

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron los alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 30 de abril de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Dto. 806 de 2020 y art. 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Radicación No.: 66001310500320170054200
Proceso: Ordinario laboral
Demandante: Fernando Vergara Carmona
Demandado: Serproc S.A. y otro
Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira
Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISION LABORAL PRESIDIDA POR LA

MAGISTRADA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Pereira, Risaralda, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 117 del 22 de julio de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón -integrada por las Magistradas ANA LUCÍA

CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO-, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **FERNANDO VERGARA CARMONA** en contra de **ALTERNATIVAS Y SERVICIOS CON PROYECTOS DE GENERACIÓN COMERCIAL Y SOCIAL S.A.S. -SERPROC S.A.S.-** y **CONSTRUCTORA RUMIE S.A.S.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial la parte demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 28 de enero de 2020. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

Asegura el señor Fernando Vergara Carmona, que el 8 de abril de 2014 celebró contrato individual de trabajo con la sociedad SERPROC S.A.S.; que no se estableció fecha de terminación, de modo que se entiende celebrado a término indefinido (hecho 2.1, 2.2. de la demanda). Seguidamente indica que fue contratado para desempeñarse en el cargo de oficios varios en la obra de construcción del centro comercial PRICESMART, ubicado en la avenida sur contiguo al Batallón San Mateo de Pereira (2.3. y 2.4.), proyecto propiedad de la sociedad RUMIE S.A.S., lo que a su juicio genera la solidaridad del artículo 34 del C.S.T. (2.6); que devengaba como salario la suma mensual de \$805.000 (2.7).

En relación con el accidente de trabajo, señala que en la obra se abrió una zanja que todo el tiempo permaneció destapada y sin ninguna señalización o aviso

de peligro y cuidado (2.8), y el 22 de agosto de 2014, estando en la construcción, sufrió un accidente al caer en dicha zanja cuando trasladaba unos tubos, quedando gravemente lesionado en su rodilla derecha (2.9).

En cuanto al daño físico que le produjo el accidente, refiere que el 7 de octubre de 2014 fue sometido a una *“remodelación meniscal”* (2.12), que asistió a más de 70 terapias sin mejoría alguna (2.14) y que luego de 15 meses de incapacidad (2.13), la ARL concluyó su proceso de rehabilitación con recomendaciones el 30 de mayo de 2015 (2.16), bajo el diagnóstico definitivo de *“marcha antálgica, atrofia de bazo (sic) medial derecha, edema de la rodilla y osteo artrosis primaria generalizada, determinando que ya no había más que hacer con la rodilla”* (2.14); que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó en su caso una pérdida de la capacidad laboral del 19% (hechos 2.22, 2.23 y 2.24) y que el despido le causó traumatismos de índole psicológico, pues de un momento a otro se vio despojado de su trabajo, el cual era su único sustento, aunado a su condición de salud, que le ha impedido volver a conseguir trabajo, subsistiendo de la ayuda de su madre, quien es una persona de la tercera edad, que vive de una pensión de un salario mínimo (2.50, 2.51, 2.52).

En relación al proceso de reinserción laboral y posterior despido, refiere que la empresa le informó el 1º de junio de 2015 que no tenía donde reubicarlo, por lo tanto, le recomendaron seguir con su proceso de recuperación (2.17), que nunca fue reubicado (2.19) y finalmente le notificaron la terminación del contrato, sin justa causa, el 25 de noviembre de 2015 (2.20) y no le cancelaron lo correspondiente a la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones e indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa (2.21).

Con sustento en lo anterior, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con SERPROC S.A.S., el cual fue finalizado de manera unilateral

e injusta el 25 de noviembre de 2015 (pretensiones 3.1. y 3.2) y que se condene solidariamente a RUMIE S.A.S., en calidad de propietaria de la obra, y en consecuencia se ordene a las codemandadas el pago de salarios, prima de servicio, cesantías, aportes a la seguridad social e indemnización por el despido que sufrió al encontrarse en estado de debilidad y protección laboral reforzada (art. 26 Ley 361 de 1997) y la indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones (Art. 65 C.S.T.), lo mismo que al pago de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de perjuicios morales (que equivale a la suma de \$36.885.850) y a la suma de \$7.753.590 por concepto de lucro cesante consolidado por la pérdida de su capacidad laboral en un 19% y de \$69.185.880 por concepto de lucro cesante futuro, por la misma razón.

La codemandada **ALTERNATIVAS Y SERVICIOS CON PROYECTOS DE GENERACIÓN COMERCIAL Y SOCIAL S.A.S. -SERPROC S.A.S.-** a través de curador ad-litem, manifestó que de la carta de recomendaciones expedida por la ARL SURA y los dictámenes de PCL, se puede extraer que el demandante le prestó servicios a su defendida, pero no es posible establecer bajo qué tipo de vinculación, ni qué tipo de contrato, en razón de lo cual lo demás hechos de la demanda deberán ser acreditados por el promotor del litigio. En ese orden, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de “cobro de lo no debido” y “prescripción”.

Por su parte la codemandada, sociedad **CONSTRUCTORA RUMIE S.A.S.**, asegura que la parte actora laboró para SERPROC S.A.S., tal y como lo evidencia la documentación anexa y por tanto no le constan aspectos como el tipo de contrato, los extremos del mismo y la remuneración percibida por el actor y aclara que RUMIE S.A.S. ejecutó el proyecto “Almacén Price Smart Pereira”, cuyo objeto fue la

construcción del Club de Ventas por Membresía, que inició el 10 de febrero de 2014 y finalizó el 10 de octubre de 2014.

En cuanto al siniestro, indica que, según el reporte de accidente remitido a la ARL, el mismo demandante señala en la descripción del accidente que “...se encontraba transportando tuberías, se cayó en un hueco y sintió un tirón en la rodilla de la pierna derecha ya que se le hinchó” y además, si el accidente ocurrió en el “parqueadero o áreas de circulación vehicular”, es evidente que allí no era posible la presencia de una zanja, como se afirma en la demanda, pues afectaría la movilidad en dicha obra y en todo caso le corresponde al demandante demostrar los elementos estructurales de la culpa patronal, esto es, entre otros, la existencia del hecho generador del daño, el daño y la relación de causalidad. Y en cuanto al supuesto daño, refiere que, según anotación de su historia clínica, del 1º de junio de 2015, “el tratamiento de su patología meniscal por su accidente laboral, ya está solucionado”, con lo que se demostraría que el demandante se encuentra totalmente recuperado, además, en cuanto al diagnóstico final de osteoartritis primaria generalizada, esta es una enfermedad degenerativa de las articulaciones que no guarda relación o nexo causal con el accidente padecido.

De otra parte, indica que de acuerdo con la documental aportada por el mismo demandante, la terminación de su contrato obedeció a que se encontraba recuperado de la lesión de menisco, no estaba incapacitado y la obra para la cual había sido contratado finalizó desde el mes de octubre de 2014, lo cual era de su pleno conocimiento.

Finalmente, indica de buena fe y para no hacer más gravosa la situación y terminar el proceso, la empresa decidió consignar las prestaciones sociales del actor el 25 de abril de 2018, a través del Banco Agrario, en la sección depósitos judiciales, por valor de \$3.271.849, a parte de lo cual se debe tener en cuenta que la ARL SURA

le canceló al demandante una indemnización por valor de \$6.135.975 por su pérdida de capacidad laboral.

Por lo anterior, se opone a la prosperidad de las pretensiones en su contra y propone como excepciones de mérito las denominadas “prescripción”, “pago total”, “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación”, “buena fe de RUMIE S.A.S.”, “mala fe del demandante”, “indebida representación del demandante” y “compensación”.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a-quo* declaró que entre el demandante y la sociedad SERPROC S.A.S existió contrato de trabajo verbal por la duración de la obra, que se ejecutó del 8 de abril de 2014 al 25 de noviembre de 2015 y que a través de una “tercera persona” la empleadora canceló al demandante la suma de \$3.271.849 el 25 de abril de 2018, por concepto de prestaciones sociales adeudadas. Seguidamente declaró que no existió “ninguna clase de responsabilidad solidaria respecto de la entidad CONSTRUCTORA RUMIE S.A.S. frente a las obligaciones laborales de SERPROC S.A.S.” y condenó a esta última al pago de la suma de \$16.817.535 por concepto de indemnización moratoria, la absolvió de las demás pretensiones y le impuso el pago de las costas en un 40%.

Para arribar a dicho fallo, señaló que el contrato de trabajo se dio directamente con SERPROC S.A.S., que fue verbal y que su vencimiento estaba sometido a la finalización de la obra de construcción para la que fue contratado el demandante, pero que se vio extendido precisamente por su situación de salud, la cual, una vez recuperada, le permitió a la empleadora adoptar la decisión de “romper inmediatamente el contrato”, pues no había otras obras en ejecución y la obra para la cual había sido contratado el demandante ya no existía. Sin embargo, como había quedado pendiente el pago de la liquidación por concepto de primas, cesantías y vacaciones

y dicho pago se hizo *“a través de interpuesta persona”*, quien además canceló lo correspondiente a la indemnización por despido injusto, es claro que hay lugar a la indemnización moratoria, pues dicho pago se hizo 870 días después de la finalización del vínculo laboral (esto es, entre el 26/nov/2015 y el 25/abr/2018).

