosas el 17 de diciembre de 2002 se promulga la Ley 776 de 2002 que regula el Sistema General de Riesgos Profesionales en cuanto a la organización, administración y prestaciones.

En concordancia con el artículo 8 del Decreto 1295 de 1994, establece que, son riesgos profesionales: "...el accidente que se produce como consecuencia directa del trabajado o labor desempeñada, y la enfermedad que haya sido catalogada como profesional por el Gobierno Nacional."

De conformidad con la definición de Riesgos Profesionales mencionada anteriormente, debemos identificar cuales son los objetivos del sistema, los cuales están contemplados en el artículo 2 del Decreto 1295 de 1994 y en la ley 776 de 2002:

a) Promoción y Prevención: El Sistema debe establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de toda la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo, y fortalecimiento de las actividades tendientes a

establecer el origen de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el control de los agentes de riesgos ocupacionales.

b) Establecer las Prestaciones, el reconocimiento y pago de las mismas: El artículo 2 del decreto 1295 de 1994 establecía frente a esta objetivo que el sistema debe fijar las prestaciones de caracteres asistenciales y económicos en atención de la salud de los trabajadores. Adicionalmente, reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional. Literal que derogado por la ley 776 de 2002 que determino en el artículo 1 que *“todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley”*¹¹³.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-855/05, Referencia Expediente: D- 5605, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

5.1.1 Características

Como características básicas del sistema podríamos mencionar las siguientes¹¹⁴:

- a) El sistema es unificador de regímenes anteriores. Es decir, el actual régimen unificó normativamente los diversos aspectos del sistema de riesgos profesionales, aplicándose de manera general a empleados y trabajadores de los sectores público y privado.
- b) Mezcla la gestión pública y la gestión privada. Por eso serán las ARP y el Instituto de Seguros Sociales y las compañías aseguradoras de vida las autorizadas para administrar riesgos profesionales. (decreto 1295 de 1994 Artículo 4 Literal a, d, j, Artículo 77,78 y 79).
- c) El sistema de riesgos profesionales es un sistema que, a demás de ofrecer atención y reparación económicas a los afiliados, pone especial énfasis en la prevención de los riesgos profesionales como el factor más importante de una política de seguridad social en materia de riesgos profesionales (decreto 1295 de 1994 Artículo 2).
- d) El Sistema de riesgos profesionales ésta diseñado esencialmente como un sistema de aseguramiento, en el que el tomador del seguro es el empleador, por lo cual la decisión sobre la entidad administradora de

¹¹⁴ ARENAS MONSALVE, Gerardo, Visión General del Nuevo Sistema de Riesgos Profesionales. 2001, Escrito Académico.

riesgos (ARP); los asegurados son los trabajadores, considerados en su totalidad pues se trata de un seguro colectivo, y los beneficiarios del seguro son los mismos trabajadores o núcleo familiar; la prima del aseguramiento es la cotización; el riesgo asegurado es el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio.

- e) El sistema cuenta con una estructura propia de entidades gubernamentales, en desarrollo del mandato constitucional de la dirección, vigilancia y control de la Seguridad social por parte del Estado.¹¹⁵

A continuación haremos una breve reseña de la normatividad aplicable a nuestro objeto de estudio:

- Constitución Política de 1991
- Ley 100 de 1993
- Decreto 1295 de 1994
- Decreto 1832/94
- Ley 776 de 2002

¹¹⁵ En materia de Riesgos profesionales existen entidades asesoras de políticas, como el consejo Nacional de riesgos Profesionales y el Comité Nacional de Salud Ocupacional y una dependencia de promoción y Vigilancia, que es la Dirección Técnica de riesgos Profesionales del Ministerio de Protección Social.

- Decreto 2800 de 2003

5.2 CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Podemos definir el accidente de trabajo como 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 (Artículo 9 del Decreto 1295 de 1994).

5.3 ELEMENTOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

De la definición anterior se puede afirmar que se trata de un hecho repentino, que no se puede evitar, circunstancia que no implica que tal suceso sea imprevisto, adicionalmente, los efectos de este hecho serán: Una Lesión Orgánica, Una Perturbación Funcional, Invalidez o Muerte del trabajador.

5.4 CAUSAS GENERADORAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Las causas generadoras u origen del accidente de trabajo de acuerdo al artículo 9 del Decreto 1295/94 son:

- a) A causa del trabajo, es decir realizando las actividades propias de su cargo dentro de las instalaciones y horario que establece el contrato de trabajo.
- b) Con Ocasión del trabajo: Igualmente, será aquel accidente que se produzca durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Respecto de la interpretación de la frase “por causa o con ocasión del trabajo” contenida en el Artículo 9 del Decreto 1295 de 1994, en sentencia C-453/2002¹¹⁶, la Corte Constitucional, y estableció algunos criterios que determinan el alcance de la misma, así:

Ámbito de Subordinación: que implica que el accidente se puede producir dentro o fuera de las instalaciones de la empresa, y tiene lugar en virtud de la ejecución de ordenes expresas o tácitas del empleador o sus representantes, de manera que también se predica de las situaciones de subordinación potencial y disponibilidad permanente del trabajador, y no solamente de las expresas indicaciones sobre el ejercicio de la labor contratada.

El accidente in itinere La expresión "**in itinere**" significa "en el camino", dado que el sustantivo latino "iter, itineris" significa "camino". Sin embargo, esta expresión es actualmente usada para designar los accidentes de trabajo que se dan cuando el trabajador se desplaza entre su residencia y lugar de trabajo, De

¹¹⁶ Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, criterios que fueron reiterados en la Sentencia C-582/02 expediente D-3934 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

acuerdo al referido artículo se considera accidente de trabajo cuando sea el empleador quien suministre el transporte o sea contratado por éste¹¹⁷.

Actividades ajenas: No se constituye accidente de trabajo aquellos eventos que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, de acuerdo a las circunstancias descritas anteriormente, es decir, se produjeron en circunstancias ajenas a la labor contratada, como actividades recreativas, deportivas y culturales, No obstante, si el trabajador “...actúa por cuenta o en representación del empleador.” En aquellas circunstancias en que el accidente serian de origen común se establece un accidente de trabajo. Así mismo tampoco configura accidentes de trabajo los ocurridos fuera de las instalaciones de la Empresa o, cuando el trabajador se encuentre gozando de permisos remunerados, licencias, o desarrollando actividades sindicales, etc.

