

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25290-31-12-002-2015-00597-00
Demandante: **JOSÉ ENRIQUE CASTIBLANCO**
Demandados: **EMSERFUSA E.S.P Y AR TEMPORAL LTDA.**

En Bogotá D.C. a los **28 DIAS DEL MES DE OCTUBRE DE 2021** la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**, procedemos a proferir la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

JOSÉ ENRIQUE CASTIBLANCO demandó a **EMSERFUSA E.S.P Y AR TEMPORAL LTDA.** para que finalizado el proceso ordinario se declare y reconozca la existencia de un contrato laboral de obra celebrado entre las partes el 22 de noviembre de 2012, ejerciendo las funciones como trabajador en misión de **EMSERFUSA E.S.P.** y la labor de operario de aseo en el horario laboral de lunes, miércoles y viernes de 2:00 am a 5:00 pm, martes, jueves y sábados de 6:00 am a 4:00 pm, domingos de 7:00 am a 2:00 pm y festivos de 2:00 am a 5:00 pm. Que el último salario mínimo legal mensual vigente devengado fue de \$616.000. El demandante el 21 de diciembre

de 2012 sufrió accidente laboral estando al servicio de la empresa EMSERFUSA E.S.P. También que al momento de la ocurrencia del accidente el demandante no contaba con los elementos de seguridad y protección para la prestación personal del servicio, toda vez, que no habían sido suministrados por las demandadas. Que la empresa EMSERFUSA E.S.P se benefició de los servicios del demandante y que por consiguiente, se declare responsable solidariamente a la empresa AR TEMPORAL LTDA Y EMSERFUSA E.S.P por perjuicios morales, materiales y demás daños ocasionados al demandante. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas al pago y reparación de todos y cada uno de los perjuicios y daños materiales e inmateriales, así como al pago de \$24.000.000 por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante pasado y futuro), la suma de \$61.600 por concepto de perjuicios morales. También por lo demás que resulte probado en el proceso de manera ultra y extra petita y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de las peticiones, expuso que con la empresa AR TEMPORAL LTDA. celebró contrato de trabajo por duración de la obra 22 de noviembre de 2012, ejerciendo las funciones de trabajador en misión en la empresa EMSERFUSA E.S.P y prestando personalmente sus servicios con un horario laboral de lunes, miércoles y viernes de 2:00 am a 5:00 pm, martes, jueves y sábados de 6:00 am a 4:00 pm, domingos de 7:00 am a 2:00 pm y festivos de 2:00 am a 5:00 pm. El último salario devengado fue de \$616.000, fue afiliado al Sistema de Seguridad Social, a la E.P.S Famisanar, al fondo de pensiones Porvenir y a la ARL Colpatria. Que el 21 de diciembre de 2012 durante el ejercicio de sus funciones sufrió accidente de origen laboral desarrollando las labores de recolector de basura. Que al momento del accidente no contaba con los elementos esenciales de seguridad y protección personal como: guantes, overall, casco, botas, gafas y vestuario; las cuales debían ser suministrados por las demandadas. Ingresó al Hospital San Rafael de Fusagasugá y posteriormente fue remitido al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Unidad básica de Fusagasugá donde de emitió dictamen físico e impartió incapacidad médica por el tiempo de 45 días. El 27 de marzo del 2014, la ARL Colpatria evaluó y emitió dictamen de pérdida de

capacidad laboral en un 8.10% con origen laboral. Dicho dictamen fue apelado ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, obteniendo un 10.13% con origen laboral de pérdida de capacidad laboral.

La demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2015. El Juzgado de conocimiento mediante auto del 15 de febrero de 2016 la inadmitió y el 4 de abril la admitió previa debida subsanación de la demanda y se reconoció personería y ordenó notificar a las demandadas. Notificada la parte demandada empresa AR TEMPORAL LTDA, a través de apoderada judicial aceptó parcialmente las pretensiones, en cuanto a que frente al accidente laboral, obran pruebas documentales de que el demandante recibió los elementos de protección y seguridad necesarios para el ejercicio de su labor y que por otro lado no se le puede endilgar responsabilidad en cuanto a que lo ocurrido corresponde a un “suceso eventual e imprevisto” y por tanto no tiene responsabilidad en la pérdida de capacidad laboral del demandante, ya que cumplió con la afiliación del trabajador a la ARL, Propuso las excepciones de mérito de i) prescripción ii) falta de causa petendi, y iii) ausencia de nexo causal. (fls. 211 – 218 01 Expediente Digitalizado. pdf)