Seguidamente abordó el análisis del referido accidente de trabajo, para lo cual empezó por resaltar que: **1)** aunque el demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral del 19%, la misma fue estructurada el 1º de julio de 2015, es decir, en fecha posterior al accidente; **2)** su *“testigo de cabecera”*, German, contradice las afirmaciones del propio demandante, pues refiere que este no estaba encargado de la portería y que el día del supuesto accidente *“jamás ingresó un camión cargado con tubos o tacos para ser descargados”*; **3)** el demandante refirió que el suelo del terreno donde encontraba laborando era en tierra, sin embargo el material fotográfico enseña que el terreno del segundo nivel, donde debía estar laborando el trabajador, ya tenía *“mortero”* y era totalmente plano *“debidamente compactado”*, **3)** ni German ni ningún otro testigo reconocieron la existencia de un zanja o hueco en el recorrido que debía hacer el demandante con los supuestos tubos que descargó del camión y por estas *“divergencias, estas inconsistencias o estas situaciones puntuales que contrarían lo advertido por el demandante”* es que no hay claridad frente a la forma como pudo haberse producido el accidente. Además, absolutamente nadie vio el supuesto accidente que afectó la salud del demandante, tan solo escucharon el grito del trabajador cuando se cayó y se quejó del dolor en la rodilla y aunque lo vieron yacer, no se percataron de las circunstancias que lo llevaron al suelo. De modo que no es posible establecer si la caída fue porque *“se enredó, trastrabilló, tropezó, se dobló, si lo empujaron, si se resbaló, nada se sabe y nada pudieron aclarar los testigos”* Y en todo caso, *“también quedó claramente establecido que, conforme a las declaraciones escuchadas, la empleadora les entregó a los trabajadores de manera completa, permanente e idónea los elementos que garantizaran la protección en la ejecución de las actividades laborales de todos los días”*, agregó.

Finalmente, para descartar la solidaridad entre SERPROC S.A.S. y RUMIE S.A.S., apeló a los siguientes argumentos, que se transcriben *in extenso*, para una mejor comprensión: “(...) el dueño de la obra no es RUMIE S.A.S., el dueño de la obra es Price Smart Colombia S.A.S., Rumie S.A.S no era un verdadero empleador, RUMIE SAS fue un contratista más que se encargó de suministrar a través de quien contrató la ejecución de las actividades para las cuales había sido generado el contrato con Price Smart y ese aspecto lo podemos traer a colación y lo podemos resolver si tenemos en cuenta de manera puntual los pronunciamientos que han sido emitidos por la Corte Suprema de Justicia, en este caso hablamos directamente de la responsabilidad solidaria del artículo 34, que exige dos condimentos (sic.): primero, que se acredite que el dueño de la obra o el beneficiario de la obra tiene labores conexas al contratista que ha vinculado para que desarrolle las actividades y, en segundo, lugar que en verdad está proscrita la responsabilidad solidaria de los contratistas con los subcontratistas. Así, frente al primer aspecto, la Sentencia No. 13157 del 10 de mayo del año 2000, nos permite resolver el asunto y es que no encontramos cuál es la similitud que tiene PRICESMART con RUMIE S.A.S.: de acuerdo al objeto social de esta última, está dedicada directamente a la construcción, la primera, por conocimiento y conforme al desarrollo y certificación que se anexa directamente en la contestación de la demanda y que proviene de puño y letra de la entidad que estamos mencionando, nos hace referencia a que ella se encarga de venta y distribución de productos, así que nada que ver con la construcción del local en el cual iba a desempeñar sus actividades y en ese sentido, pues entonces no podemos trasladar esas condiciones a RUMIE S.A.S., que es un contratista con SERPROC S.A.S. que es otro contratista y en este caso sería el sub contratista; en donde nos indica de manera puntual que la solidaridad se da solo, única y exclusivamente cuando existe conexidad, relación de los objetos sociales del dueño o beneficiario de la obra con aquel que es calificado como el verdadero empleador o el contratista independiente que ha sido debidamente contratado para tal efecto, por esa razón, esa solidaridad que se interpreta, pretendió el demandante cuando vinculó a las dos entidades y conforme al desarrollo del fundamento jurídico no se puede generar en el presente asunto, pues ciertamente no están dadas las condiciones contempladas en el artículo 34 del CST, pues reiteramos, la solidaridad existe siempre y cuando exista identidad, similitud, conexidad dentro de las actividades de uno y otro que aquí no están debidamente decantadas, ni debidamente acreditadas en el plenario; por esa razón entonces, no se entiende por qué fue vinculado al proceso la entidad RUMIE SAS, pues no se le indicó ni se le calificó como empleador y se le calificó como un solidario cuando él no es el dueño, no es el propietario ni tampoco

era el beneficiario de la obra, pues esa calidad la tenía quien verdaderamente había contratado el servicio, la entidad PRICESMART Colombia S.A.S.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación el apoderado judicial de la parte actora, para que se revoque y en su defecto se imponga el pago de la totalidad de las pretensiones reclamadas, por las siguientes razones:

En la sentencia no se hace una valoración integral, sistemática y científica de todo el acervo probatorio arrimado al proceso y si bien el artículo 61 de CPT dice que el Juez no está sujeto a la tarifa legal, sí está obligado a hacer una valoración sistemática, integral y científica de la prueba regularmente arrimada al proceso, lo cual brilla por su ausencia en este asunto.

La primera prueba que desprecia la sentencia refutada, es la confesión del representante legal de la Constructora RUMIE SAS, quien declaró bajo la gravedad de juramento (en el minuto 11 de la primera grabación) que RUMIE contrataba a los trabajadores para la obra PRICESMART PEREIRA a través de SERPROC S.A.S. Él dijo que ellos contrataban los trabajadores; que RUMIER era la persona que pagaba los salarios al señor Fernando Vergara; que la relación laboral con el señor Fernando Vergara había empezado el día 8 de abril de 2014; hizo referencia a la jornada laboral; hizo también referencia al salario que devengaba el demandante afirmando que se trataba del salario mínimo de la época; dijo que RUMIE no había pagado al trabajador las prestaciones sociales y la razón por la cual no lo había hecho era por un olvido o una negligencia de la empresa.

También quedó plenamente probado y la sentencia no lo tiene en cuenta, que todos los testigos, tanto los de la parte demandante como los de la parte demandada y el representante legal, dijeron que el señor Fernando Vergara se desempeñaba en el cargo de oficios varios y que trabajaba para RUMIE, que la jefe inmediata, Diana Oviedo, era quien le daba las órdenes junto con el maestro Duván y la señora Diana Oviedo era empleada y representante Legal de RUMIE en Pereira, de modo que la única participación que tuvo SERPROC, fue la de afiliar al trabajador a la seguridad social, pero no le pagaba el salario, no le daba órdenes, ni el trabajador le prestaba el servicio directamente a ella sino a RUMIE, lo cual pasa por alto la sentencia, que sin fundamento alguno descarta la mala fe de la citada sociedad. Además, hace las siguientes preguntas: ¿por qué si la empleadora era SERPROC, RUMIE tenía la historia laboral del demandante y el informe del accidente de trabajo sufrido por el demandante? ¿por qué Rumie tenía la copia de la carta por medio de la cual se dio por terminado el contrato de trabajo?, ¿por qué Rumie tenía todos los informes de SURA, si el empleador era SERPROC? y agrega que en este caso la jueza olvida el artículo 53 de la Constitución, que enseña que la realidad prevalece sobre la forma, porque en el presente caso el señor Fernando Vergara prestó sus servicios directos a la constructora RUMIE, que fue la persona encargada de construir la sala de ventas de PRICESMART PEREIRA. *“Aquí no hay un pago de un tercero como lo dice la sentencia, aquí lo que hay es un pago del verdadero empleador para hacer cesar la moratoria una vez fue demandada”,* puntualiza. Por lo tanto, ni siquiera se discute el tema de la solidaridad, en consideración a que está plenamente probada la relación del demandante como empleado de la sociedad RUMIE S.A.S., y a todos los argumentos anteriores se le debe agregar que la señora Diana Oviedo, representante de RUMIE en Pereira, fue quien dio por terminado el contrato de trabajo con el señor Fernando Vergara, lo cual es una prueba más de la identidad del verdadero empleador, quien es la persona que está llamada al pago de la indemnización moratoria reconocida.

Como segundo punto de la apelación, señaló que la única prueba que hay para decir que el contrato era de obra o labor contratada, es la carta que envió SERPROC al demandante, pero en realidad quedó establecido que el contrato escrito no existió, lo que hubo fue un contrato verbal y está plenamente identificado el inicio de dicho contrato; está probado en el proceso que el señor Fernando Vergara, producto de la incapacidad, siguió vinculado a la empresa por recomendaciones de la ARL, ya que no podía ser despedido y dichas recomendaciones fueron levantadas y fue despedido el mismo día en que se cumplieron las recomendaciones, sin haber trabajado ni un solo día previo a una reubicación, como lo decían las recomendaciones y el hecho de permanecer inactivo fue quizás por su delicado estado de salud.

Finalmente, en cuanto al accidente de trabajo, la sentencia dice que hay duda ante la ocurrencia del hecho, pero contrario a esa afirmación, en el proceso hay suficientes pruebas para que con toda certeza se diga que el 22 de noviembre de noviembre de 2014 el trabajador sufrió un accidente de trabajo y esto se corrobora con el informe del accidente de trabajo y con toda la documentación que aportó SURA, que da cuenta de que se trató de un accidente de trabajo. Empero, si existe duda en el presente proceso, dice el apelante, se debe aplicar el principio pro operario el cual es claro en indicar que en los casos de duda se debe resolver a favor del trabajador.