Todo accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común y su calificación se seguirá de acuerdo al artículo 12 del decreto 1295 de 1994.¹¹⁸

¹¹⁷ El aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-453-02 de 12 de junio de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis, por considerar “...que es lógico que cuando el transporte lo suministra el empleador, el accidente que se produzca se califique de profesional por cuanto en esa circunstancia se produce una especie de prolongación de la empresa, en la que el trabajador, como subordinado, está sometido a las condiciones que se le fijan para su transporte entre el sitio de trabajo y su residencia, razón por la que será el empleador el llamado a responder por los perjuicios que se llegaren a causar. Téngase en cuenta que en este caso el empleador determina y controla las condiciones en las que se realiza el transporte –elige el tipo de vehículo y el conductor, establece las condiciones para su uso y mantenimiento, señala las rutas, horarios etc- es decir que puede controlar o al menos circunscribir el riesgo que crea, en tanto que cuando el trabajador se transporta por sus propios medios ninguno de estos elementos se encuentra bajo su control.

5.5 SUJETOS PROTEGIDOS POR EL SISTEMA DE RIESGOS PROFESIONALES.

Inicialmente podríamos establecer que el principal sujeto de protección del sistema es el trabajador, en tanto, el amparo prioritario establecido en la normatividad vigente, es respecto de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que sufra mencionado sujeto, cuya vinculación al Sistema debe ser de carácter obligatorio¹¹⁸, no obstante, la ley establece como afiliados de carácter voluntario a otro tipo de sujetos a saber: Trabajadores Independientes, respecto de los cuales su vinculación se encuentra regulada en el Decreto 2800 de 2003, punto que analizaremos más adelante.

¹¹⁸ La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será calificado, en primera instancia por la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado. El médico o la comisión laboral de la entidad administradora de riesgos profesionales determinará el origen, en segunda instancia.

Cuando surjan discrepancias en el origen, estas serán resueltas por una junta integrada por representantes de las entidades administradoras, de salud y de riesgos profesionales.

De persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

¹¹⁹ Serán afiliados de carácter obligatorio de acuerdo al Artículo 12 del decreto 1295 de 1994: 1) Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos; 2) Los jubilados o pensionados, excepto los de invalidez, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, y 3) Los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución, cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

5.6 OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR FRENTE AL TRABAJADOR Y FRENTE AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES.

De conformidad con el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994, son obligaciones del empleador¹²⁰:

- a) Afiliar al trabajador al Sistema General de Riesgos profesionales.
- b) Realizar el pago de la totalidad de las cotizaciones a la ARP escogida por los trabajadores que se encuentren a su cargo.
- c) Trasladar el monto de las cotizaciones a la ARP correspondiente, dentro de los plazos establecidos para tal efecto.
- d) Procurar el cuidado de la salud de los trabajadores, obligación que se cumple brindando capacitación en salud ocupacional, información oportuna para la prevención, y garantizando un ambiente de trabajo óptimo.
- e) Diseñar, ejecutar, vigilar el desarrollo y financiar el programa de salud ocupacional de acuerdo a la normatividad vigente para la materia.
- f) Registrar ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el comité paritario de salud ocupacional o el vigía ocupacional correspondiente.

¹²⁰ El incumplimiento de estas obligaciones acarreará al empleador las sanciones que determine la ley de acuerdo al Artículo 91 y 92 del Decreto 1295 de 1994.

- g) Notificar a la ARP respectiva, las novedades laborales (nivel de ingresos, cambios, vinculaciones y retiros), y la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

5.7 OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR FRENTE AL EMPLEADOR

En tanto que, la regulación de las obligaciones del trabajador y los afiliados voluntarios se encuentra en el artículo 22 del Decreto 1295 de 1994, las cuales se enfocan al cumplimiento de los objetivos de promoción y prevención de la salud ocupacional, así¹²¹:

- a) Procurar el cuidado integral de su salud.
- b) Suministrar información clara, veraz y completa sobre su estado de salud.
- c) Colaborar y velar por el cumplimiento de las obligaciones del empleador.
- d) Cumplir las normas en materia de salud ocupacional de la empresa en la que se encuentra vinculado laboralmente o en la que presta sus servicios.
- e) Participar en los comités de salud ocupacional o ser vigías ocupacionales.

¹²¹ El incumplimiento de las obligaciones antes descritas, configura justa causa para la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, previa autorización del Ministerio de Protección Social.

5.8 CONSECUENCIAS LEGALES DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Como resultado del accidente de trabajo el trabajador puede sufrir consecuencias de tipo temporal o permanente en su integridad física. El sistema prevé dos tipos de soluciones frente a la reparación del menoscabo sufrido por el trabajador: La reparación tarifada de los riesgos y la reparación plena de perjuicios.

5.8.1 Reparación tasada de los riesgos

Se denomina reparación tasada o tarifada de los riesgos profesionales el reconocimiento de unos beneficios previamente determinados por el sistema de Riesgos profesionales, dependiendo del tipo de consecuencia que se derive del accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La razón de ser de esta reparación tasada, se fundamenta en la misma filosofía de los riesgos profesionales; busca que un trabajador que ofrece su salud y su integridad corporal al servicio de un empleador y, sufre algún menoscabo en esa integridad, como consecuencia directa e indirecta del trabajo, debe ser compensado, reparado de alguna manera, al trabajador o a sus dependientes económicos¹²².

¹²² ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Legis, Segunda edición 1986 pág 106

La reparación de acuerdo al sistema se puede brindar en prestaciones asistenciales y de carácter económicas.

5.8.1.1 Prestaciones derivadas del accidente de trabajo. Como lo mencionamos anteriormente, nuestro sistema busca la reparación de los efectos de los riesgos profesionales mediante el reconocimiento de diferentes prestaciones de acuerdo con el grado de la consecuencia que sufre el trabajador, dividiéndolas en dos grupos, *asistenciales* y *económicas*.

El artículo 1 de la ley 776 de 2002 establece quien tiene derecho a las prestaciones, con el siguiente contenido literal: “Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

5.8.1.1.1 Asistenciales. Las prestaciones asistenciales deben ser entendidas como los servicios de carácter médico y afines, que proporciona el sistema en busca de la reparación y protección de la salud e integridad de los trabajadores.

El Decreto 1295 en su artículo 5 regula cuales son las prestaciones de este tipo, las cuales veremos sucintamente a continuación.

Las prestaciones que se suministran al afiliado contempladas en el Artículo 5 del decreto 1295 de 1994:

- Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.
- Hospitalización.
- Odontología.
- Medicamentos.
- Diagnóstico y tratamiento.
- Prótesis y órtesis y su reparación o acondicionamiento de acuerdo con las necesidades.
- Rehabilitación física y profesional.
- Gastos de traslado necesarios para la prestación del servicio

5.8.1.1.2 Económicas. Se entienden por estas, las que se entregan en dinero al trabajador cuando sufre un riesgo profesional y, como consecuencia de ello, se incapacite, invalide o muera, tendrá derecho a las siguientes retribuciones económicas dependiendo de la consecuencia del riesgo profesional.