Por su parte la empresa EMSERFUSA E.S.P, a través de apoderado judicial ejerciendo su derecho de contradicción, aceptó parcialmente los hechos y se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en la inexistencia de la solidaridad, inexistencia del vínculo laboral con el demandante, culpa exclusiva del trabajador en la ocurrencia del accidente, también se alega el mal manejo de los elementos de protección ya que tienen por finalidad ser usados en la recolección de residuos sólidos y barrido más no para estar sujeto a los estribos del vehículo. También que la llamada a responder por una posible disminución de pérdida de capacidad laboral es la ARL. Propuso como excepciones de mérito i) prescripción de la acción, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) culpa exclusiva del trabajador en misión, iv) falta de los elementos esenciales del contrato de trabajo, v) cobro de lo no debido, vi) indebida tasación de perjuicios

morales, vii) buena fe viii) inexistencia de las obligaciones y ix) genérica. (fls. 291 – 302 01 ExpedienteDigitalizado.pdf)

En escrito separado formuló llamamiento en garantía a SEGUROS DEL ESTADO, que fue admitido por el Juzgado de conocimiento mediante providencia del 5 de agosto de 2017 y ordenó su notificación, la que se surtió mediante envío de citatorio y aviso y se tuvo por no contestado mediante providencia 8 de agosto de 2019. (Archivo 03LlamamientoGarantiaSegurosDelEstado.pdf)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, mediante sentencia del 10 de junio de 2021 declaró la falta de legitimación por pasiva de la empresa EMSERFUSA E.S.P, declaró la existencia de un contrato laboral entre el demandante y la empresa AR TEMPORAL LTDA. Consideró no demostrada la culpa de la demandada en el accidente laboral ocurrido el 21 de diciembre de 2012 y negó las demás pretensiones condenatorias. Condenó al demandante al pago de costas en el proceso y al pago de los honorarios al perito.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada del accionante presentó recurso de apelación, el cual sustentó afirmando:

“Señor juez muchas gracias. Me permito interponer recurso de apelación y me permito sustentarlo en los siguientes términos. Una vez escuchada la decisión del despacho, me permito interponer recurso de apelación de conformidad al artículo 66 del Código de Procedimiento Laboral, adicionado por la ley 1149 del 2007, artículo 10 al no estar de acuerdo con el fallo y sustentó el recurso de la siguiente manera: el objeto del presente recurso es desestimar las conclusiones adoptadas por el despacho dentro de las consideraciones de primera instancia, toda vez, que se ha dejado de valorar y apreciar en conjunto ciertas pruebas los cuales fueron debidamente allegadas al proceso y del cual demuestra la responsabilidad de las dos demandadas, tanto de la empresa TEMPORAL como de la empresa EMSERFUSA en solidaridad. Se dice que el despacho no tuvo en cuenta que al momento del accidente la empresa usuaria le había asignado funciones como recolector de basura, diferente a lo establecido en el contrato, que previos pronunciamientos de la Corte Suprema Justicia, ha establecido que son puntos muy importantes establecer las funciones del cuales se le asignan a la empresa TEMPORAL y las funciones que le asigna la empresa EMSERFUSA, que el vehículo utilizado como herramienta de trabajo no contaba con los requisitos y características contenidas en el Decreto 1713 del 2002 artículo 47 numeral 7 y 12, además de no estar permitido para la recolección de basura y residuos sólidos, un punto