Adicionalmente, afirma que la parte demandada acepta la ocurrencia del accidente de trabajo, amén de que se acreditó que el señor Fernando se desempeñaba en oficios varios, de manera que dónde estaba ese día, o las condiciones del terreno, son aspectos que en realidad no tienen relevancia; lo que es relevante para el proceso, es que el accidente sí ocurrió el 22 de noviembre del año 2014, tal como se acreditó con los testigos, incluido el empleador; del mismo

modo están probados los daños o perjuicios al demandante, pues el dictamen de la JNCI, que subió la calificación de Sura y de la JRCR, la cual había sido del 19%, dijo que aunque no se podía valorar por no haber apelado dentro de los términos correspondientes, el señor demandante estaba sub valorado, que el accidente le había modificado su rol de vida, de modo que está claro que el accidente ocurrió, el perjuicio ocurrió, el daño ocurrió; había que probar la culpa del empleador y aunque la sentencia dice que SERPROC cumplió con la seguridad y salud en el trabajo, cuando en realidad la SISO pertenecía a RUMIE, lo cierto es que ello no es suficiente. Además, dice la sentencia que el señor Germán de Jesús Montes Isaza, no vio el accidente porque estaba haciendo unas canastillas, frente a lo cual afirma que la sentenciadora confunde al señor German de Jesús Montes Isaza con el señor Carlos Andrés Herrera; aquí quedó plenamente probado que quien estaba realizando el trabajo de canastillas o pedestales, era el señor Jarol Andrés Herrera Orozco, porque el señor Germán de Jesús Montes Isaza era la persona que estaba cargando los tubos con el señor Fernando; a la hora 2 con minuto 30 de la tercera grabación de la audiencia de trámite y juzgamiento, le preguntaron a la señora Anianny si ella había visto el desnivel a lo que ella manifestó que si la vio y que ella sí considera que este desnivel genera peligro y respondió que tal desnivel no estaba demarcado al momento del accidente. La constructora Rumie abrió la zanja y es ella quien debió estar encargado de ese riesgo que generó. Finalmente, la señora Anianny dice que por los senderos donde los trabajadores transitaban debe haber barandas y quedó probado que no la había; el empleador tenía que ofrecer la seguridad cumpliendo con las normas de seguridad como son los senderos por donde deben transitar los trabajadores. En este proceso se probó la negligencia y la culpa del empleador y en cuanto a lo que dice la sentencia de que el trabajador fue negligente al no reportar el accidente, la persona encargada de reportar el accidente, que era la señora Anianny, dice que vio antes del accidente el desnivel y no lo reportó. *¿por qué no desplegaron todas las medidas preventivas pertinentes?*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Analizados los alegatos presentados por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con los problemas jurídicos que se expresan a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no conceptúo en este asunto.

5. PROBLEMA JURIDICO

Por la estructura de la sentencia y el esquema del recurso de apelación, los problemas jurídicos en este caso se circunscriben a determinar:

1) Si declarar empleador a quien ha sido llamado al proceso como deudor solidario vulnera el principio de congruencia,

2) Si hay lugar a imponer la solidaridad laboral a los subcontratistas del dueño de la obra o labor contratada o si ésta se encuentra "proscrita" en estos casos como lo asegura la *a-quo*,

3) En el caso concreto, verificar si el contrato de trabajo verbal celebrado entre las partes era de carácter indefinido o su finalización estaba sometida a condición, como lo concluyó la juzgadora de primer grado y,

4) Finalmente, establecer si en el accidente sufrido por el trabajador demandante medió culpa patronal y si está quedó suficientemente probada, como lo exige el artículo 216 del C.S.T.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Efectos de la fijación del litigio y congruencia judicial

Se tiene previsto en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., que, fracasada la conciliación, resueltas las excepciones previas y adoptadas las medidas de saneamiento tendientes a conjurar cualquier irregularidad del proceso, el juez o jueza laboral *“requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararán probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial e igualmente, **si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito**”.*

Como puede verse, esta etapa del proceso, conocida como la de “fijación del litigio”, sirve al propósito de reestructurar la gama probatoria solicitada por las partes e intervinientes de la contienda procesal, a partir de la exclusión probatoria de los hechos aceptados por las partes; **delimitar el debate**, enmarcar la controversia y aclararla, y fijar los hechos puntuales sobre los cuales versará el litigio.

Por ende, la fijación del litigio, que se consigna en un acto del juez de la causa y frente a la cual caben los recursos ordinarios de ley, tiene una notoria incidencia no solo en la etapa probatoria sino en el resto del proceso, **en la medida que tal**

acto judicial puede incluso llegar a variar la causa petendi de la demanda y las mismas pretensiones, es decir, los hechos relevantes a la resolución de la controversia y las consecuentes peticiones, lo que repercute necesariamente en la sentencia, como quiera que la misma debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que establezcan las normas de procedimiento, entre las cuales se incluye la fijación del litigio, como viene de explicarse.

6.2. Solidaridad del dueño de la obra o labor contratada – Solidaridad laboral respecto de los subcontratistas:

A propósito del concepto de solidaridad en materia laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 35864 de marzo 1° del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, realizó las siguientes consideraciones que ofrecen claridad y precisión sobre el tema, señaló: *“(...) lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que, si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores”. Y agregó: “(...) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron*

sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales”.

Por demás, para que la solidaridad opere, además de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario de la obra o el trabajo, se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. Igualmente, vale añadir que la Sala Laboral ha admitido la posibilidad de que opere la solidaridad tomando en cuenta para ello la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra. Así lo dispuso en la sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135.

Sin perder el hilo que hasta aquí se lleva, por resultar importante para resolver el objeto de la apelación, es también necesario precisar que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el artículo 34 del C.S.T., 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 esos subcontratistas.

Frente a este último tema, conviene traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia 17573 del 12/jun/2002, ponencia del magistrado Germán Valdés, en la que dijo: *“jurídicamente 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". En esta misma sentencia la Corte precisó que "lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará solidaridad establecida en el artículo citado".

6.3. Forma y duración del contrato – Modalidad contractual – Carácter excluyente de la modalidad contractual pactada:

Dice el artículo 37 del C.S.T., que el contrato laboral puede ser verbal o escrito y que no requiere ninguna solemnidad especial para que sea válido, salvo disposición en contrario.

En relación al contrato verbal, prescribe el canon 38 de la misma obra que las partes deben ponerse de acuerdo al menos acerca de la índole del trabajo contratado y el sitio donde ha de realizarse, la cuantía y forma de remuneración y la duración del vínculo.

Y en cuanto al contrato escrito, señala el artículo 39 ídem, que este instrumento debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes

acuerden libremente, entre otras¹, alguna que se refiera a la duración del contrato, su desahucio y terminación.

De otra parte, en lo que atañe a la duración del vínculo laboral, dispone el artículo 45 ídem, que el contrato de trabajo puede celebrarse “por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio”.

En lo atinente al contrato por “tiempo determinado” -término fijo-, dispone el artículo 45 del mencionado código, que deberá constar siempre por escrito y su duración no podrá ser superior a 3 años, sin perjuicio de que pueda renovarse indefinidamente, y se previene, a reglón seguido (Art. 47), que el contrato no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido (modalidad residual).

Se desprende de lo dicho hasta este punto: **1)** que el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito, **2)** que su duración se encuentra supeditada al acuerdo entre las partes, **3)** que, a falta de acuerdo, se entenderá indefinido, a menos que la duración esté determinada por el desarrollo de una obra en particular o por las características inherentes a la labor contratada.

Como puede verse, los criterios bajo los que se concibe la clasificación antes detallada, instituyen figuras contractuales diferenciadas y excluyentes, que permiten

¹ “*identificación y domicilio de las partes, lugar y fecha de su celebración, lugar donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestarse el servicio, naturaleza del trabajo; cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago; estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario*”.

identificar cada modalidad contractual y distinguirla de las otras que le sean opuestas.

Cabe advertir que un asunto donde se discutía la modalidad contractual bajo la cual había sido vinculado un empleado de una obra civil contratado de manera verbal, esta Corporación, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, razonó de la siguiente manera: (en las obras de construcción) *“(..). La vinculación bajo la modalidad de contrato a término indefinido, implicaría el pago de indemnización por despido injusto a todos aquellos empleados ocupados en la obra, así esta hubiere finalizado; es por esto que en actividades económicas como la construcción, la modalidad contractual por antonomasia es la de obra o labor, pues en estos casos el contrato durará tanto como dure la obra. (Sentencia del 31 de marzo de 2017, Rad. 2014-00064).*

6.4. Concepto de la culpa patronal:

Está suficientemente decantado por la jurisprudencia que la prosperidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales derivados de la responsabilidad patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo depende de la imperiosa comprobación y concurrencia, en cada caso, de los 3 elementos de la responsabilidad civil, esto son, como es bien sabido: el daño, la culpa y el nexo causal entre el daño y la modalidad de culpa.

Además, en el ámbito de la responsabilidad a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por versar este precepto sobre los riesgos genéricos y específicos del trabajo que dan lugar a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por razón de la llamada culpa leve del empleador, esto es, la que se opone al cuidado mediano u ordinario que debe emplearse en la

administración de los propios negocios, como el exigido de un buen padre de familia (artículo 63 del Código Civil), se hace indispensable que se evidencie un patente comportamiento omisivo o negligente del empleador antes de la ocurrencia de los hechos, para ser condenado a la indemnización plena de perjuicios.

Ello así, tal obligación es exigible siempre que el demandante compruebe que su empleador es culpable de la ocurrencia de la enfermedad o el accidente de trabajo. Dicha exigencia se registra expresamente en el ordenamiento jurídico, específicamente en el precitado artículo 216 del C.S.T., que señala: “cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con la regla general prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), le corresponde al trabajador, o a sus causahabientes según sea el caso, probar la existencia del daño y la culpa del empleador en la ocurrencia del mismo.

No obstante, frente a la última de dichas exigencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que: “(...) en la indemnización total y ordinaria de perjuicios corresponde al demandante demostrar el incumplimiento por parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, evento en el cual traslada a aquel la carga de demostrar que actuó con diligencia y cuidado para que pueda exonerarse de la responsabilidad”. (Sentencia SL 13653-2015)

Como se desprende del citado fragmento jurisprudencial, la jurisprudencia laboral ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, como pauta general, al trabajador y/o a sus causahabientes (según el caso), le

corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo; empero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 mayo 2006, rad. 26126, entre muchas otras)

Así mismo ha señalado dicha Corporación, en la sentencia No. 22656 del 30 de junio 2005, M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, que *“(...) esta responsabilidad contractual nace de la existencia misma del contrato de trabajo por el incumplimiento del deber de protección y seguridad que tiene el empleador para con su trabajador los cuales, a su vez, le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo”*.