5.8.1.1.2.1 Incapacidad temporal. Se conoce como incapacidad temporal la enfermedad o lesión que presente el afiliado, la cual le impide desarrollar su capacidad laboral por un determinado tiempo¹²³. Una vez se analiza la lesión,

¹²³ Ley 776 de 2002 Artículo 2

corresponde al médico tratante de la EPS determinar el tiempo en el cual el afiliado no desarrollara su trabajo.

Adicionalmente, una vez que cesa el periodo de incapacidad temporal, el empleado, tiene el derecho a que el empleador lo ubique en el cargo que desempeñaba o lo reubique en cualquier otro de la misma categoría (Ley 776 de 2002 artículo 4).

La prestación económica que se otorga es el **Subsidio por Incapacidad**, el cual equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario. El período durante el cual se reconoce esta prestación será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto si no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el

grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

5.8.1.1.2.2 Incapacidad permanente parcial. 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 cinco por ciento 5%, pero, inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo que, ha sido contratado o capacitado. Al respecto consideramos que el legislador en el momento de establecer que se requiere como mínimo de una incapacidad laboral del 5%, dejo por fuera el rango que esta entre el 1% y el 4.9%, que igual consideramos, que independiente del porcentaje ya se presenta una invalidez, resultando así a nuestro juicio que esta norma puede ser inconstitucional, pues esta violando el principio de igualdad consagrado por la Constitución. Así las cosas, la norma debió incluir las pérdidas de capacidad laboral desde el 1%.

De otra parte, el artículo 8º de la Ley 776 de 2002 establece que los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.

La Indemnización en proporción al daño sufrido: Una vez se haya definido que el afiliado tiene una incapacidad permanente parcial, éste tendrá derecho a que se

le reconozca una indemnización en proporción al daño sufrido, a cargo de la ARP, en una suma no inferior a dos (2) salarios base de liquidación, ni superior a veinticuatro (24) veces su salario base de liquidación.

5.8.1.1.2.3 Invalidez. Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

Pensión de Invalidez: Consiste en una suma mensual que se le cancela al trabajador que como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no provocada intencionalmente, en el cual ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Para determinar la pérdida de capacidad de un trabajador se toman en cuenta diversos factores, sociales y personales, incluyendo la actividad específica para la cual se encontraba capacitado el trabajador.

Monto de la Pensión: varía dependiendo de los siguientes casos:

- Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación.

- Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación.
- Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

5.8.1.1.2.4 Muerte.

• **Pensión de sobrevivientes:** Esta pensión se causa cuando fallece un pensionado por invalidez de origen profesional, o cuando fallece un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional; tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003¹²⁴.

¹²⁴ **a)** En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera(o) permanente o supérstite, mayor de 30 años al momento del fallecimiento del causante. **b)** En forma temporal el cónyuge o la compañera(o) permanente o supérstite, menor de 30 años y no haya procreado hijos con el causante. Si la beneficiaria tuvo hijos con el causante obtiene la pensión vitalicia. **c)** En el evento en que el causante tenga cónyuge y compañera(o) permanente y que conviva con ellas simultáneamente en los últimos 5 años antes del fallecimiento a la hora de la muerte, la pensión de sobreviviente será para la esposa. **d)** Si respecto de un pensionado hubiere compañero(o) permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir de la pensión bien sea vitalicia o temporal se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. **e)** Hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el gobierno. **f)** Hijos Inválidos si

Monto de la Pensión: Dependiendo del caso

- Por muerte del afiliado el setenta y cinco por ciento (75%) del salario base de liquidación;
- Por muerte del pensionado por invalidez el ciento por ciento (100%) de lo que aquel estaba recibiendo como pensión.

Cuando el pensionado disfrutaba de la pensión reconocida con fundamento en el literal c) del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, la pensión se liquidará y pagará descontando el quince por ciento (15%) que se le reconocía al causante.

- **Auxilio Funerario:** La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o de un pensionado por invalidez del Sistema de Riesgos Profesionales, tendrá derecho a recibir un auxilio funerario igual al determinado en el artículo 86 de la Ley 100 de 1993. El auxilio deberá ser cubierto por la ARP.

Si quien fallece es el trabajador activo, el valor del auxilio funerario será equivalente al último salario que devengaba el trabajador antes de su muerte. Si quien fallece es el pensionado por invalidez de origen profesional, el auxilio funerario será equivalente a la última mesada pensional que devengaba el pensionado fallecido. En cualquier caso, el valor del auxilio funerario, no podrá ser

dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. **g)** A falta del cónyuge, compañero(a) permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este, **h)** A falta del cónyuge, compañero(a) permanente padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este.

inferior, en ningún caso, a cinco salarios mínimos ni superior a diez veces ese mismo salario.

Adicionalmente debemos hacer hincapié en que las prestaciones establecidas tanto en el Decreto-ley 1295 de 1994 y en la Ley 776 de 2002 prescriben de los siguientes términos y la prescripción se cuenta desde el momento en que se le define el derecho al trabajador:

- a) Las mesadas pensionales en el término de tres (3) años;
- b) Las demás prestaciones en el término de un (1) año.

5.9 REPARACIÓN PLENA DE PERJUICIOS

Como lo mencionamos en nuestro aparte 5.8.1.1, la reparación pretendida por el Sistema General de Riesgos Profesionales esta basada en la teoría de la responsabilidad objetiva, es decir “desde el punto de vista de este sistema para que nazca la responsabilidad de reparación respecto de los riesgos profesionales, simplemente basta con que el siniestro (accidente de trabajo o enfermedad profesional) se produzca para que el sistema quede obligado a la reparación, quedando en segundo plano la culpa del empleador (elemento que si es de vital

importancia para la reparación plena de perjuicios, como lo veremos mas adelante), en la medida que surgirá la obligación del reconocimiento de las prestaciones en función del resultado derivado del riesgo profesional y no de que hecho culposos genere el siniestro.”¹²⁵

Como ya lo establecimos anteriormente las reparaciones por riesgos profesionales en nuestro sistema son tasadas, es decir el grado de reparación está señalado por la ley. Por tanto, surge una pregunta adicional ¿Es posible que el trabajador y/o causahabientes puedan obtener la reparación total del daño causado por el accidente de trabajo? Y la respuesta es positiva, de acuerdo a la acción de reparación directa que establece el Artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo¹²⁶.

En consecuencia, podemos establecer que, en la normatividad colombiana existen dos clases de responsabilidades frente a los riesgos del trabajo, una basada en la teoría de la responsabilidad objetiva, y otra fundamentada por la teoría subjetiva de la culpa, en la cual, surge la obligación de que el empleador repare integralmente los daños infringidos al trabajador.

¹²⁵ ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Op. cit. pág. 118

¹²⁶ ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Op. cit. pág. 118

5.9.1 Aplicación de la culpa patronal consagrada en el artículo 216 del código sustantivo de trabajo en la responsabilidad solidaria respecto del beneficiario de la obra frente a la indemnización plena de los perjuicios derivados del accidente de trabajo.