muy importante que se tenía que debatir como debido que el vehículo fue un instrumento que condujo al accidente. La volqueta no contaba, efectivamente no se demostró que la volqueta contaba con estribos y superficies antideslizantes, sin embargo, el señor juez dio por hecho de que se había demostrado que el empleador incumpliera lo contenido en el artículo 56 y 57 del C.S del T. relativo con las obligaciones de la parte a nivel general y las obligaciones especiales del empleador, entre ella poner a disposición del trabajador protección contra al accidente laboral a fin de garantizar la seguridad social. Se puede determinar que a pesar de que se aportó un documento donde se establecía que se le entregó unas dotaciones dentro del mismo documento, se puede resaltar primero que no tenía fecha, segundo que dentro del listado se estableció que la dotación fue entregada exclusivamente para barrido y tercero que dentro de estos se estableció que no se le entregó guantes. Otra cosa también que el despacho confunde, la entrega a dotación y los elementos de seguridad y protección personal, la ley ha dicho que los elementos de seguridad y protección personal tiene que estar debidamente clasificados y tienen que haber evidencia fotográfica de su entrega. En el expediente no se aporta ninguna evidencia fotográfica. A parte de eso que también se, que el despacho no tuvo en cuenta que se incumplieron las obligaciones de seguridad y protección con violación a las normas de seguridad y salud en trabajo, por deficiencia de las escogencias de vigilancia y capacitación. Pues a pesar de que ellos alegan de que existía capacitación, tampoco existe evidencia. La misma ley ha dicho que las capacitaciones tienen que, para probarlas, hay que demostrar evidencia fotográfica en donde el trabajador las haya recibido con certificación previa. También se demostró que la empresa y no se tuvo en cuenta que la empresa no le suministró al trabajador elementos específicamente destinados para la recolección de basura. Pues, se demostró que el señor fue contratado únicamente para el barrido y la empresa usuaria le asignó una función totalmente, totalmente a la cual fue asignada. También quedó demostrado que el siniestro fue producto de un accidente de trabajo como consecuencia, tuvo una incapacidad laboral y tuvo una calificación por parte de la Junta Regional, prueba que respalda probatoriamente la cuantificación del daño. La responsable del empleador en la ocurrencia de dicho suceso, en esencia, la deriva el demandante por omisión frente a sus obligaciones de surtir y capacitar al trabajador, esas obligaciones no solamente le correspondían de la empresa temporal, sino, también le correspondía a la empresa usuaria. También la empresa usuaria, tenía el deber de verificar los implementos de seguridad y protección y aquí en ningún momento se aportó ninguna documentación que efectivamente quedara probada de que ellos hacían seguimiento y vigilancia y que él contaba con todos los elementos necesarios para el ejercicio de su función. También la prestación del trabajador, no cumplía las condiciones establecida para el contrato. Adicional a esto, el señor José Enrique, ejecutaba labores propias de la empresa EMSERFUSA, unas labores específicas que vinculan el objeto económico de la empresa, por eso era dable considerar que la actividad no era ajena al beneficiario de la obra. Indica razones jurídicas para que ese beneficiario y dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones laborales que surgen respecto a ese trabajador a no ser ajenos a su actividad económica principal. Documental que la misma empresa allega según acuerdo 65 de 1996 en donde ellos estipulan la naturaleza y las funciones para las cuales ellos prestan. También se evidenció, de conformidad al testimonio rendido por el testigo de que el señor José Castiblanco, ejercía esa misma labor durante dos años, a pesar que no se aportó prueba documental, porque se está alegando, de la última vinculación el señor testigo, si manifiesta que llevaba con él trabajando durante dos años, quedando demostrado que existía una tercerización laboral. Señor Juez, respecto al artículo 77 de la Ley 50 se indicó también que el usuario de la empresa de servicios solamente podría contratar para específicas funciones. Y ellos estaban contratando para funciones estrictamente, las funciones estrictas que cumplía la empresa. También el señor juez se equivoca al decir que la apoderada no alegó y no vinculó dentro de la demanda la solidaridad de la empresa, estando demostrado en la pretensión novena que solicitan la responsabilidad de la empresa y la vinculación de manera solidaria de la empresa de servicios públicos de Fusagasugá, para que responda tanto por los daños morales como por los daños materiales. También se evidencia que la empresa de servicios públicos no podía ser exonerada de esta responsabilidad como tampoco la empresa Temporal, porque los daños sufridos y las lesiones sufridas en accidente de trabajo, era responsabilidad exclusiva de estos dos empleadores, en atención a la contratación, los límites temporales y específicos de la actividad. La Temporal, pasa a comportarse como un intermediario, en consecuencia, la usuaria por haber actuado bajo la calidad del empleador aparente, responde por obligaciones principales, esto es como verdadero empleador.

Adicional, que la actividad ejecutada era propia de la empresa e incumplió con las obligaciones de vigilancia y capacitación para poder evitar el accidente como en este caso que utilizó una volqueta que tanto la ley como el trabajador decía que no era indicada para el ejercicio de la función. Hay que tener en cuenta que la volqueta fue utilizada como un elemento de trabajo, por eso no se podía apartarse del material probatorio para su análisis. Otras de las cosas es que el ius variandi frente al verdadero empleador en ningún momento se alegó y tampoco se demostró. Simplemente de manera arbitraria la empresa EMSERFUSA le asignó una labor del cual no le correspondía al trabajador, no estaba capacitado y tampoco tenía los elementos para ejercer esa función. También, el despacho da por probado que la volqueta tenía estribos, sin embargo, no hay evidencias de que efectivamente tenía estribos y en caso de existir, que los estribos estaban en condiciones aptas para la movilización de sus trabajadores. También no tuvo en cuenta la distancia al momento del accidente, desde donde partió el vehículo a donde sucedió el accidente, es imposible que estos trabajadores hayan caminado por más de 2 Km. Adicional a eso, no se tuvo en cuenta, que la empresa EMSERFUSA tenía pleno conocimiento de que ellos se colgaban de los estribos y no existen ni notas, ni certificación, ni llamados de atención que evidencie de que ellos no podían colgarse de los estribos, simplemente lo dicho por el testigo. Adicional a esto, no se puede liberar de responsabilidad por incumplimiento, tanto que la empresa que incumplió todas las normas de seguridad y protección en el trabajo fue la empresa EMSERFUSA, a pesar de que fuera vinculado a la empresa TEMPORAL, fue la empresa EMSERFUSA, porque la empresa EMSERFUSA fue la que lo puso en riesgo al suministrar, al cambiarle no solamente el oficio, sino al suministrarle un vehículo no apto para la recolección de basura. Además, señor juez existe jurisprudencia y jurisprudencia reciente en donde no se puede liberar de responsabilidad a las empresas usuarias, no se puede liberar de responsabilidad por el hecho de ser empresas usuarias y ser el verdadero empleador la empresa temporal y acudo para los alegatos y sustentación del recurso, acudo en lo manifestado en sentencia de, en sentencia del enero 28 del año 2020, donde se estableció los parámetros para establecer la responsabilidad patronal de las empresas usuarias y las empresas temporales. Señor Juez, en esos términos doy por sustentado los alegatos y el recurso de apelación y solicito que se revoque en su totalidad la sentencia y declaren responsables del accidente de manera solidaria a la empresa EMSERFUSA y al verdadero empleador que es la empresa TEMPORAL. Que se declaren ambos responsables por culpa patronal, muchas gracias señor juez.”

El juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente, el 6 de agosto de 2021.

I. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido para alegar en segunda instancia, la parte demandante presentó escrito de alegatos en el cual afirmó:

“A. FUNDAMENTOS DE LOS ALEGATOS Procede la suscrita a hacer un pronunciamiento sobre las generalidades fácticas y jurídicas que rodean el presente litigio, y que por demás estarían a favor de mis mandantes, invocándolas de la siguiente manera: El Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO, fue contratado por la empresa AR TEMPORAL LTDA, mediante contrato de trabajo por ejecución de obra celebrado el día 22 de Noviembre del año 2012, para que ejerciera funciones como trabajador en misión en la Empresa E.S.P Del Municipio De Fusagasugá, para que ejecutara funciones de barrido y ornato. El día 21 de Diciembre del año 2012, el Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO, sufre un accidente de trabajo, cuando se encontraba ejecutando labor de recolección de basura, a cargo de la Empresa

usuaria E.S.P Del Municipio De Fusagasugá- EMSERFUSA, dentro del hipótesis del accidente se estableció que el trabajador se resbalo de una volqueta de propiedad de la empresa usuaria al intentar colgarse de los estribos. El Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO, no fue contratado para realizar la recolección de basuras, por lo que no estaba capacitado para realizar este tipo de trabajos y no contaba con elementos de seguridad y protección, además de que el vehículo utilizado como herramienta de trabajo, no contaba con los requisitos y características contenidas en el Decreto 1713 del año 2002 artículo 47 , que establece expresamente que vehículos pueden ser utilizado para la recolección de basura, excluyendo categóricamente a la volqueta como medio de transporte de residuos sólidos, pero este argumento para demostrar la responsabilidad y la culpa, no fue tenido en cuenta, a pesar que se acredita su utilización y su prohibición. Dentro del trámite del proceso se alegó la culpa del empleador y de la empresa usuaria, por su comportamiento omisivo, hecho que generaría que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia, en los términos del artículo 1604 del CC. En este caso los Demandados no aportaron prueba, que indicara que cumplieron con sus deberes de prevención, cuidado y diligencia, a fin de resguardar la seguridad e integridad de su trabajador. El Código Sustantivo del Trabajo, en los arts. 55 y 56 y específicamente en los arts. 57 y 58, contiene las obligaciones mínimas que deben cumplir las partes en el desarrollo de sus contratos de trabajo y las previsiones que deben acatar los empleadores para procurar la protección y seguridad para sus trabajadores., en cuanto el artículo 348 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda empresa está obligada a “ suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores» y, adoptar las medidas de seguridad indispensables, para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, como también debe llevar a cabo una política de seguridad y salud en el trabajo Dentro de las alegaciones de la AR TEMPORAL LTDA, manifiesta haberle suministrado la dotación, aportando como prueba un documento , que no fue debidamente valorado pues en el mismo se hace alusión a que la dotación no fue entregada de manera completa, además este documento tenía que ser acompañado de evidencia que acreditara la entrega de elementos de seguridad y protección industrial que se debe hacer a través de la matriz de elementos de protección, por tan razón no se podía confundir la entrega de dotación , con la entrega de elementos de protección y seguridad industrial. Las entidades demandadas, por su parte, al contestar la demanda nada dicen sobre las medidas de protección y seguridad adoptada con miras a prevenir los riesgos inherentes a la actividad personal desarrollada por el señor CASTIBLANCO a su favor, ni tampoco apporto medio de acreditación alguno a tales efectos, pues su defensa se concretó exclusivamente en indilgar responsabilidad al trabajador. Sobre el particular, es viable echar un vistazo, a lo que la Doctrina ha señalado referente al artículo 216 del C.S.T., la jurisprudencia, de antaño, si bien es cierto ha venido precisando que la exigencia contenida en el artículo 216 del C.S.T. cuando reclama para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios, la acreditación de la culpa suficientemente comprobada del empleador, que la carga probatoria en principio recae en quien demanda su reconocimiento, también ha señalado que tratándose del deber de prueba de la diligencia contractual “ha de valer la que impone el artículo 1604 del C.C. según la cual la prueba de la diligencia incumbe al que ha debido emplearlo”. En cuanto a la solidaridad deprecada con fundamento en su artículo 34 y 36 del C.S.T, se puede verificar en el Formato único de accidente de trabajo , el cual fue aportado por la suscrita y la demandada AR TEMPORAL LTDA como prueba en el que se verifica claramente que el Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO se desempeñaba como recolector de basura y afines, funciones que pertenecen al giro ordinario de las empresas beneficiaria al ser la prestadora del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo, esto último según acuerdo No 65 de 1996 aportada por la demanda EMSERFUSA EPS, que dice en su ARTÍCULO TERCERO textualmente lo siguiente “ NATURALEZA JURIDICA, la empresa de servicio público de Fusagasugá E.S.P es una empresa industrial y comercial del estado De orden municipal, prestadora de servicios públicos de ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, RECOLECCION Y DISPOSICION FINAL DE BASURAS, BARRIDO DE CALLES, SACRIFICIO DE GANADO MAYOR Y MENOR Y TRATAMIENTO DE AGUAS SERVIDAS O RESIDUALES, dotada de personería jurídica, autónoma administrativa y patrimonio propio e independiente, regida por el derecho privado excepto en lo previsto en normas especiales de derecho público ARTICULO QUINTO: OBJETO- “ la empresa tendrá por objeto prestar los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, recolección y disposición final de basuras, barrido de calles, sacrificio de ganado mayor y menor y tratamiento de aguas servidas o residuales.” , Señor Juez del

