Bogotá, D.C. **16 MAY. 2016** 1200000 - **92687**

AL responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 78524.-2016
Responsabilidad del diagnóstico del Riesgos Psicosocial para Trabajadores en Misión.

Respetado(a) Señor(a),

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted, se refiere a una consulta sobre "Responsabilidad del diagnóstico del Riesgo Psicosocial para trabajadores en misión", para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

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

Con respecto a sus inquietudes, cabe manifestar que tanto el Artículo 75 de la Ley 50 de 1990, como el Artículo 5 del Decreto 4369 de 2006, normas que regulan la creación y funcionamiento de las Empresas de Servicios Temporales, preceptúan que al trabajador en misión se le aplica lo normado por el Código Sustantivo del Trabajo, así como también las demás normas del régimen laboral, de donde se concluye que será la Empresa de Servicios Temporales como Empleadora la encargada del diagnóstico del riesgos psicosocial para los mismos. La norma que a la letra dice:

> ***"Artículo 75.*** *A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley."*

Ahora bien, cuando el trabajador vinculado con la Empresa de Servicios Temporales, se encuentra en misión, tanto como a cualquier otro trabajador se debe para custodiar la salud, por ello, el inciso primero del Artículo 78 de la Ley 50 de 1990, preceptúa que la Empresa de Servicios Temporales es responsable de la salud ocupacional de sus trabajadores en misión, de la misma forma que con sus trabajadores permanentes, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

"Artículo 78. ***La empresa de servicios temporales 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 respon****sabilidad laboral frente al trabajador en misión."*

Por ello, si la responsabilidad de la salud del trabajador según lo normado en la disposición transcrita ut supra, es del Empleador, es decir, para los trabajadores en misión la Empresa Temporal de Empleo, será de responsabilidad de la Empleadora el erigir el panorama de factores de riesgo entre los que se encuentra el riesgo psicosocial, el mismo que hará parte del otrora Programa de Salud Ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en adelante "SG-SST.", el cual debe implementarse dentro de las actividades del Subprograma de Medicina Preventiva y del Trabajo, el mismo que se encuentra contemplado en el Artículo 10 de la Resolución No. 1016 de 1989 que rige lo relativo al desarrollo del SG-SST., de cualquier Empleador, pues es él quien crea el riesgo para el trabajador al colocarlo a trabajar y ejecutar las labores a su servicio en una Empresa usuaria.

Por ello, el panorama de factores de riesgos de una Empresa Temporal de Empleo, respecto de los trabajadores en misión debe estar acorde con las actividades que va a desempeñar temporalmente en las Empresas usuarias, lo que no significa que la Empresa usuaria no deba tener un panorama de factores de riesgo en su correspondiente SG – SST., en el que igualmente deberá contemplar panorama de factores de riesgo psicosocial, pero la responsabilidad del riesgo es de la Empleadora y no puede predicarse que será de la usuaria del servicio, pues quien coloca en riesgo al trabajador es la Empleadora y para el trabajador en misión, es claro que su Empleadora no es la empresa usuaria sino la Empresa Temporal de Empleo; salvo en aquellos casos en los que la temporal de empleo tan solo sea una fachada para ocultar la verdadera relación laboral, caso en el cual responderá por las contingencias acaecidas al trabajador la Empresa usuaria del servicio, la que a la postre resultare verdadera Empleadora.

Así lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia, cuando establece que si bien es cierto quien coloca en riesgo al trabajador es el Empleador, no significa que la usuaria deje de ser responsable igual por el riesgo real presentado en su sede; al igual que existiría responsabilidad como Empleadora por parte de la usuaria del servicio, cuando la Empresa de Servicios Temporales sea una fachada para ocultar la verdadera relación laboral habida entre el trabajador en misión y la empresa usuaria, de ahí surge la postura de la responsabilidad en la ocurrencia de la contingencia por parte de la Empresa usuaria del servicio, quien a la postre resulte ser la verdadera Empleadora del trabajador en misión.

En Sentencia del año 2014, Magistrada Ponente, Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL6107-2014, Radicación No. 39669, manifiesta en uno de sus apartes:

> *" … A pesar de lo dicho en precedencia, la Corte encuentra propicia la oportunidad para reiterar que cuando las empresas de servicios temporales utilicen su fachada* ***para mimetizar vinculaciones laborales y defraudar a los trabajadores respecto de quiénes son sus reales o verdaderos empleadores, en realidad no ostentan aquella calidad, pues se convierten en simples intermediarias mientras que las empresas usuarias se convierten en la verdadera y directa empleadora con las condignas consecuencias económicas****. Baste para ello recordar la sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, ratificada, entre otras, en la de 21 de febrero de 2006, rad. 257171, precisando ello sí, que tales consideraciones no se activan de manera automática bajo la simple argumentación de una secuencia contractual, que en verdad es lo pretendido por la censura." (resaltado fuera de texto).*

Otra cosa es que en atención a lo preceptuado por el Artículo 79 Ibídem, los trabajadores en misión tengan derecho a gozar de los beneficios en materia de transporte, alimentación y recreación en igualdad de condiciones a los trabajadores pertenecientes a la Empresa usuaria, pero ello no significa que el Empleador que para ellos es la Empresa Temporal de Empleo, pueda eximirse de la responsabilidad que le atañe como Empleador frente a sus trabajadores. La norma que a la letra dice:

> *"Artículo 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente,* ***tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo,*** *en materia de transporte, alimentación* ***y recreación."*** *(resaltado fuera de texto)*

Por ello, la responsabilidad en la aplicación de la Resolución No. 2646 de 2008, "Por medio de "*Por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional",* le pertenece a los Empleadores, que para el caso de los trabajadores en misión es la Empresa Temporal de Empleo salvo en aquellos casos, como se verificó con antelación, se pruebe ante la Justicia Ordinaria la figura de fachada de la Temporal de Empleo frente al verdadero Empleador que es la empresa usuaria del servicio, caso en el cual la responsabilidad de las contingencias serán de cargo de la última de las mencionadas, quien a la postre resulte ser el verdadero empleador.

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

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ
Coordinadora
Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas
en materia laboral de la Oficina Asesora Jurídica

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

Ruta Electrónica:/C:\Users\acalvachi\Documents\2016 CONSULTAS\10-05-2016 Ajustes correo\Maria Jaramillo.- 78524.- 2016.- Riesgo Psicosocial.docx