Dentro del análisis que pretendemos desarrollar en este aparte, vale la pena hacer ciertas apreciaciones frente al Artículo 216 Código Sustantivo de Trabajo, que reza:

“CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo¹²⁷”.

Este artículo, abandona la tendencia de responsabilidad objetiva sobre el cual está fundamentado el Sistema General de Riesgos Profesionales, para volver a la noción de culpa, lo que en nuestro criterio, hace más gravosa la obligación de reparación a cargo del empleador por los Riesgos Profesionales.

Respecto de si subsiste o no la responsabilidad patronal fundamentada en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, una vez se dio la creación de nuestro sistema actual de Riesgos Profesionales, debemos advertir de una parte, que: El artículo que establece ese tipo de responsabilidad no fue derogado

¹²⁷ El capítulo a que hace referencia la norma es al de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuyas normas, en su gran mayoría fueron derogadas expresamente por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994, por tanto debe entenderse estas últimas como las referidas en tal artículo.

expresamente por las normas que dieron lugar al Sistema General de Riesgos Profesionales y, de otra, dicha norma no es contraria a la normatividad que regula el Sistema General de Riesgos Profesionales. Es más, sólo hasta la expedición del Decreto Reglamentario 1771 de 1994, se mencionó el tema de la indemnización plena de perjuicios en vigencia de la ley 100 de 1993, Decreto en el cual se dijo que:

“La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no excluye que la víctima o sus causas habientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales”.

A continuación relacionaremos los elementos de la responsabilidad en la reparación plena.

- a) *Un hecho imputable al empleador.* La ocurrencia de un accidente de trabajo que produzca a un trabajador una lesión orgánica, perturbación funcional o estado patológico temporal o permanente derivados del hecho del trabajo. Es decir se analiza la capacidad culposa del empleador que genere el daño¹²⁸.
- b) *El Dolo o culpa del Empleador.* “En la ocurrencia del accidente de trabajo. La culpa se presenta en dos casos: - Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo, pero confía imprudentemente en

¹²⁸ ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Op. cit. pág. 122.

evitarlos...; -Cuando el autor no prevé el daño que puede causarse con un acto suyo, pero pudo preverlo, dados su desarrollo mental y su conocimiento de los hechos”¹²⁹.

c) *El daño o perjuicio*: “Derivado de la víctima, es decir, la incapacidad ya sea temporal o permanente, o la pérdida definitiva de la vida derivada del accidente de trabajo”¹³⁰.

d) *El nexo causal entre el daño y la culpa o dolo*: “Es decir que el daño o los perjuicios deben ser efecto de la culpa patronal en el accidente de trabajo”¹³¹.

La doctrina ha manifestado: El empleador sólo estará exento de culpa en caso de un accidente de trabajo si demuestra que tuvo la diligencia y cuidado requeridos, y que: "las indemnizaciones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, para los perjuicios provenientes del accidente de trabajo, tienen fundamento en el riesgo creado, no provienen de la culpa del empleador y de la responsabilidad objetiva. Pero la indemnización total y ordinaria prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, exige la demostración de la culpa patronal, que se establece cuando los hechos muestran que faltó “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, según la definición

¹²⁹ Ibid, pág. 123.

¹³⁰ Ibid, pág. 124.

¹³¹ Ibid, pág. 124.

de culpa leve que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes. (Sentencia del 10 de abril de 1975, G.J. CLI, pág. 428)”¹³²

Eximentes de la Responsabilidad Patronal: Para el Dr. Gerardo Arenas Monsalve el régimen de reparación plena de perjuicios se establece como eximente de la responsabilidad: La provocación deliberada o la culpa grave de la víctima¹³³.

Este eximente de responsabilidad se colige de la definición de accidente de trabajo en la medida que se entiende que este no ha sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima. Debemos entender por provocación deliberada debe entenderse la actitud del trabajador conscientemente dirigida hacia la producción del accidente, para que cause un daño a su organismo, es decir una conducta deliberadamente encaminada a autolesionarse. Como ya lo mencionamos en el Capítulo I Numeral 1.3.2.1 la culpa grave es equiparable al dolo, es decir la intención positiva de causar daño. Por tanto coincidimos con el Dr. Guillermo González Charry el cual afirma: Habrá que buscar en la conducta del trabajador la prueba de la intención positiva de realizar el hecho generador del accidente¹³⁴.

¹³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral - Sección Primera, Sentencia de 7 de marzo de 1996, Rad. No. 7986 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³³ ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Op. cit. pág. 132

¹³⁴ GONZÁLEZ CHARRY Guillermo, Prestaciones sociales del sector privado, Biblioteca Banco Popular Cali.: 1976. pág 193, citado por ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Op. cit. pág. 133.

Ahora nos corresponde analizar si existe la obligación por parte del beneficiario de la obra frente a la indemnización plena de los perjuicios derivados del accidente de trabajo en virtud del Artículo 34 del Código sustantivo de Trabajo y si adicionalmente se extiende a los accidentes de trabajo sufridos por el Trabajador Independiente.

Al respecto es importante precisar que, para algunos autores el beneficiario de la obra si puede ser solidariamente responsable de la indemnización plena de perjuicios como consecuencia de la extensión de la culpa subjetiva, aplicada en esta figura y que subsiste dicha solidaridad, aun en el evento en que el contratista haya cumplido las obligaciones derivadas del Decreto 1295 de 1994, respecto de la afiliación al sistema de Riesgos Profesionales, siempre y cuando el trabajador accidentado haya logrado probar en juicio, la culpa del contratista en la ocurrencia del accidente, los perjuicios sufridos y su valor¹³⁵.

Sin embargo es importante agregar a lo anterior que, con fundamento en la normatividad que regula el tema, a nuestro modo de ver, esta figura se debe materializar con base en los siguientes parámetros de aplicación:

- *Pago de Prestaciones Económicas:* Su reconocimiento y pago le corresponde ARP, como consecuencia de las obligaciones derivadas del Sistema General

¹³⁵ GRACIA Alma Clara. Op. Cit. pág. 8.

de Riesgos Profesionales. Adicionalmente, la ARP podría repetir contra el empleador causante del hecho lesivo el pago que tuvo que reconocer al afiliado, ya sea por prestaciones de caracteres asistenciales y/o económicos¹³⁶.

- *Pago de Prestaciones Asistenciales:* Su reconocimiento y pago le corresponde ARP, como consecuencia de las obligaciones derivadas del Sistema General de Riesgos Profesionales.
- *Pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios:* Su pago corresponderá al empleador, en este caso el contratista, directo responsable del accidente de trabajo.
- *Responsabilidad Solidaria del Beneficiario respecto del pago de la indemnización plena:* Como se pudo observar anteriormente, esta extensión de responsabilidad a nuestro juicio es excesiva, toda vez que, la derivación de la indemnización plena de perjuicios obedece a una responsabilidad por parte del contratista de carácter netamente subjetivo, lo que indica una falta de diligencia y cuidado por parte del empleador, y mal podría extenderse esta responsabilidad a sujetos cumplidos que no están obligados a responder por el hecho de un tercero en la medida que entre ellos no media relación de

¹³⁶ Derecho de Repetición consagrado en el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994

subordinación o dependencia, elemento que opera como causa eficiente para esgrimir la existencia de este tipo de responsabilidad.