acuerdo transcrito se puede verificar que el Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO ejecutaba para la Empresa de Servicios Públicos de Fusagasugá EMSERFUSA E.P.S una labor específicamente vinculada con el objeto económico de la empresa razón suficiente para ser vinculado al proceso. Ahora bien, en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se indica que los USUARIOS de las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES solamente podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del C.S.T. 2º. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3º. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más. Ocurre que las labores contratadas por la Empresa de Servicios Públicos de Fusagasugá EMSERFUSA E.P.S no revisten las características contempladas en la norma transcrita, razón por la cual se concluye que el Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO fue contratado para funciones propias de la empresa y de carácter permanente, atendiendo que la recolección de basuras y barrido no es una función que se hace de manera esporádica sino es una función que se hace de manera permanente cumpliendo funciones que no podían ser materia de contratación bajo la figura de intermediación laboral con empresas de servicios temporales, presuntamente disfrazando un vínculo propio de una relación legal y reglamentaria y evidenciándose una triangulación entre estas empresas. La empresa de servicio públicos es responsable de los daños sufridos por el trabajador, por las lesiones sufridas en el accidente de trabajo, en atención que como beneficiario del servicio y siendo que bajo su órdenes y con las herramienta (volqueta) suministradas poco actas para desarrollar las funciones, el señor Castiblanco se accidenta y en virtud de la delegación que le otorga la empresa de servicios temporales, no brindar al trabajador los implementos que lo protegieran de las eventualidades que se podrían presentar, pero ninguna de las dos cumplió con tal obligación, además para el momento del accidente ejecutivo una labor diferente a la que fue contratado. Para finalizar es necesario recordar que el Señor JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO cuando estaba ejerciendo funciones de recolección de basuras, sufre un accidente de trabajo, tal como aparece en el formato único de accidente de trabajo suscrito por el Jefe de Personal de la entidad demandada; pero este accidente se hubiera podido prevenir o no se hubiera llegado a tal gravedad si el trabajador contara para ese momento con los elementos de protección y seguridad industrial, requeridos para este tipo de labores, obligación que le correspondía únicamente a las demandadas, además de omitir el suministro de capacitaciones que debía recibir el trabajador, es de público conocimiento que la empresa de servicio públicos de Fusagasugá, utiliza en la recolección de basuras un automotor tipo volqueta, y que para el traslado de sus trabajadores no le asignan un vehículo adicional a la volqueta si no estos tiene que ir en la parte superior de la volqueta llena de basura y residuos o en los estribos, pero este vehículo tenía que contar con estribos con superficies antideslizantes, y manijas adecuadas para sujetarse de tal forma que el personal pueda transportarse momentáneamente en forma segura, vehículo que no cumplía con esos requisitos, siendo un sistema no apto para recolección de basuras, colocando en riesgo la salud al realizar esta actividad, no solo porque en cualquier momento se podían caer, sino que en el momento del percance carecía de los elementos de seguridad industrial; todos estos hechos conllevo a que la demandada fuera imprudente y negligente con las consecuencias funestas recibidas por el trabajador, por otro lado una de las obligaciones del empleador establecidas en el C.ST es la entrega de los elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades laborales, obligaciones que no cumplieron y que de manera inapropiada pretenden endilgarle responsabilidad a mi mandante. En cuanto a la culpa del accidente de trabajo que le atribuyen al Señor JOSE CASTIBLANCO, referente a estar sujetado en los estribos de la volqueta al momento del accidente, es preciso mencionar que la ley si permite que los operarios de aseo se trasladen sujetados en lo estribos, según el Artículo 37 numeral 7 del DECRETO 2981 DE 2013 (Diciembre 20) Por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo y enuncia las Características de los vehículos de recolección y transporte de residuos sólidos y que dice lo siguiente” Los equipos destinados a la recolección deberán tener estribos con superficies antideslizantes, y manijas adecuadas para sujetarse de tal forma que el personal pueda transportarse momentáneamente en forma segura”. Así las cosas, competía al extremo demandados EMSERFUSA ESP Y AR TEMPORAL LTDA, por ser a la parte contractual a quien le incumbía probar la diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones de protección y de seguridad impuestas por el artículo