A propósito de lo anterior, conviene anotar que los deberes de protección y seguridad son aquellos señalados expresamente en los artículos 56 y 57- numeral 2º- del Código Sustantivo del Trabajo, y son de medio, no de resultado, pues ni en un plano ideal se conseguiría eliminar por completo los innumerables riesgos que amenazan la vida e integridad del prestador personal de un servicio, dado que la actividad laboral entraña riesgos que no siempre pueden anticiparse. Sin embargo, en virtud de tales normativas, al empleador le incumbe la obligación de protección y seguridad para con sus trabajadores, a quienes debe procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud. Esto nos lleva a entender que, si el empleador es conocedor de un determinado peligro al que está expuesto su colaborador en el desempeño de

sus labores, es su deber adoptar todas las medidas a su alcance, tendientes a evitarlo o corregir tales situaciones riesgosas, puesto que de no hacerlo- es decir, si pudiendo prevenir un daño, no lo hace-, debe responder por dicha omisión.

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a *«suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»* y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de *«proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad»* (art. 2º R. 2400/79).

En conclusión, para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el art. 216 C.S.T., debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden, de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (art. 56).

Lo anterior no implica, no obstante, como ha sido aclarado por la misma Corte Suprema y por esta Corporación en otros casos de iguales aristas, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama,

primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y, además, *“...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...”* (Ver, entre otras, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

Así por ejemplo, en sentencia del 7 de octubre de 2015, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, dentro del proceso con número de radicación SL 13653-2015, en un proceso en que se discutía la responsabilidad de un empleador en la ocurrencia de un accidente de un vigilante que no había sido dotado de arma con dispositivo anti-disparo, el demandado salió absuelto del proceso, pues en criterio del fallador, *“nunca se estableció la relación de causalidad entre ese hecho y la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el trabajador, lo que resultaba del todo necesario para dar por demostrada la culpa patronal”*. Aprovechó allí la Corte para precisar que *“...aunque se trate de una «...culpa por abstención...», tal situación «...no releva totalmente al trabajador de la actividad probatoria, sino que reafirma que es su deber demostrar el incumplimiento patronal y el nexo de causalidad del mismo con la ocurrencia del accidente”*.

Luego entonces, como conclusión, antes de pasar a la evaluación de los medios de convicción arrimados al proceso, debe advertirse que cuando se trata de culpa patronal por abstención, debe quedar acreditado que la falta de elementos de protección “genéricos o especiales” favoreció o agravó la situación del trabajador que, expuesto al riesgo, resultó accidentado. Pero, además, será necesario establecer si el cargo de oficios varios que realizó el demandante en la obra de construcción del centro comercial PRICESMART PEREIRA, son actividades de alto riesgo que ameritaban la adopción de medidas reglamentaria o protocolarias de seguridad por parte del empleador.

6.5. Pruebas documentales introducidas válidamente en primera instancia:

- Certificado de existencia y representación legal de ALTERNATIVAS Y SERVICIOS CON PROYECTOS DE GENERACIÓN COMERCIAL Y SOCIAL - SERPROC S.A.S.-, con domicilio en la ciudad de Barranquilla, tiene por objeto principal la *“prestación, operación y administración de servicios empresariales integrales requeridos por los sectores comercial, industrial y de servicios (...) prestar servicios de logística en procesos y subprocesos empresarial, la gestión humana y de servicios de outsourcing empresarial (Fl. 15 s.s.).*
- Certificado de existencia y representación legal de RUMIE S.A.S., también con domicilio en Barranquilla. Tiene por objeto social, entre otros, la *“realización de toda clase de obras de arquitectura e ingeniería civil, tales como edificios, viviendas, carreteras, urbanizadores para lo cual actuará como contratista o por iniciativa propia” (Fl. 18 y s.s.).*
- Recomendaciones laborales a partir del 30 de mayo de 2015, *“día en que debe reintegrarse a laborar, por espacio de 12 semanas” (fl. 24), tales como manipular, levantar y transportar pesos superiores a 5 kg, trabajar en posición de cuclillas o de rodillas, manipular equipos o herramientas que generen vibración, etc. (...) Terapeuta ocupacional y médico laboral”.*
- Carta de terminación del contrato del 25 de noviembre de 2015, en la que se informa al demandante que la labor para la cual fue contratado y que desarrolló en la obra PRICESMART PEREIRA, se encuentra finiquitada *“tal cual es de su conocimiento, con base en esto le informamos que su situación contractual ha*

terminado de conformidad con la normatividad laboral vigente y que se presenta una terminación legal de su contrato”.

- Dictamen del 20 de julio de 2016, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: diagnóstico de desgarro de meniscos, otras gonartrosis primarias y trastornos disociativos mixtos y de conversión. Severa limitación de arcos de movilidad articular de rodilla derecha y se aclara que el diagnóstico de “otras gonartrosis” no es secuela del accidente de trabajo, dado que se ha demostrado que *“artrósicos y cambios degenerativos de espacio patelo femoral bilateral y el diagnóstico de trastorno disociativo mixto (y de conversión) no está relacionado en la historia y el paciente es enfático en decir que no tiene atenciones por psiquiatría, por lo tanto solo califica el diagnóstico de “desgarro de meniscos rodilla derecha, accidente de trabajo”.*
- Certificación de obra ejecutada: PRICESMART certifica que la constructora RUMIE LTDA contrató para el almacén la *“construcción del club de ventas por membresías de Pricemart”*, por valor de 19.570,83 SMLMV, que inició el 10 de febrero de 2014 y finalizó el 10 de octubre del mismo año, obras que fueron recibidas en el tiempo contractual y a plena satisfacción por parte del cliente (expedida el 29 de enero de 2016, fl. 94).
- Formato de informe de accidente de trabajo del empleador o contratante (ARL SURA), se indica que el demandante era *“obrero de obra”*, el accidente fue *“parqueadero o áreas de circulación vehicular”, “en el ambiente de trabajo”* que afectó *“el pie”*, por *“golpe o contusión”, “por caída”* y se describe el evento así: *“se encontraba transportando tuberías, se cayó a un hueco y sintió un tirón en la rodilla de pierna derecha ya que se le hinchó”*. El informe lo suscribe Lorena Castro, Auxiliar de Recursos Humanos de SERPROC, recibido en SURA el 22 de agosto de 2014 a las 14:40.

- El 29 de agosto de 2016, recibió indemnización de la ARL SURA por valor de \$6.135.975 por incapacidad permanente parcial de 19%, por accidente de trabajo ocurrido el 22 de agosto de 2014. (Fl. 156).
- En respuesta a requerimiento del juzgado, el 21 de agosto de 2019, la ARL SURA, señaló que el accidente de trabajo descrito no corresponde a un accidente grave según lo definido en el artículo 3° de la Resolución No. 1401 de 2007, en razón de lo cual la ARL SURA no participó en la investigación del accidente y tampoco fue notificada de la investigación que pudo ser adelantada por el empleador, debido a que la normatividad legal vigente estipula que solo se deben remitir a las ARL las investigaciones realizadas en casos de accidente graves o mortales.

6.6. Interrogatorios de parte y prueba testimonial:

El representante legal de la codemandada RUMIE S.A.S., ROBERTO JOSÉ RUMIE MEJÍA, y el demandante, FERNANDO VERGARA CARMONA, absolvieron interrogatorio de parte en primera instancia, así:

El señor **ROBERTO JOSÉ RUMIE MEJÍA** dijo que es ingeniero civil y gerente de la empresa, que el objeto social de la misma es la construcción de obras civiles y arquitectónicas; que PRICESMART contrató sus servicios para la construcción del centro comercial en Pereira y que SERPROC manejaba parte de la obra como subcontratista y también desarrollaba otro tipo de obras dentro del mismo proyecto y aclaró que las obras de los subcontratistas eran para PRICESMART a través de su constructora, es decir, SERPROC. Seguidamente indicó que para época de los hechos

de la demanda, la constructora le pagaba a los trabajadores de la obra el mínimo; que el señor Fernando Vergara empezó a trabajar en la obra para el club de ventas de PRICESMART en abril de 2014 y no sabe si se realizó examen de ingreso y egreso, pues eso era responsabilidad de SERPROC; que le consta que el señor Fernando no realizaba horas extras, festivos o dominicales y su horario de trabajo era de 8 a 12 y de 2 a 5 pm; dice que Rumie (persona jurídica) a través de la empresa SERPROC sí reubicó al señor Fernando Vergara el día 30 de mayo de 2015, conforme lo indicó la ARL SURA mediante comunicación del 25 mayo del mismo año y aunque la obra terminó antes, él continuó recibiendo salarios como 6 meses más, hasta que desaparecieron sus restricciones laborales y RUMIE (persona jurídica) le notificó la terminación del contrato por finalización de la obra, a través de SERPROC. Con todo, en este punto es importante resaltar de la declaración del citado representante legal, que confesó que en todo caso la terminación del contrato fue por voluntad de RUMIE (persona jurídica).

En cuanto a los hechos relacionados con el accidente, indicó que no conoce cómo ocurrió, solo conoce lo que dice en la demanda: que se fue en una zanja y se dobló la rodilla, lo cual le parece raro, porque ya estaban en la parte de arriba, ya habían terminado el primer piso, de modo que en ninguna parte tenía que haber zanjas, ya se estaba haciendo acabados de fin de obra y además ningún obrero ni la SISO reportó zanja alguna y en la obra todos los días se dan las recomendaciones y se les entrega las dotaciones a los trabajadores en aras de prevenir problemas relacionados en seguridad y salud en el trabajo. De otra parte aceptó que ni RUMIE ni SERPROC le pagaron las prestaciones al señor Fernando al momento de darle por terminado el contrato, lo cual atribuye a un descuido, porque se envió la plata por parte de RUMIE a la administradora de la obra y no sabe por qué no se la pudieron dar, por eso cuando se dio cuenta del descuido, inmediatamente se consignó la liquidación a la orden del juzgado; que no reubicó al demandante en otras obras, porque los proyectos de la constructora se llevan a cabo principalmente en

Barranquilla y en la costa y admite que no se le preguntó al señor Fernando si quería trasladarse a otras ciudades donde estaban ejecutando obras.

El demandante, **FERNANDO VERGARA CARMONA**, por su parte, señala que es soltero, no tiene hijos, estudió secundaria y actualmente no labora porque se encuentra muy mal de la rodilla; que recibió salarios hasta el 25 de noviembre del año 2015, no recibió lo correspondiente a la liquidación y se enteró hace muy poco que habían consignado esa plata de la liquidación. Asegura igualmente que su vinculación fue a través de un contrato verbal: *SERPROC nos contrató la seguridad social, pero quien daba las ordenes era RUMIE*, señaló.