Adicionalmente consideramos que la figura consagrada en el artículo 216 del C.S.T. se puede hacer extensiva al beneficiario de la obra respecto del accidente de trabajo sufrido por un subcontratista (Trabajador Independiente) debido a la extensión de la culpa subjetiva, determinada en esta figura.

No obstante lo anterior, en nuestro concepto SOLO es viable la aplicación del artículo 216 del C.S.T para el caso planteado, en los siguientes eventos:

- a) *Culpa en la ocurrencia del daño:* Evento en el cual se pueda establecer que existió culpa del Beneficiario de la Obra en la producción del accidente de trabajo, es decir, la reparación plena de perjuicios podría ser asumida por este, en virtud de la necesidad de reparar el daño existe, que surge de la Responsabilidad por el Hecho propio (Responsabilidad estudiada en el Capítulo I en el numeral 1.2.2.1.2.1).
- b) *Omisión Culposa del deber de vigilancia del Beneficiario de la Obra:* Como ya lo manifestamos anteriormente el empresario tiene la obligación de vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Sistema General de Riesgos Profesionales en cabeza del contratista independiente, por tanto si hay omisión de

carácter culposo a este deber de vigilancia y custodia, y en razón al incumplimiento de las obligaciones del sistema se generó el daño (accidente de trabajo), este responderá frente al pago de la indemnización plena en virtud de la responsabilidad del hecho ajeno (Responsabilidad estudiada en el Capítulo I en el numeral 1.2.2.1.2.2).

Se hace necesario hacer énfasis que, en los eventos planteados, el daño se deriva de dos figuras de la Responsabilidad Extracontractual, consideramos que se debe hacer extensiva las normas de carácter civil que regulan el tema, en especial las causales de exoneración.

5.10 LA RESPONSABILIDAD RESPECTO AL PAGO DE LOS APORTES AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES Y DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO SUFRIDO POR EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE A LA LUZ DEL DECRETO 2800 DE 2003.

Como se mencionó anteriormente el Decreto 1295 de 1994, señala que los trabajadores independientes son afiliados **voluntarios** al Sistema General de Riesgos Profesionales, de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno Nacional expida, regulación que, sólo se dio hasta la expedición del decreto 2800

de 2003, en el que, se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994¹³⁷.

5.10.1 Definición de trabajador independiente

El Artículo 2 del Decreto 2800 de 2003, establece la noción de Trabajador Independiente. Se entenderá como trabajador independiente toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral.

Adicionalmente, debemos aclarar que los trabajadores independientes afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales, tendrán todas las prestaciones económicas y asistenciales establecidas en el Decreto-ley 1295 de 1994 y en la Ley 776 de 2002.

¹³⁷ La expedición del Decreto 2800 de 2003 se considera tardía, pero dicho retardo encuentra justificación, en la medida que para el contratista independiente la determinación de si una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte son causados o surgen con ocasión del trabajo, es decir existe dificultad para determinar cuando hay o no accidente de trabajo.

5.10.2 Mecanismo para realizar la afiliación y el pago de los aportes del trabajador independiente al Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación de los trabajadores independientes que de carácter VOLUNTARIO han decidido afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales se debe realizar, en las mismas condiciones y términos establecidos en el Decreto 1295 de 1994 para los trabajadores dependientes ¹³⁸.

Una vez el contratante o beneficiario que celebre contratos de carácter civil, comercial o administrativo, con un trabajador independiente que ha expresado su voluntad de afiliarse al sistema, deberá afiliarlo a su Administradora de Riesgos Profesionales, dentro de los dos (2) días siguientes a la celebración del respectivo contrato. En el evento que el trabajador independiente celebre dos o más contratos simultáneos y desee afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales, deberá hacerlo por la totalidad de los contratos. En consecuencia, deberá afiliarse a cada una de las ARP a las que se encuentren afiliados los diferentes contratantes o beneficiarios con los que hubiere celebrado los contratos, dejando constancia de dicha afiliación en los respectivos contratos.

¹³⁸Artículo 3 del decreto 2800 de 2003 “Mediante el diligenciamiento del formulario que contenga los datos especiales que para tal fin determine la Superintendencia Bancaria, en el cual se deberá precisar las actividades que ejecutará el contratista, el lugar en el cual se desarrollarán, la clase de riesgo que corresponde a las labores ejecutadas y la clase de riesgo correspondiente a la empresa o centro de trabajo, así como el **horario en el cual deberán ejecutarse**. La información anterior es necesaria para la determinación del riesgo y definición del origen de las contingencias que se lleguen a presentar”.

Consideramos que el Artículo 3 del decreto 2800 de 2003 en el aparte subrayado y en negrita debe ser modificado, en la medida que uno de los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios es la independencia del Trabajador Independiente, por tanto el requisito de determinar el horario en el cual ejecuta las actividades del contrato, en nuestro concepto desnaturaliza la esencia del contrato mencionado.

El monto de la cotización del Trabajador Independiente es asumido en su totalidad por el y se pagará en los términos y plazos señalados para la autoliquidación que realiza el contratante. Cabe anotar que será obligación del contratante el descontar del valor de los honorarios la cotización correspondiente, y trasladar las mencionadas cotizaciones oportunamente al Sistema General de Riesgos Profesionales. En el evento que el contratante no traslade oportunamente las cotizaciones descontadas al trabajador independiente, se hará acreedor a la sanción moratoria de que trata el artículo 92 del Decreto-ley 1295 de 1994.

Opinamos que la expedición del decreto 2800 de 2003 es un gran avance en la materialización de la filosofía de la Ley 100 de 1993, que busca ampliar la cobertura de la seguridad social para todos los habitantes de Colombia, en el cual regula la vinculación de los Trabajadores Independientes al Sistema de Riesgos Profesionales, Adicionalmente consideramos que en harás de propender por esa cobertura total el legislador impuso una obligación excesiva para los contratantes puesto que ellos, una vez el Trabajador Independiente manifieste su deseo de afiliarse al Sistema, serán los responsables de descontar el monto de cotización correspondiente al contrato y trasladarlos oportunamente, actividad que en razón a la esencia del contrato celebrado entre las partes, constituye una obligación adicional.