56 del Código Sustantivo del Trabajo, acreditar la actuación esmerada y diligente frente al cumplimiento de tales exigencias inherentes a su condición de empleador al contar con los medios de acreditación que dieran cuenta de las capacitaciones que se le suministraron al trabajador a fin de que pudiera desarrollar de manera adecuada y segura la actividad para la que fue contratado; igual sucede con la entrega de la dotación apropiada y el suministro de los elementos de seguridad mínimos para el desarrollo de la actividad personal encomendada, teniéndose cuando menos, entre otros, para el oficio realizado por el Demandante como recolector de basuras-, el uso de gafas, mascarilla, botas industriales, cinturón ergonómico, casco, entre otros. Al quedar acreditada la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el demandante, y de otra parte, al no haberse demostrado por el ente empleador el suministro de capacitaciones y elementos de seguridad y protección mínimos para el desarrollo adecuado de la labor por parte de aquél a favor del señor CASTIBLANCO es dable imputar responsabilidad a título de culpa en su ocurrencia, susceptible de tasar como responsabilidad patrona a los Demandados. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, está probado que el daño causado, el nexo causal y la culpa patronal, no hay prueba en contrario aportada por los demandados que puedan desvirtuar lo dicho en la demanda, de esta forma, solicito a la Honorable Sala revocar el fallo de primera instancia y conceder las pretensiones a favor, doy por presentado y sustentados en estas condiciones los alegatos de conclusión.”

La demandada EMSERFUSA ESP, presentó escrito por medio del cual solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia y para sustentar la petición afirmó:

“Me permito presentar los siguientes fundamentos fácticos y en derecho ante el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Laboral, para que una vez escuchados, se confirme la decisión adoptada por el Juez de conocimiento al no haberse demostrado por parte del actor, en primer lugar, la acreditación y/o existencia de los perjuicios causados y, en segundo orden, la falta de los requisitos establecidos en el artículo 206 del Código General del Proceso (juramento estimatorio), cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización. Al igual que, la cuantificación de las condenas solicitadas como más adelante pasaré a explicar. SOLICITUD DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES CON OCASIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE EMSERFUSA E.S.P., derivada del accidente laboral sufrido por el demandante JOSE ENRIQUE CASTIBLANCO, el 21 de diciembre de 2012, se sabe que los elementos que permiten configurar una responsabilidad civil, son: i) el hecho dañoso, ii) la culpa del autor y, iii) la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio irrogado a la víctima. Estos elementos deben ser plenamente acreditados, a efectos de deducir la responsabilidad de autor del daño e imponer la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados; existiendo los dos primeros elementos configurantes (culpa y daño), y relación de causalidad que puede decaer, si se acredita que fungió en el evento una fuerza mayor, un caso fortuito, el hecho eficiente de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. Respecto del año infligido, debe decirse que dentro del plenario obra prueba del informe pericial del accidente en el que se evidencia que el día 21 de diciembre de 2012, la volqueta de placas OFA-031 de propiedad de EMSERFUSA E.S.P., y conducida por MIGUEL ANTONIO BARBOSA CARRILLO, ocasionó un daño al señor JOSÉ ENRIQUE CASTIBLANCO, donde este último resultó lesionado al colgarse de los estribos del vehículo en movimiento. Teniendo en cuenta la prueba que milita dentro del expediente, como lo es la prueba testimonial y el informe policial, se puede determinar que fue el demandante (trabajador) quien infringió el deber objetivo de cuidado, al viajar colgado de los estribos del vehículo sin tener la debida precaución al momento de desplegar ese tipo de actos, poniendo en riesgo su propia vida. Lo anterior, se concluye por cuanto el señor Castiblanco en un acto de irresponsabilidad, decide lanzarse hacia el vehículo el cual se encontraba en movimiento precisamente cuando el conductor estaba distraído mirando hacia un costado de la (sic) para girar e ingresar a una vía principal cual es de alto flujo vehicular. Acto que generó que el señor Castiblanco calculara mal el salto, resbalara y finalmente cayera sin que el conductor pudiera maniobrar el vehículo para evitar el accidente. La culpa de la víctima como causa exonerante tiene su razón de ser en que la víctima no puede pretender encontrar una causa de reparación en su propia culpa. Si existe de su parte una falta voluntaria, la cosa es evidente, si no es culpable más que de una simple imprudencia o negligencia, igualmente