En cuanto al accidente, señaló lo siguiente: *“el 22 de agosto estaba en portería, porque yo trabajaba en oficios varios y me llamaron a cargar tacos, desafortunadamente había una zanja sin señalización y cargando tubos caí en ella (...) La zanja estaba donde iba a quedar el parqueadero; la zanja se encontraba a más o menos 20 o, 25 metros de la portería”* y añade que no la había reportado porque *“no estaba pendiente de eso, sino de lo que me mandaban a hacer y en el momento que trabajaba la olvidé y caí en ella. Seguidamente la jueza le entregó un papel para que dibujara el lugar preciso dónde ocurrió el accidente y la distancia con la portería, de lo cual quedó registro en el expediente y mientras hacía el dibujo explicó que ese día entró un camión con tubos y lo llamó la Dra. Diana Oviedo a ayudar a descargar. “Estábamos 5 personas cargando, pero solo me acuerdo de German Montes, él también era de oficios varios. Los compañeros fueron quienes me recogieron. La zanja era de medio metro de profundidad, de largo por ahí dos metros y medio de largo y de ancho y por ahí 40 cm. Se me metió a la zanja el pie derecho y se me dobló. La SISO (es decir la persona encargada de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional de la obra) fue quien lo levantó y me reportó con la clínica de fracturas. El accidente fue de 9 a 9:30 a.m., los tubos quedaron tirados y no me estropecé con ellos, ellos cayeron a un lado, la pierna se me inflamó y rasgó el pantalón con una tijera.*

También rindieron declaración **GERMAN DE JESÚS MONTES ISAZA, DIANA CECILIA OVIEDO GIL, HAROLD ANDRÉS HERRERA OROZCO y ARIANY GARCÍA.**

El señor **GERMAN DE JESÚS MONTES ISAZA** dijo que es amigo del demandante y que trabajaron juntos en la construcción de PRICESMART, contratados por RUMIE desde abril de 2014, para desarrollar oficios varios en la obra; que al momento del accidente estaban transportando tacos dentro de la obra, llevándolos del punto de descargue a las plaquetas, para colocarlos debajo y sostenerlas; que empezaron a descargar los tubos de 9 a 10 de la mañana, por autorización de la Ingeniera Diana y el maestro Duván: *“cada quien cargaba la cantidad de tubos que consideraba que podían cargar”*, recuerda que eran varios compañeros ocupados en dicha tarea, pero no recuerda el número exacto; tampoco recuerda a qué puntos debían llevar esos tubos; refiere que no había ningún vehículo recibiendo los tubos, no recuerda cuántos tubos llevaron, pero si recuerda que en la zanja colocaron señalización después del accidente de Fernando. También a este testigo se le pidió que hiciera un dibujo para aclarar el recorrido que se hacía con los tubos y mientras lo elaboraba respondió que ese día ya se habían llevado varios tubos antes del accidente, no recuerda exactamente cuántos, que la zanja donde cayó el demandante no era la única que había en la obra, que había más para el desagüe. Seguidamente respondió que al demandante lo recogieron los compañeros de trabajo y la SISO y lo trasladaron a la clínica de heridas y que él no recuerda pero cree que lo dañaron (es decir, se fracturó), que de vez en cuando le daban charlas sobre seguridad y salud en el trabajo, que no reportó el riesgo de las zanjas, porque eso le correspondía al SISO y él nunca supo que era su obligación como trabajador reportar los riesgos y no imaginaba que algo les podía pasar, porque ponían tablitas en las zanjas, aunque las cintas amarillas fueron puestas después del accidente.

DIANA CECILIA OVIEDO GIL, tecnóloga electrónica y actualmente trabajadora independiente; dijo que trabajó para RUMIE (persona jurídica) como asistente administrativa de la obra para la época de los hechos. Su trabajo consistía en seleccionar los trabajadores y la contratación se hacía desde Barranquilla. Cuando ocurrió el accidente, al trabajador se le prestaron todos los primeros auxilios y fue atendido por la ARL, se le pagaron sus incapacidades y el contrato no se le terminó abruptamente porque el trabajador estaba incapacitado, y a pesar de que la obra había finalizado en octubre de 2014, a él se le pagó hasta noviembre de 2015. Al ser indagada sobre quién había contratado al demandante, dijo: *“El empezó con otro contratista, no recuerdo cuál y luego pasó a la parte administrativa de RUMIE. Todos a excepción del almacenista y el SISO ganaban el Salario Mínimo del momento y eran empleados de oficios varios. Él Trabajaba con otro contratista y cuando él terminó allá, nosotros necesitábamos personal y lo contratamos. Ellos hacían aseo en la obra, organizaban, estaban pendientes de los puntos de acopio de aseo; de cargar, descargar, recoger lo que estaba mal ubicado y organizar; la verdad ya estábamos en la etapa final de la obra y el señor Fernando hacía todas estas actividades en toda la obra”*

En cuanto al accidente, dijo: *“el incidente que hubo es que el señor Fernando estaba cargando tubos, se resbaló, eso me informó la SISO, ella me dijo que el cargando tubos resbaló, que le prestaron los primeros auxilios y lo trasladaron a la clínica para una revisión completa. No recuerdo mucho, pero no quedó inconsciente. Ariany García era la que cumplía las funciones SISO, se le daba charlas a todo el personal, estaba pendiente de la dotación del personal y las demarcaciones de las zonas restringidas y áreas de peligro. Los cerramientos se hacían con cinta de precaución y unos postes zapotes”. Asimismo, dijo que desconoce el sitio exacto del accidente y la obra ya estaba terminando, de hecho, ya se estaban colocando estanterías en la tienda; “pero el accidente fue fuera de la tienda, por las áreas de tránsito, por donde transitan los carros”; dijo que desconocía para qué eran los tubos; que el señor Fernando estuvo incapacitado más de 6 meses, pero cuando regresó ya era 2015 y la obra se había entregado en el 2014 y el contrato finalizó cuando el trabajador ya no tuvo más incapacidades y se procedió a liquidarlo, pero el trabajador no la recibió, por recomendación de su abogado. Dijo: “yo lo cité al lado de la tienda de PriceSmart y él me dijo*

que no, que el abogado le había dicho que no la recibiera y reporté a recursos humanos de la empresa y ya ellos se encargaron”. Indicó que durante la construcción de la obra se llevaba registro fotográfico del avance del proyecto y que lo hacía el director de obra, los ingenieros residentes o ella. *“Esto se hacía cada 15 días o cada mes, dependiendo del avance. El registro fotográfico era ordenado por la constructora y por el director de obra. Eso se le entregaba a la constructora y la interventoría, a cargo de PRICESMART, también guardaba también archivo”,* dijo.

Por su parte, **HAROLD ANDRÉS HERRERA OROZCO**, amigo del demandante y compañero suyo en la obra, dijo que supo que *“Fernando sufrió un accidente cuando estaban empezando a construir, en una brecha cuando apenas estaba empezando a construir, eso pasó en una brecha. Entró en junio o julio y trabajó por dos meses”*. Seguidamente explicó que ambos trabajaban en la misma obra, pero no cumplían las mismas funciones, pues el demandante era de oficios varios, mientras él armaba pedestales para las columnas. En cuanto a los detalles del accidente, dijo: *“Fernando al momento del accidente estaba cargando al hombro unos tacos que regaban en diferentes puntos para formaletear”*. También a este testigo se le pidió que hiciera un dibujo del espacio de la obra y el lugar del accidente y mientras lo hacía precisó que ya desde hace rato un grupo de trabajadores, incluido el demandante, estaban cargando tacos, por ahí unas tres o cuatro personas y se dio cuenta del accidente porque estaba cerca cuando lo vio en el suelo y lo ayudó con otros compañeros. No recuerda cuando se hizo la brecha, pero sí recuerda que el demandante se accidentó en ella, que estaba en la tierra y que las señalaron después del accidente. *“La brecha o zanja era larga, de ancho tenía unos 50 cm y se había hecho para el desagüe”*. Exactamente cómo se cayó, no lo sabe, *“porque no estaba pendiente del señor Fernando, cada uno se concentraba en su trabajo”,* explicó. Supo que se aporreó el pie, que fue el que se le metió en la zanja. Y dijo que él había visto la brecha, pero nunca pensó que fuera un riesgo, ni dio aviso a la SISO y seguidamente dijo: *“Uno a veces si hace algunos atajitos, aunque haya riesgo o esté señalizado”*.

Finalmente, **ANIANNY PIERANYILE GARCÍA ARANGO**, dijo que era profesional en seguridad y salud en el trabajo y técnica en contabilidad sistematizada, especialista en gerencia de calidad y autoría en salud y para el momento de los hechos de la demanda, Inspectora de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional de la obra. Advirtió que recuerda que el señor Fernando sufrió una caída en el área de producción, producto de un resbalón, que se le reportó a SERPROC, que era su patrono y ellos se encargaron de hacer el reporte a la ARL, y producto del accidente recibió asistencia médica en la clínica. Explicó que el área de producción son todas las áreas donde se realiza cualquier labor de la construcción y que el trabajo del actor era en oficios varios. No recuerda quien le avisó del accidente, pero alguien le avisó. *“Él estaba desplazando tubos, en esa área”,* dijo, no recuerda cuántos tenía; no recuerda la hora en que sucedió el accidente. Cuando llegó al lugar del accidente: *“él dijo que se había deslizado en un desnivel y que le dolía mucho la rodilla, todos le dieron la misma versión”.* La obra ya estaba en un 85% a 90% terminada, ya no había zanjas ni brechas, lo que había era un desnivel en el suelo. Seguidamente se le preguntó si hubo registro fotográfico y respondió: *“No. No se hizo porque no contábamos con cámara, se hizo el reporte y se envió al señor Fernando para que recibiera atención médica, El reporte lo hizo SERPROC. Lo trasladaron en un taxi con un acompañante, pero no recuerdo quien fue el acompañante”.* Y luego aclaró que el punto de la obra donde se produjo el accidente no estaba pavimentado, porque esa zona iba a ser utilizada para algo paisajístico, que tras el accidente se preguntó cómo había sucedido y se interrogó a los compañeros que estaban con él y se dieron recomendaciones para señalar las áreas que generan riesgo, *“porque por el desnivel de ese sitio siempre será un riesgo y donde se accidentó Fernando era un desnivel”;* que el señor Fernando estaba haciendo un desplazamiento de tubería, pero no recuerda cuanto tubo llevaba, ni de que eran los tubos; que siempre había señalización, pero en el momento de trabajar ellos retiraban la señalización y se les decía que al terminar de laborar volvieran a

colocar las señalizaciones, y, no recuerda si donde ocurrió el accidente el lugar estaba señalado.