5.10.3 Análisis de las consecuencias jurídicas del párrafo 3 del artículo 9 del Decreto 2800 de 2003

El Parágrafo 3 del artículo 9 del Decreto 2800 de 2003 establece:

“El contratante que no realice el pago de dos o más cotizaciones periódicas continuas del trabajador independiente, habiendo efectuado el descuento correspondiente o habiéndose comprometido a asumir este costo dentro del respectivo contrato, será responsable del pago de las cotizaciones adeudadas, así como de las prestaciones económicas y asistenciales que se deriven de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sin perjuicio de las sanciones legales establecidas en el Decreto-ley 1295 de 1994”(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En el entendido del incumplimiento por parte del contratante, quien asumiendo la obligación de descuento y traslado del aporte al Sistema de Riesgos Profesionales, éste será responsable del pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de trabajo, como sanción al incumplimiento de una de las obligaciones adquiridas por el mismo en desarrollo del contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, y siguiendo la línea de ampliación del alcance del Artículo 34 del C.S.T. y de las formas de responsabilidad previstas en el Capítulo I que hemos

desarrollado en el aparte de la reparación plena de perjuicios (Responsabilidad por el Hecho Propio y Responsabilidad por el Hecho Ajeno) consideramos que el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de trabajo por parte del Contratante no es mas que la aplicación de la responsabilidad civil por el hecho propio, adicionalmente creemos que por ser esta la figura que da origen al pago mencionado, el contratante tendrá derecho a excepcionar alguna de las causales de interrupción del nexo causal (estudiadas en aparte 1.4) si ha ello hubiera lugar.

Ahora nos ocuparemos de analizar si el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de trabajo consagrado en el Parágrafo 3 del Artículo 9 del decreto 2800 de 2003 es predicable respecto del Beneficiario de la obra frente al accidente de trabajo de un trabajador Independiente del Contratista.

Así las cosas, consideramos que el beneficiario de la obra podría estar abocado a realizar el pago descrito anteriormente en la medida que este haya incumplido culposamente su obligación de vigilar a su contratista, respecto de los traslados del monto de la cotización de un trabajador independiente, por tanto en este caso también estaríamos en presencia de la extensión de la responsabilidad contemplada en el Artículo 34 C.S.T en razón a que existe un daño en virtud de la responsabilidad por el hecho ajeno.

6. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA HACER EXIGIBLES LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y SU IMPACTO FRENTE A LA FRAGILIDAD DEL SISTEMA, ASÍ COMO EL ABUSO DE LA MISMA PARA OBTENER BENEFICIOS A LOS CUALES NO SE TIENE DERECHO POR NO HABERSE AFILIADO O POR ESTAR EN MORA.

El constituyente de 1991 consagró en el artículo 86 de la Carta Política, el instrumento sustancial y procesal de la acción de tutela, como aquel procedimiento ágil, informal y expedito que permite reclamar del Estado y, en algunos casos, de los particulares la protección efectiva y real de los derechos fundamentales radicados en cabeza de toda persona.

Bajo ese marco constitucional, se profirió el decreto 2195 de 1991 y el decreto 306 de 1992, estatutos a través de los cuales se reguló de manera íntegra, la procedencia y características específicas para su trámite.

La acción de tutela puede ser invocada como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, siempre que el actor, se encuentre enfrentado a un perjuicio de carácter irremediable, entendido este último como aquel que ostenta, de conformidad con los parámetros trazados por la jurisprudencia de la Corte

Constitucional, las características de gravedad, urgencia, inmediatez y necesidad de medidas inmanentes (impostergabilidad)¹³⁹.

Por grave, se entiende aquello que se refiere a la intensidad del daño o menoscabo material o moral que puede llegar a sufrir la persona.

Lo urgente, se relaciona con la inmanencia del perjuicio que puede sufrir o padecer la persona, es decir, este criterio está estrechamente relacionado con la gravedad del daño.

La inmediatez, corresponde a la proyección en el tiempo del perjuicio, quiere decir lo anterior que, de no adoptarse las medidas correctivas necesarias se correría el riesgo de que el perjuicio se concrete materialmente y, por lo tanto, el derecho fundamental se vea amenazado en su núcleo esencial.

La impostergabilidad atiende a la necesidad de decretar medidas que sean lo suficientemente idóneas y eficaces para la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado, lo anterior, dado que, los mecanismos ordinarios de protección de la persona, en algunos casos, como consecuencia de su prolongación en el tiempo (duración), pueden implicar el menoscabo del derecho

¹³⁹ Ver entre otras las sentencias T-253 de 1994 Magistrado: Ponente Vladimiro Naranjo Mesa Rad. T-27876, T-225 de 1993 Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Rad. T7984.

y, por tanto, que se requiera de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar que la persona sufra dicha disminución o alteración.

Particularmente, en relación con el Sistema General de Seguridad Social, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mantenido su balance jurisprudencial (sistema de precedente), al propender por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y vinculados al sistema, en el sentido de garantizar, principalmente, a través de la acción de tutela la protección al derecho prestacional (social individual fundamental) de la seguridad social.

En efecto, el criterio que se ha seguido por parte del máximo tribunal constitucional, se relaciona directamente con la garantía y efectiva realización de los derechos de las personas que integran el sistema de seguridad social; lo que se pretende es que, los derechos subjetivos fundamentales que hacen parte implícita de la seguridad social, se vean efectivamente realizados (vida, salud, igualdad, etc.).

Desde otro punto de vista, específicamente en relación con la mora del empleador en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social, la Corte Constitucional ha optado por dos criterios de aplicación de las medidas materiales para la garantía de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, a elección del juez de tutela, cuyo contenido y alcance es el siguiente:

“Estas divergencias se explican, en muchos casos, por la diversidad de las situaciones concretas, propias de las decisiones de tutelas. Además, como se ha señalado, si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad. Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.

Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (art. 63 del Código Civil).

Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental.

28- A pesar de lo anterior, la Corte considera necesario fijar algunos criterios generales para resolver estos conflictos derivados de mora patronal, de conformidad con los razonamientos adelantados sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada.

Ahora bien, la jurisprudencia es unánime en relación con la imposibilidad de que la responsabilidad por el no pago de los aportes patronales recaiga sobre el trabajador, pues esto “implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón jurídica atendible, las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal”. Por consiguiente, si el empleador

no efectúa oportunamente las transferencias de los aportes obrero-patronales en materia de salud, que efectivamente fueron deducidos de los salarios, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud., más aún cuando "la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador", por ende el principio de la buena fe (C.P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado".

Igualmente, la jurisprudencia es clara en que la obligación del empleador no puede ser reemplazada por aquella de la Entidad Promotora de Salud, ni que su deber se exonera con la intervención de la entidad administradora, como quiera que la cotización es una forma indispensable y obligatoria para acceder a los servicios, pues estas son entidades de seguridad social y no de beneficencia. (Sentencia T-522 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.)