exonera de responsabilidad, pues no puede hacer recaer el daño que proviene de su propia culpa. Así lo ha expresado la jurisprudencia al indicar que “Si la causa inmediata o determinante de un accidente radica en la imprudencia grave de la víctima, la parte demandada queda exenta de responsabilidad, ya que en uno y otro supuesto es el perjuicio quien ha determinado su propio daño.” Ahora bien, con relación a las CONDENAS SOLICITADAS por el actor en el petitum, solicito al Honorable Tribunal, no acceder a las indemnizaciones reclamadas, como quiera que en primer lugar, la parte actora no allegó prueba sumaria que acreditara la causación de los perjuicios ni menos aún las indemnizaciones reclamadas. En segundo lugar, las mismas no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 206 del C.G.P., el cual reza “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente discriminando cada uno de sus conceptos”, empero así no sucedió, toda vez que la profesional se limitó a solicitar las indemnizaciones sin cumplir con el lleno de los requisitos establecidos para este tipo de reconocimientos y, en tercer lugar, tampoco discriminó cada uno de los conceptos en forma detallada, ni mucho los cuantificó y/o liquidó conforme las directrices establecidas por la ley. Prueba de ello, es que la perito designada por el Juez de primer grado para cuantificar uno de los perjuicios, no pudo rendir la experticia al no encontrarse debidamente probado el hecho tal y como lo manifestó en el informe y en consecuencia, se abstuvo de tasar el mismo. (subrayado por la suscrita). Ahora bien, con relación al reconocimiento del lucro cesante referente al pago por la pérdida de la capacidad laboral, establece la legislación laboral que la “indemnización por incapacidad permanente parcial se presenta cuando el trabajador afiliado a una Administradora de Riesgos Laborales -ARL- sufre una disminución definitiva de su capacidad laboral entre el 5% y el 50%, esto hace que la ARL le reconozca una indemnización proporcional al daño sufrido”, como lo indica la Sentencia 777 de 2013. “(...) El afiliado al sistema que sea calificado con incapacidad permanente parcial tendrá derecho a que se le reconozca una indemnización proporcional al daño sufrido, que será de dos (2) a veinticuatro (24) salarios base de liquidación. Adicionalmente, la norma señala que, si se trata de una patología de carácter degenerativo, se podrá calificar nuevamente el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del afiliado (...)” En este orden de ideas, dejo presentado los alegatos de conclusión para que sean tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia. En este orden de ideas, es evidente que las condenas a los codemandados por concepto de perjuicios morales y materiales carecen de fundamentación al no reposar prueba de la existencia de los perjuicios, pues téngase en cuenta que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que las normas consagran en el efecto jurídico que ellas persiguen (Art. 167 del C.G.P.)”

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las sociedades demandadas, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación la controversia en esta instancia resulta en determinar (i) si entre José Enrique Castiblanco y EMSERFUSA E.S.P. existió contrato de trabajo o si por el contrario desde el 22 de noviembre de 2012, estuvo vinculado únicamente con la

demandada AR TEMPORAL LTDA; y (ii) si el accidente sufrido por el trabajador el 21 de diciembre de 2012 ocurrió por culpa del empleador, en los términos del artículo 216 del CST. Y si en efecto de ello se generan perjuicios que deban ser resarcidos por los accionados.

Respecto de la relación laboral entre las partes se observa que el juez de primera instancia declaró que entre el demandante y AR TEMPORAL LTDA existió un contrato de trabajo desde el 22 de noviembre de 2012 hasta el 9 de diciembre de 2014. Respecto de la demandada EMSERFUSA ESP declaró que no tuvo la calidad de empleador del actor.

Para resolver lo correspondiente y revisado el expediente se evidencia con las copias de liquidaciones de prestaciones sociales y contratos de trabajo, que el demandante celebró contrato de trabajo con la sociedad AR TEMPORAL LTDA el 22 de noviembre de 2012 para desempeñar funciones de aseo y barrido en la empresa usuaria EMSERFUSA ESP, se observa que el vínculo fue terminado el día 30 de diciembre de 2012 por terminación de la obra para la cual fue contratado. El día 2 de enero de 2013 celebró nuevo contrato de trabajo con AR TEMPORAL LTDA por duración de la obra o labor contratada, para desarrollar las labores de operario de aseo y barrido en la usuaria EMSERFUSA ESP, contrato que terminó el día 9 de diciembre de 2014 por renuncia voluntaria del trabajador (fls. 120 – 125, 143 – 146 Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