Finalmente dice que trabajó como inspectora de seguridad y salud en el trabajo y hubo solo dos accidentes: ese y el del señor German. No recuerda cuál fue primero y agrega que se dictaban charlas todos los días sobre seguridad y salud en el trabajo; a los trabajadores se los ponía también a hacer recorrido para verificar sitios de riesgo y hacer señalización y ellos participaron en temas de seguridad y salud en el trabajo y recuerda a Fernando participando en las charlas. Ella misma les hablaba del cuidado integral de la salud, la responsabilidad de reportar los riesgos y el uso de los elementos de protección y hasta de la necesidad de que hicieran ellos mismos la señalización para demarcar las áreas de riesgo y finalmente explicó que demarcar consiste en poner cintas de precaución cuando no hay brechas o zanjas, ya que cuando hay zanjas, se colocan barandas.

6.7. Valoración y análisis de las pruebas en el caso concreto:

En cuanto al primer problema jurídico, tal como se explicó en el acápite 6.1., correspondiente al título de "efectos de la fijación del litigio", tal etapa procesal es una oportunidad válida para variar los hechos correspondientes a la causa petendi, en la medida allí mismo se pueden aclarar y precisar las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

Lo anterior para advertir que la jueza de primer grado estaba obligada a estudiar en este caso si la codemandada RUMIE S.A.S. tenía la calidad de empleadora y no de solidaria, **pues así se fijó el litigio en la primera audiencia del proceso**, esto es, en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la

S.S., oportunidad en la que se estableció que la **controversia jurídica giraría en torno a establecer si existió contrato de trabajo entre el demandante y las codemandadas (SERPROC y RUMIE)**, como quiera que dicha fijación surgió de una interpretación válida de la demanda por parte de la *a-quo*, que no fue rechazada en su debida oportunidad por las partes y que conlleva la variación de la causa petendi y las pretensiones a partir de la delimitación fáctica del litigio que se presentó en la etapa prevista para tal efecto por el legislador, esto es, en la etapa de fijación del litigio (Art. 77 del C.P.T. y de la S.S.), de modo que la eventual declaratoria de un contrato de trabajo entre el demandante y RUMIE S.A.S., quien inicialmente fue llamada al juicio como deudora solidaria, no la puede tomar por sorpresa, como quiera que, desde la citada fijación del litigio, debía entender que su defensa ya no era frente a una eventual condena como deudora solidaria, por ser dueña o beneficiaria de la obra contratada (en virtud del art. 34 del C.S.T), sino como directa empleadora del demandante, por así haberse previsto en la pluricitada fijación del litigio, la cual no se recurrió por ninguna de las partes en su momento.

Para reforzar lo que se fijó en el litigio por las parte, hay que agregar que el apoderado judicial de la parte actora señaló en sus alegatos que encontraba con sorpresa que el verdadero empleador del demandante era RUMIE y no SERPROC, como quiera que el representante legal de aquella había confesado, en un acto de lealtad procesal, que el actor se había vinculado inicialmente con una subcontratista llamada SERPROC, y luego había sido vinculado directamente por ellos, lo cual es cierto, como se verá más adelante.

Pues bien, en la sentencia de primer grado se observa que la jueza omitió resolver un punto fundamental de la litis que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, **pues, se itera, desde la fijación del litigio se había establecido que el proceso judicial se encaminaría a establecer si RUMIE**

S.A.S. y SERPROC S.A.S. habían fungido como verdaderos empleadores del demandante, pese a lo cual la a-quo únicamente se ocupó en la sentencia de establecer si RUMIE S.A.S. debía responder solidariamente por la condena laboral impuesta a SERPROC S.A.S., en virtud del artículo 34 del C.S.T., lo cual descartó, con argumentos por demás equivocados, señalando que RUMIE S.A.S. no podía ser condenada bajo la calidad de deudora solidaria, puesto que no era la dueña del Centro Comercial que estaba construyendo, con lo que olvida que la solidaridad laboral se predica no solo del dueño de la obra, sino también del beneficiario de la obra o labor contratada y a todas luces la sociedad RUMIE S.A.S., al margen de su confesada condición de empleadora, ciertamente también era beneficiaria directa del trabajo del actor, quien formalmente fue vinculado a la obra por un contratista de RUMIE, para ocuparse de labores conexas al objeto social del ente social contratado para la construcción del centro de ventas de PRICESMART.

De acuerdo a lo anterior, corresponde en esta instancia establecer si RUMIE S.A.S. fue empleadora del demandante, teniendo en cuenta que la parte afectada con la omisión apeló e insiste en enrostrarle tal calidad a RUMIE S.A.S., aspecto del cual no se ocupó en su debida oportunidad la jueza de primera instancia en la sentencia objeto de apelación y que constituye un punto de la litis que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, puesto que, como atrás se indicó, la fijación del litigio así lo exigía.

En ese orden de ideas, se verifica en el interrogatorio al representante legal de RUMIE S.A., que éste manifestó que PRICESMART contrató a la constructora RUMIE S.A.S. para edificar un centro de ventas sobre la avenida sur de Pereira y esta a su vez subcontrató otras empresas para que desarrollaran obras civiles específicas dentro del mismo proyecto, con sus propios trabajadores, de lo que prima facie podría concluirse que el demandante no fue trabajador directo de RUMIE

S.A.S., sino de una contratista independiente (en este caso SERPROC S.A.S.) vinculada a la obra por la constructora a cargo del proyecto; no obstante, el propio interrogado terminó reconociendo que una vez se ordenó la reubicación de FERNANDO VERGARA, la empresa no lo ocupó en ninguna tarea, pero le pagó su salario por 24 semanas más y una vez se vencieron las recomendaciones, le terminó el contrato por finalización de la obra contratada, lo cual se refuerza con el testimonio de DIANA CECILIA OVIEDO GIL, empleada de RUMIE (persona jurídica), quien en ese mismo sentido dijo que Fernando empezó con otro contratista y luego pasó a la parte administrativa de RUMIE y agregó *“él trabajaba con otro contratista y cuando terminó allá, nosotros necesitábamos personal y lo contratamos”*. Específicamente dijo la referida testigo que el trabajador empezó vinculado con un subcontratista (SERPROC) y luego fue vinculado por RUMIE *“porque nosotros necesitábamos personal y lo contratamos”*, para hacer aseo en la obra, estar pendiente de los centros de acopio, cargar, descargar, recoger lo que estaba mal ubicado y organizar, todo lo cual debió ocurrir antes del accidente, pues con posterioridad el trabajador estuvo un largo periodo incapacitado.

De lo anterior se desprende sin dificultad que RUMIE S.A.S fue la verdadera empleadora del demandante y SERPROC S.A.S. fue una simple intermediaria de dicha relación laboral, pues también se pudo establecer que la persona que seleccionaba el personal de la obra, esto es, DIANA CECILIA OVIEDO, era empleada de RUMIE S.A.S., los ingenieros, maestros y encargados de la seguridad, prevención y riesgo laborales, como ANIANNY, también eran empleados de la constructora dueña del proyecto, como lo aseguró la citada testiga, y aunque fue SERPROC S.A.S la que afilió al trabajador a la seguridad social, RUMIE S.A.S. fue la que pagó sus salarios y prestaciones sociales y lo liquidó (Fl. 107) y quien además le notificó la terminación del contrato, tal como lo confesó el representante legal de dicha empresa.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia, para declarar que entre el demandante y RUMIE S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 08 de abril de 2014 y el 25 de noviembre de 2015 y como quiera que se descartó la calidad de empleadora de SERPROC S.A.S. y no se incluyó en la fijación del litigio el tema de la solidaridad por intermediación, se absolverá a esta sociedad de todas las demás condenas y declaraciones que deban imponerse en el proceso.

Resuelto este primer problema jurídico resta verificar si el contrato celebrado entre las partes tenía el carácter de indefinido o estaba sometido a condición y si se debe ratificar la condena al pago de la indemnización moratoria por la falta de pago de las prestaciones sociales al final de la relación laboral.

Con ese propósito, sea lo primero subrayar que, aunque la defensa señala que el contrato entre las partes se celebró por el término de la obra o labor contratada y así también lo aseguró en interrogatorio de parte el representante legal de RUMIE, lo cierto es que en la liquidación aportada por la misma empresa y suscrita el 25 de noviembre de 2015 (Fl. 107), se indica claramente que la modalidad contractual era a término indefinido e incluso se discrimina el pago de la indemnización por despido injusto por valor de \$1.052.422 pesos, con lo cual se desvirtúan las afirmaciones de la contestación de la demanda; sin embargo, ello no tiene ninguna incidencia económica en las resultas del proceso, pues la indemnización ya fue pagada con la consignación del 25 de abril de 2018 (Fl. 106) y en el recurso de apelación no se insiste en la pretensión de reintegro laboral.

Ello así, aunque se tiene por acreditado que el contrato de trabajo fue a término indefinido, como lo afirma el demandante, no se impondrá el pago de la indemnización por despido injusto, como quiera que la misma fue pagada con la consignación efectuada a la orden del proceso por la codemandada RUMIE S.A.S. el

25 de abril de 2018 (Fl. 106), suma con que además se satisfizo el pago las primas, vacaciones y cesantías que se quedaron adeudando al final de la relación laboral.