Finalmente, la jurisprudencia coincide en relación con la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en donde la desatención del derecho a la salud puede comprometer derechos fundamentales como la vida, caso en el cual el juez podrá ordenar ya sea a la EPS, o ya sea al patrono, según las circunstancias específicas, que presten el servicio indispensable y que luego resuelvan las controversias derivadas de la relación jurídica que los une." (negritas del texto original – subrayado adicional).

Bajo la anterior perspectiva, es evidente que la Corte Constitucional ha dado privilegio al criterio de derecho prestacional de la seguridad social y, por ende, ha permitido, vía acción de tutela, condenar a las EPS y ARS a asumir los tratamientos necesarios, para atender la salud y recuperación del trabajador afiliado o vinculado o, a la familia de éste; así mismo, dependiendo del juez de tutela, se podrá optar por ordenar condenar al empleador a asumir los gastos médicos o quirúrgicos necesarios para la recuperación del trabajador o dependiente que se vea afectado por una enfermedad o accidente bien sea de origen común o de trabajo.

Así las cosas, consideramos que la figura de la acción de Tutela propende por la guarda de los derechos fundamentales, pero debemos hacer una crítica a la protección excesiva que ha venido promulgando la Corte Constitucional¹⁴⁰ respecto de la viabilidad de este mecanismo frente a la posibilidad de hacer exigibles las prestaciones derivadas del accidente de trabajo. Ya que la tendencia de la Corte es la de establecer que:

*La acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional. Sin embargo, la existencia de ese otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, obligado a evaluar las circunstancias del caso puesto a su conocimiento, a efectos de determinar si el otro medio judicial resulta eficaz y proporcionado, frente a la protección que se le demanda. Es decir, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela...*¹⁴¹ (subrayado adicional).

Nuestro concepto radica en que como ya lo mencionamos en el capítulo IV Numeral 4.4, el mecanismo de carácter judicial idóneo para solicitar las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo es el proceso ordinario laboral,¹⁴² por tanto consideramos que **solo** será viable la procedencia de la

¹⁴⁰ Como se puede observar en la Sentencia T-384/98, Referencia Expediente T-161.850, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴¹ Sentencia T-384/98, Referencia Expediente T-161.850, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

¹⁴² De acuerdo a la Ley 712 de 2001 en su artículo 1 establece. ...”Los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código”. Y en su Artículo 2. *Competencia General*. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral. 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.

acción de tutela cuando este en riesgo real e inminente la vida y la salud del trabajador (ya sea que este vinculado por un contrato de trabajo, o sea Independiente), en la medida que por conexidad con los derechos fundamentales de salud y la vida sería tutelable el no pago de las mencionadas prestaciones. Ya que si se acogiéramos la posición de la Corte, la procedencia de la acción de tutela sería del 100% en todos los casos, puesto que cualquier otro medio de defensa judicial existente, en los términos descritos en la Sentencia T-384 de 1998, no ofrecerá la misma protección que el juez constitucional podría otorgar.

4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

CONCLUSIONES

Del estudio se puede afirmar que la responsabilidad solidaria del artículo 34 de C.S.T. es una carga impuesta a la empresa que contrata con terceros la ejecución de sus propias actividades, con el fin de evitar que por medio de la tercerización de las actividades se evadan obligaciones laborales, de las cuales el beneficiario sería deudor si contratara directamente a sus colaboradores.

Si bien tiene sentido que esa carga sea impuesta, esta no debe ser demasiado gravosa para el empresario, teniendo en cuenta que su relación es indirecta con los trabajadores del contratistas y su actuación no es causa eficiente de los perjuicios causados a estos terceros.

Siguiendo estos supuestos, y tras el estudio realizado en el presente trabajo, podemos mostrar las siguientes conclusiones:

1. Los casos de responsabilidad por el hecho ajeno descritos en el Código Civil tienen el carácter enunciativo y a pesar de poseer una redacción en la mayoría de los casos anacrónica es una institución civil que conserva plena vigencia, en la medida que delimita los supuestos de las situaciones que por vía de interpretación, encuadrar en este tipo de responsabilidad.
2. La figura pretende amparar al trabajador del abuso por parte del empleador o del contratante respecto al incumplimiento de las obligaciones del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

3. A nuestro modo de ver sí es posible limitar la responsabilidad solidaria del empresario frente a las obligaciones laborales incumplidas del contratista, pues como se ha visto, ya la normatividad colombiana establece la obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de la realización de todos los aportes a que tiene derecho el trabajador. Opinamos que el cumplimiento de estas obligaciones de vigilancia es suficiente para exonerar de responsabilidad al beneficiario, pues la figura del artículo 34 de C.S.T. aplicada directamente, podría convertirse en una carga demasiado gravosa para el empresario puesto que, en primer lugar disponer parte de su objeto social para controlar y vigilar el cumplimiento de los contratistas de sus propias obligaciones implica necesariamente unos costos extra para la empresa; en segundo lugar, en caso de presentarse demanda por parte del trabajador del contratista, se hace indispensable contar con el personal idóneo para la defensa judicial de la empresa, y adicionalmente si ésta resulta condenada, que por regla general sucede dada la insolvencia de los pequeños contratistas, debe pagar las acreencias laborales y luego repetir el pago hecho al contratista.

4. Así mismo, adaptando una norma de la legislación argentina, podría establecerse la obligación de contratar con un contratista independiente que se encuentre inscrito en un registro especial, como por ejemplo en el

caso de la construcción en un registro de constructores, puesto que la finalidad del artículo 34 del C.S.T. es la de proteger al trabajador “*dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria*” y por lo tanto, exigiendo que el beneficiario contrate con una persona natural o jurídica inscrita en un registro de constructores, se garantizarían ciertos parámetros de confiabilidad, solvencia y responsabilidad con base en los antecedentes y sanciones que se puedan estudiar en el registro mencionado.

5. Respecto del ámbito procesal, nos parece importante señalar que, toda vez que la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, se desprende de una obligación cierta e incumplida por el contratista, compartimos la tesis que estipula la obligación de demandar conjuntamente al beneficiario y al contratista, conformando de esta manera un litis consorcio necesario. En caso contrario, es decir, cuando existe una condena previa al contratista y se demanda con posterioridad a la misma al beneficiario con base en ella, compartimos la posición expresada en la sentencia de Casación Laboral de fecha 10 de agosto de 1994, en la que se afirma que es indispensable que el contratista sea quien responda inicialmente de las deudas laborales contraídas, para que

ella pueda en consecuencia, quedar posteriormente a cargo del beneficiario.

6. Si bien la norma no contempla la situación en que no exista una relación laboral entre el contratista y sus colaboradores sino una relación de carácter civil, la tendencia normativa en el campo laboral es reconocer un status a las personas que ejercen ciertas actividades bajo la figura de la prestación de servicios. Se pudo observar que el derecho laboral tiende a la inclusión de estas formas de trabajo dentro de su legislación, pues como ya se ha mencionado, la propensión empresarial a contratar la actividad humana a través de formas diferentes a la vinculación laboral es realmente visible y por tanto tiende a regularse de una manera especial.