Aunque la demanda se encaminó al reintegro laboral del demandante, sobre la base de la ineficacia de su despido, en el recurso de apelación ya no se insiste en esta pretensión y tampoco se plantea en los alegatos de segunda instancia. Sin embargo, como el demandante solicita la revocatoria total de la sentencia de primera instancia, con lo que se entiende comprendida la absolucón de dicha pretensión, es necesario agregar, aunque ello no haya sido objeto expreso de la apelación, que no hay lugar al reconocimiento de tal pretensión, como quiera que a la fecha de terminación del proceso ya no estaban vigentes las recomendaciones médico-laborales del 30 de mayo de 2015, cuya duración se estableció por 12 semanas y además el demandante no se encontraba incapacitado y la calificación de su pérdida de la capacidad laboral fue posterior a tal calenda, de modo que no hay elementos de juicio de los cuales se puede derivar que el demandante estaba gravemente enfermo o limitado seriamente para el desarrollo de su trabajo y que por tanto se encontraba cobijado por el fuero de estabilidad laboral consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En cuanto al estudio de la indemnización moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales a cargo de RUMIE S.A.S., es bien sabido que dicha sanción no es inexorable ni automática, sino que se precisa el análisis de su componente subjetivo, en orden a auscultar en la conducta del obligado las razones que lo impulsaron a negarse a la cancelación de tales salarios o prestaciones sociales, y si las mismas son atendibles por estar revestidas de buena fe, caso en el cual procederá la exoneración de la condena.

En este caso, acudiendo a las mismas razones que llevaron a la *a-quo* a imponerle la sanción a SERPROC, se debe condenar a RUMIE S.A.S., pues no presentó ninguna razón plausible que justificara el cumplimiento tardío de sus obligaciones labores. Por el contrario, el representante legal le atribuyó la demora a un descuido de la empresa, que solo pudo advertir y corregir una vez fue notificada de la admisión de la demanda que en su contra presentó el señor FERNANDO VERGARA. Es por ello que, junto a la declaración de la existencia del contrato de trabajo, la codemandada RUMIE S.A.S. será condenada al pago de la suma de \$16.817.535, correspondiente a la sanción moratoria por la demora en el pago de los créditos laborales a su cargo, a razón de un día de salario por cada día de retardo, causada por lo corrido entre el 25 de noviembre de 2015 al 25 abril de 2018 (880 días), lo cual ascendería a la suma de \$18.900.933; sin embargo, como el monto de dicha prestación no fue objeto de apelación, la condena se dejará por el monto fijado en primera instancia, esto es, \$16.817.535.

Resuelto lo anterior, descendemos al último de los problemas jurídicos planteados al inicio de la sentencia, referido a la indemnización plena de perjuicios por la supuesta responsabilidad patronal en la ocurrencia del accidente de trabajo que le generó al actor una pérdida de la capacidad laboral de 19% de origen profesional.

Para ello, lo primero que se puede dar por descontado es que el daño sufrido por el actor se originó en desarrollo de una actividad relacionada con su trabajo, más precisamente en un incidente de tipo laboral que fue calificado en su momento como un accidente trabajo por su empleador, la ARL y la Junta de Calificación que determinó que su PCL era de origen laboral y estaba relacionado con el accidente del 22 de agosto de 2014.

Cabe recordar que en la sentencia apelada se indica que no quedaron claramente establecidas las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo, porque nadie presenci6 el momento exacto en que el trabajador termin6 en el suelo y nadie pudo dar razones de la causa que origin6 la ca6da. Contrario sensu, esta Sala encuentra suficientes elementos de juicio que ayudan a explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente y que permiten reconstruir a partir de la evidencia los momentos previos, inmediatos y posteriores al evento que ocasion6 la lesi6n sufrida por el actor, as6:

- 1) En el formato de accidente de trabajo diligenciado por el mismo empleador o contratante del actor, justamente el d6a del accidente, se indica con toda claridad que el siniestro ocurri6 en el parqueadero o 6rea de circulaci6n vehicular y que fue una ca6da. Adem6s, sin la objecci6n o aclaraci6n del empleador, el trabajador describi6, seg6n lo consignado en el formato, que el accidente se present6 mientras se encontraba transportando tuber6as, se cay6 a un hueco y sinti6 un tir6n en la rodilla.
- 2) Todos los declarantes coinciden en se6alar que el trabajador se cay6 y se quejaba de dolor en la rodilla derecha, al punto que fue necesario llevarlo a la cl6nica.
- 3) Todos igualmente coinciden en se6alar que el accidente se produjo mientras el trabajador transportaba unos tubos de un lugar a otro, labor en lo ayudaban otros 4 o 5 empleados m6s.

Ahora bien, en lo que s6 difieren los declarantes es en la presencia o no de huecos o zanjas en el suelo de la obra para la 6poca de los hechos.

De un lado, Germán de Jesús afirma que la zanja donde cayó el demandante no era la única en la obra, que había otras más que se usaban como desagüe, afirmación con lo cual coincide Harold Andrés, quien dijo que el demandante se accidentó en una brecha o zanja de unos 50 cm. de profundidad y aunque no sabe exactamente cómo se cayó, supo que se *“aporreó”* el pie que *“le quedó metido en la zanja”*.

Del otro lado, o en el otro grupo de testigo, Diana Cecilia afirma que Fernando se resbaló con unos tubos fuera de la tienda, por las áreas de tránsito por donde transitan los carros y que en el suelo ya no había zanjas o huecos, porque la obra estaba en su etapa final. ANIANNY, en el mismo sentido, dijo que el trabajador había sufrido una caída en el área de producción, producto de un “resbalón” y aunque negó la presencia de huecos o zanjas, sí reconoció que el suelo del parqueadero todavía no estaba pavimentado y tenía “desniveles”.

Para la Sala es más creíble y fidedigno el testimonio de los señores German y Harold, porque coincide plenamente con el informe del accidente de trabajo que la misma empresa radicó en la ARL el 22 de agosto 2014, mientras las otras dos declarantes no pudieron explicar por qué razón, si no había huecos ni zanjas en el terreno de trabajo, se consignó en el citado formato que el trabajador había caído en hueco mientras trasladaba unos tubos. Al respecto, Anianny se limitó a señalar que no sabría explicarlo porque no fue ella sino una empleada de SERPROC quien diligenció y suscribió el informe. Como hecho relevante declarado por los testigos, es que acto seguido al accidente del demandante, se colocó la cinta amarilla de precaución en el lugar de los hechos, indicio que a todas luces evidencia, por una parte, que efectivamente se requería de esa medida para evitar otro accidente, y por otra, que dicha previsión no se había tomado con antelación a la caída del demandante.

Adicionalmente, las fotografías que aportó la misma demandada (Fl. 172), ponen de presente que para el mes de agosto todavía el proyecto se encontraba en obra negra y no en etapa de acabados y mucho menos en la instalación de estanterías en la tienda, como lo afirmó Diana Cecilia. De hecho, se puede observar en las fotografías del 2 de agosto de 2014 (Fl. 172) que dos semanas antes del accidente todavía se estaban vaciando columnas y vigas, pues saltan a la vista las imágenes de excavaciones, formaletas y encofrados e incluso pilas de tierra amarilla; lo mismo en las imágenes del 20 de agosto de 2014, en las que se aprecia que el piso del parqueadero o “*receiving area*” como se rotula en la imagen, todavía estaba en tierra para esa fecha y se alcanza a ver movimiento de tierra y desniveles y en ninguna de las fotografías se observan cintas amarillas, barreras de “postes zapotes” o barandas.

Bajo el anterior contexto, recordemos que la regla probatoria a la que se acude en estos casos, según lo expuesto en precedencia, enseña que corresponde al demandante demostrar el incumplimiento por parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, evento en el cual se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole a este último demostrar que actuó con diligencia y cuidado para poder exonerarse de la responsabilidad. La ley le impone al empleador la obligación expresa de prevenir los riesgos inherentes al trabajo y bajo la idea de justicia que inspira las relaciones en el trabajo, surge la necesidad de determinar si la conducta del empleador fue negligente, omisiva o descuidada, al punto que lo haga merecedor del pago de la indemnización plena de perjuicios, previniendo en todo caso la impunidad de la falta de cuidado y diligencia que las reglas de derecho, y de convivencia imponen, no sólo en el ámbito de una comunidad laboral, sino de la sociedad en general.

Siguiendo ese hilo, la Prevención de Riesgos Laborales consiste en un conjunto de actividades que se realizan en la empresa, directamente por el empresario o por la Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentren afiliados sus trabajadores, con la finalidad de descubrir anticipadamente los riesgos que se producen en el desempeño de las tareas laborales habituales o excepcionales. Prevenir, entonces, es anticipar posibles riesgos para planificar y adoptar una serie de medidas de protección encaminadas a evitar que se produzca un accidente laboral. Ello sobre la base de que un accidente no siempre es un suceso inevitable, algo que suceda irremediablemente, por casualidad, por el giro de la rueda de la fortuna o "porque así lo quiso el destino". Al contrario, con frecuencia, un accidente laboral es la manifestación de que algo no se hizo bien en el desarrollo de una tarea, es decir, de que ha habido una falla humana. La experiencia nos enseña que, si la tarea está bien estudiada de antemano, sabiendo cómo debe hacerse y qué medios hay que emplear, también se podrán prever los riesgos que puedan aparecer en el desarrollo de la misma.

Lo anterior cobra mayor relevancia cuando se sabe de antemano que la tarea es excepcionalmente riesgosa y pone en grave peligro la vida o la salud del prestador del servicio y en este caso la actividad del actor era de alto riesgo, de acuerdo a la clasificación de la ARL y a la descripción de sus tareas, que consistían en cargar y descargar material y en moverse dentro de un ambiente lleno de peligros como puede ser una obra de construcción. En estos casos, las leyes civiles y laborales demandan un comportamiento racional y prudente del empleador o garante, exigiéndole las cualidades de "*un buen padre de familia*", en virtud de las cuales, en un escenario ideal, implica el deber de cerciorarse que el trabajador tiene la preparación y la experiencia para desarrollar las tareas encomendadas, que cuenta, además, con los elementos de protección necesarios para disminuir las consecuencias de accidentes de diverso tipo, que la maquinaria y equipo de trabajo se encuentran en óptimas condiciones para su uso, que los edificios y locales sean lugares aptos para

el trabajo, en cuanto a sus condiciones de higiene y seguridad y que se tienen dispuestos los medios necesarios para responder con prontitud frente a situaciones que pongan en riesgo la salud y la vida de los trabajadores, tales como botiquín de primeros auxilios, extintores y medios de transporte que permitan la evacuación rápida de personas heridas en las faenas labores, etc.