7. En este sentido, vemos que el artículo 34 del C.S.T. al no incluir dentro de sus supuestos al trabajador independiente se encuentra rezagado frente a la marcha que ya han emprendido otras regulaciones más específicas. No obstante lo anterior, es necesario precisar que nuestra opinión no se encuentra encaminada a proponer que los trabajadores independientes deban cobijarse bajo las mismas prerrogativas dadas a los trabajadores en sentido estricto, sino que simplemente se trata de proponer que la situación de estos últimos sea contemplada en la disposición estudiada y en la medida de lo posible se pongan de

presente, si a ello hay lugar, las condiciones especiales bajo las cuales podría operar algún tipo de solidaridad y en tal caso qué podría pedir el afectado y como debería hacerlo.

8. En el contexto del Parágrafo 3 del artículo 9 del Decreto 2800 de 2003, entendemos que dado el incumplimiento por parte del contratante, quien asumiendo la obligación de descuento y traslado del aporte al Sistema de Riesgos Profesionales del trabajador independiente, éste será responsable del pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de trabajo, como sanción al incumplimiento de una de las obligaciones adquiridas por el mismo en desarrollo del contrato de prestación de servicios. Sin embargo, siguiendo la línea de ampliación del alcance del Artículo 34 del C.S.T. y de las formas de responsabilidad previstas en el Capítulo I que hemos desarrollado en el aparte de la reparación plena de perjuicios (Responsabilidad por el Hecho Propio y Responsabilidad por el Hecho Ajeno) consideramos que el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de trabajo por parte del Contratante no es más que la aplicación de la responsabilidad civil por el hecho propio, adicionalmente creemos que por ser esta la figura que da origen al pago mencionado, el contratante tendrá derecho excepcional alguna de las causales de exoneración si ha ello hubiera lugar.

9. En relación a la pregunta de si el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de trabajo consagrado en el Parágrafo 3 del Artículo 9 del decreto 2800 de 2003 es predicable respecto del beneficiario de la obra frente al accidente de trabajo de un trabajador independiente del contratista, consideramos que el beneficiario de la obra podría estar avocado a realizar el pago descrito anteriormente en la medida que este haya incumplido culposamente su obligación de vigilar a su contratista, respecto de los traslados del monto de la cotización de un trabajador independiente, por tanto en este caso también estaríamos en presencia de la extensión de la responsabilidad contemplada en el Artículo 34 C.S.T en razón a que existe un daño en virtud de la responsabilidad por el hecho ajeno.

10. Respecto de la responsabilidad solidaria del beneficiario respecto del pago de la indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del C.S.T., esta extensión de responsabilidad a nuestro juicio es excesiva, toda vez que, la derivación de la indemnización plena de perjuicios obedece a una responsabilidad por parte del contratista de carácter netamente subjetivo, lo que indica una falta de diligencia y cuidado por parte del empleador, y mal podría extenderse esta responsabilidad a sujetos cumplidos que no están obligados a responder

por el hecho de un tercero en la medida que entre ellos no media relación de subordinación o dependencia, elemento que opera como causa eficiente para esgrimir la existencia de este tipo de responsabilidad.

BIBLIOGRAFIA.

ACEVEDO GÓMEZ, Lino. Derecho Individual del Trabajo. Bogotá: Temis 1982.

ARENAS MONSALVE, Gerardo y otros. Código Sustantivo de Trabajo: Análisis Histórico y Crítico. Bogotá. Temis. 2000.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los Riesgos de trabajo y la salud ocupacional en Colombia. Legis, Segunda edición 1986.

ARENAS MONSALVE, Gerardo, Visión General del Nuevo Sistema de Riesgos Profesionales. Bogotá.: 2001.

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío y otro. El Daño Justificado, Seminarios 2, Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-452 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-453 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-1027 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-1235 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-225 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-253 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-384 de 1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de Marzo de 1938.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de Marzo de 1940.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de Septiembre de 1940.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 Septiembre de 1950.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de Marzo de 1962.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de Abril de 1976.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de Mayo de 1983.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de Julio de 1985.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de Febrero de 1995.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de Octubre de 1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 26 Julio de 1947.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 23 Septiembre de 1960

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 8 Mayo de 1961.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 Mayo de 1968.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral - Sección Primera, sentencia de 29 de Abril de 1986

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral - Sección Primera, sentencia de 10 de Agosto de 1994

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia del 10 de noviembre de 1995.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral - Sección Primera, sentencia de 7 de Marzo de 1996

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 14.038 de septiembre 26 de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 12 de Junio de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 22 de Febrero de 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia de 14 de diciembre de 1970

CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones, Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana Colección de Profesores 3. Tercera Edición, 1998.

GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Bogotá.: Temis, 1996.

GRACIA, Alma Clara. La responsabilidad solidaria entre el empresario contratante y el contratista respecto de los trabajadores del contratista EN: Revista Actualidad Laboral No. 80, Bogota. 1997.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo II Derecho Individual del Trabajo. Leyer. Bogotá.: 1996.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones Tomo I, Bogotá.: Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.

MARCOS, Fernando Javier. Actualidad sobre la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores de la construcción. En: www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp

MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín, Editorial Diké. 1993.

MAZEAUD Henri y otro. Compendio del Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. México D.F.: Editorial Colmex. 1961.

MAZA, Alberto José y otros. Daños por accidentes y enfermedades del trabajo. Argentina.: Rubinzal-Culzoni Editores. S.F. 2003.

MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA SOLIDARIA, Circular Conjunta No. 067 del 27 de agosto de 2004.

MURCIA BORJA, Dolly y otro. La Responsabilidad Civil En El Ámbito De La Construcción. Bogotá.: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos. Parte Especial 2, Buenos Aires.: Rubinzal-Culzoni, Editores. S.F. 2003.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las obligaciones. Tercera Edición, Bogotá.: Temis, 1980.

PASCUAL ESTEVILL, Luís. Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil. Tomo I. Parte general. Bosch. Barcelona.: Casa Editorial. S.A., 1989.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo I Bogotá.: Javegraf Pontificia Universidad Javeriana. Primera Edición. 1996.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo II, Bogotá.: Javegraf Pontificia Universidad Javeriana. 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De La Responsabilidad Civil. Tomo I Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Bogotá.: Editorial Temis. 1989.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De La Responsabilidad Civil. Tomo II De los Perjuicios y su Indemnización. Bogotá.: Editorial Temis. 1990.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones. Quinta edición. Editorial Temis, Bogota 1978.

WWW.SECRETARIASENADO.GOV.CO/LEYES/C_CIVIL.HTM

WWW.RRHHMAGAZINE.COM/ARTÍCULO/LEYES