Cabe agregar, que en cuanto a las trampas, aberturas o fosos en general que existan en los locales de trabajo, se prescribe en el artículo 15 de la Resolución 2400 de 1979, que deben estar *“cerrados y tapados siempre que lo permitan las condiciones de éstos, según su función, y cuando no, deberán estar provistas de barandillas de 1,10 metros de altura y de rodapié adecuado que los encierre del modo más eficaz; en caso de protección insuficiente cuando el trabajo lo exija se colocarán señales indicadoras del peligro en sus inmediaciones”*.

Pues bien, de todo lo dicho hasta este punto, emerge con claridad que en el caso concreto el empleador demandado incumplió el importante deber de prevenir los riesgos inherentes al peligro de caídas en el lugar de trabajo y no garantizó un adecuado ambiente ocupacional, pues se pudo establecer que el trabajador sufrió una caída ocasionada por un hueco o zanja en el piso de su lugar de trabajo, que no se encontraba aislado, ni fuera de la ruta de trabajo y no contaba con barandillas perimetrales, ni señales que alertaran el riesgo de caída y esto le produjo lesiones y secuelas permanentes cuya gravedad y magnitud fue acreditada mediante la respectiva calificación de la pérdida de su capacidad laboral.

6.8. Cuantificación de la indemnización plena de perjuicios:

En virtud de lo anterior, comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente que le ocasionó secuelas permanentes y definitivas al demandante, debe imponerse en su contra el pago de los perjuicios materiales por ese daño. Para el efecto, recordemos que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante. El segundo de ellos se refiere, de acuerdo a la terminología del artículo 1614 del Código Civil, a la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del daño ocasionado. La carga de la acreditación del lucro cesante le corresponde a quien lo reclama, por tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión; así, la parte demandante está llamada no sólo a demostrar el elemento fáctico con cuya base reclama la indemnización, sino también, y para este caso específico, el nexo causal entre el daño físico (o la pérdida de capacidad laboral) y el beneficio económico dejado de percibir a causa de ello.

En aras de estimar económicamente el aludido menoscabo, el actual entendimiento jurisprudencial del principio de reparación integral en punto a la indemnización por lucro cesante ordena que, una vez demostrada la afectación negativa del ejercicio de una actividad productiva, debe procederse al restablecimiento patrimonial del agraviado, para lo cual basta la prueba de su aptitud laboral y, para fines de cuantificación, la remuneración percibida, sin perjuicio de que esta sea suplida por el salario mínimo legal mensual vigente. También se ha establecido jurisprudencialmente, que no es menester exigir al afectado que demuestre el desarrollo de un laborío redituable para acceder a su pretensión, pues basta con encontrar acreditada la pérdida de su capacidad laboral -temporal o permanente-, salvo que su aspiración sea una tasación mayor (sentencia SC4803-2019).

Ahora bien, como en este caso el demandante no quedó totalmente impedido o limitado para el trabajo, sino con una secuela que afecta su movilidad o el arco de movimiento de su pierna derecha y que lo hace menos competitivo en el mercado

laboral de la construcción y de cualquier otra tarea o actividad laboral que suponga el uso de fuerza o destreza física, el lucro cesante consolidado y futuro se calculará en función del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, de modo que para su cuantificación, se partirá del 19% del SMLMV para la época de los hechos.

Definido lo anterior, frente a las condenas relacionadas con la reparación ordinaria y plena de perjuicios que aquí se analiza, específicamente en relación con el lucro cesante, consolidado y futuro, se aplicará el criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2005 (Radicación 22656), en la que, como en oportunidades anteriores, se admitió la aplicación de las fórmulas adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios, partiendo de los siguientes supuestos acreditados en el plenario: *i)* el demandante nació el 14 de noviembre de 1972 (Fl. 28), tenía 41 años, 9 meses y 8 días cuando se accidentó; *ii)* devengaba un salario mínimo y *iii)* su expectativa de vida, según datos obtenidos del DANE, era de 73 años. De lo anterior resulta lo siguiente:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Formulas =	LCM	X	Sn
------------	-----	---	----

$$Sn = \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

LUCRO CESANTE FUTURO

Formulas	LCM	X	an
----------	-----	---	----

$$an = \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Cálculo de la Indemnización debida o consolidada (Vencida):

	AÑO	*MES	DÍA	
--	-----	------	-----	--

Fecha de la Liquidación:	2021	03	31	IPC - Final	107,12
Fecha de Nacimiento:	1972	11	14	Sexo: m	Edad: 41,64
Fecha en que ocurrieron hechos:	2014	08	23	IPC - Inicial	81,90
Ingreso Mensual:	\$ 616.000,00				
Ingreso Mensual Indexado o Actualizado:	\$ 908.526,00				
Más 25% Prestaciones sociales					
Total Ingreso Mensual	\$ 908.526,00				
(%) Perdida de la capacidad laboral (Decimales separados con coma)	19,00%				
Factor de Incapacidad (Ra):	\$ 172.619,94				
Periodo Vencido (meses) n:	79,30				
Indemnización Debida Actual (S):	\$ 16.656.890,95				

Cálculo del Periodo Futuro o Anticipado:				
	AÑO	*MES	DÍA	
Fecha final expectativa de vida:	2054	7	7	
Fecha de la Liquidación:	2021	03	31	
Ingreso Mensual Indexado (Ra):	\$ 172.619,94			
Periodo Futuro (meses) n:	399,50			
Indemnización Futura (S):	\$ 30.368.829,59			

Lucro Cesante (Sumatoria de la indemnización Actual y Futura)	
Indemnización Debida Actual:	\$ 16.656.890,95
Indemnización Futura:	\$ 30.368.829,59
TOTAL	\$ 47.025.720,54

*Fórmula utilizada: $S = Ra \cdot ((1 + i)^{\text{elevado a la } (n) - 1 / i}$				
i= Interés judicial equivalente al 6%efectivo anual convertidos a 0,4867%				

nominal mensual (Art. 2232 Código Civil)	
El periodo, futuro o anticipado, corre desde la fecha de la sentencia hasta el fin de la vida probable de la víctima, esta expectativa se toma de la tabla de mortalidad vigente a la fecha de la sentencia	
Ra = (Renta actualizada)	
n= (Período Futuro)	
*Fórmula utilizada: $S = Ra * ((1 + i)^n - 1) / i (1 + i)^n$	
i= interés judicial equivalente al 6%efectivo anual convertido a 0,4867%	
nominal mensual (Art. 2232 Código Civil)	

Perjuicios morales y daño a la vida de relación: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de octubre de 2008, Rad. 32.720, señaló que el *pretium doloris* o precio del dolor como de antiguo se le conoce, queda a discreción del juzgador siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la carta política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera. Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo. En tales condiciones, la Sala, con apoyo en el arbitrio juris, fijará por dicha súplica un valor que se estima en la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, que se concretan en la suma de \$9.240.000, tomando como referencia para ello que en un asunto que involucraba a un persona que había perdido la mano a la altura del hombro y que producto de la amputación tenía una pérdida de la capacidad laboral del 51,89%, consideró ajustada la suma de cincuenta

(50) salarios mínimos que había impuesto por dicho concepto la jueza de primera instancia.

Corolario de lo anterior, se revocará en su integridad el fallo de primera instancia y en su defecto se declarará **1)** que entre el señor FERNANDO VERGARA CARMONA y la sociedad RUMIE S.A.S. existió contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de abril de 2014 y el 25 de noviembre de 2015, que finalizó por despido injusto del empleador, **2)** que RUMIE S.A.S. le debe al demandante la suma de \$16.817.535 por concepto de indemnización moratoria, **3)** que el demandante sufrió un accidente de trabajo en vigencia del citado contrato y que medió culpa del empleador en su ocurrencia **4)** que RUMIE S.A.S. le adeuda al demandante la suma de \$47.025.720,54 por concepto de lucro cesante y \$9.240.000 por concepto de perjuicios morales subjetivos, **5)** se absolverá de las pretensiones a SERPROC S.A.S. y se impondrá el pago de las costas de primera y segunda instancia a la codemandada RUMIE S.A.S. en un 80%.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala de Decisión Laboral No. 1 presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia por las razones que se explicaron en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** que entre el señor FERNANDO VERGARA CARMONA y la sociedad RUMIE S.A.S. existió contrato de trabajo a

término indefinido entre el 8 de abril de 2014 y el 25 de noviembre de 2015, que finalizó por despido injusto del empleador.

TERCERO: DECLARAR que la sociedad RUMIE S.A.S. fue culpable del accidente de trabajo sufrido por el demandante el 22 de agosto de 2014.

CUARTO: CONDENAR a la codemandada RUMIE S.A.S. al pago de la suma de \$16.817.535 al actor por concepto de indemnización moratoria.

QUINTO: CONDENAR a la codemandada RUMIE S.A.S. a la indemnización plena de perjuicios a favor del señor FERNANDO VERGARA CARMONA por la suma de \$56.265.720,54, correspondientes a \$47.025.720,54 por concepto de lucro cesante y \$9.240.000 por concepto de perjuicios morales subjetivos.

SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones a las codemandadas.

SÉPTIMO: condenar al pago de las costas de primera y segunda instancia a RUMIE S.A.S. a favor del demandante en un 80%

Notifíquese y cúmplase.

La Magistrada ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Con firma electrónica al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 4 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

MAGISTRADO

TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

98c222a391f5c9250364bb2d4fd07b1f564fe4c7e4a1c91e66b4f832ecfa6779

Documento generado en 23/07/2021 02:11:37 PM