También se allegó al expediente copia del contrato de prestación de servicios celebrado el 1 de abril de 2012 entre EMSERFUSA ESP y AR TEMPORAL LTDA, cuyo objeto fue la vinculación de 46 trabajadores como personal temporal en misión en las divisiones de acueducto, alcantarillado, aseo, plantas de tratamiento, división comercial y división administrativa de EMSERFUSA ESP. Se demostró además que el mencionado contrato terminó el 31 de diciembre de 2012. El 1º de enero de 2013 las entidades mencionadas celebraron nuevo contrato de prestación de servicios cuyo objeto fue la vinculación de personal temporal en misión para el cumplimiento de las actividades trazadas en los procedimientos de los procesos

misionales, administrativo y de apoyo a EMSERFUSA ESP. (fls. 177 – 178 y 195 – 203 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

Ahora bien, para establecer si la vinculación del demandante con la empresa de servicios temporales se realizó conforme lo establecido en la normatividad aplicable, debe recordarse que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define como empresa de servicios temporales a *“aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”*. De igual manera el numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, establece que los usuarios de empresas de servicios temporales, sólo podrán contratar con éstas para los siguientes eventos: (i) cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y (iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

De esta manera el objeto de estas empresas es suministrar a un tercero la prestación de servicios temporales o transitorios de personas naturales, frente a las cuales las empresas de servicios temporales tienen la calidad de empleador y el tercero es calificado por la ley como usuario quien se define como *“toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales”*, conforme al artículo 73 de la referida norma.

Por su parte el Decreto 24 de 1998 artículo 13 en su párrafo, señaló que si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga la necesidad originaria del servicio específico del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

Ahora bien, revisados los contratos de trabajo por duración de la obra suscritos entre el demandante y AR TEMPORAL LTDA, se indicó que se vinculaba como trabajador en misión en la empresa usuaria EMSERFUSA ESP para desarrollar las labores de aseo y barrido; sin embargo no se encuentra en estos que la contratación del demandante se haya realizado con algunas de las finalidades establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 para la vinculación de trabajadores en misión, como son las labores ocasionales, accidentales o transitorias; reemplazo de trabajadores en vacaciones o licencias; o para atender incrementos de producción, transporte, ventas de productos o mercancías y por el contrario lo que se evidencia que es que fue envidado como trabajador en misión a EMSERFUSA ESP, para cumplir labores de aseo y barrido, que se relacionan con el objeto social de esta entidad, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Acuerdo No. 80 de 1996 expedido por el Concejo Municipal de Fusagasugá, es prestar servicios públicos de acueducto, alcantarillado, recolección y disposición final de basuras, barrido de calles y tratamiento de aguas servidas y residuales. (fls. 287 – 288 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

La representante legal de AR TEMPORAL LTDA, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que para el proceso de contratación de las personas que se enviaron en misión a la usuaria EMSERFUSA ESP, se realizó un proceso de licitación, recepción de hojas de vida, exámenes médicos y se procedió a la debida contratación.

De los medios de prueba antes mencionados, analizados en conjunto atendiendo la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Art. 61 del CPTSS), concluye la Sala que el trabajador José Enrique Castiblanco, estuvo vinculado con EMSERFUSA ESP mediante dos contratos de trabajo por duración de la obra y no bajo una sola relación laboral como se afirma en la demanda, pues se encuentra evidencia de la suscripción de dos contratos, el primero que fue celebrado el 22 de noviembre de 2012 y terminó el 30 de diciembre del mismo año por decisión de la empresa de servicios temporales por terminación del contrato celebrado con EMSERFUSA ESP en la misma fecha, tal como se demuestra con la adición al

contrato de prestación de servicios No. 10 y su liquidación que obran de folios 183 a 185. De igual manera está demostrado que el 2 de enero de 2013 el actor suscribió un nuevo contrato de trabajo con ocasión del contrato de prestación de servicios celebrado entre las demandadas el día 1º de enero de esa anualidad y cuyo objeto fue la vinculación de personal temporal en misión para el cumplimiento de las actividades trazadas en los procedimientos de los procesos misionales, administrativo y de apoyo a EMSERFUSA ESP.

Se llega a la anterior conclusión porque si bien se demostró que los contratos fueron suscritos con la empresa AR TEMPORAL LTDA para ser remitido como trabajador en misión a la empresa usuaria, no se logró demostrar que el objeto de las dos vinculaciones realizadas, estuviera dentro de las causales establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues en los contratos ni siquiera se indicó que la contratación era para desarrollar labores ocasionales, accidentales o transitorias; para reemplazo de personal en vacaciones o en uso de licencias o para incremento de producción y tampoco se demostró con los medios de prueba decretados y practicados que la vinculación del demandante encuadrara en alguna de las causales establecidas en la norma aplicable.

De acuerdo con todo lo anterior se concluye que la vinculación de José Enrique Castilblanco con EMSERFUSA ESP a través de AR TEMPORAL LTDA no se ajustó a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo que debe declarar que estuvo vinculado laboralmente con EMSERFUSA ESP en dos ocasiones: la primera del 22 de noviembre de 2012 al 30 de diciembre de 2013 y la segunda del 2 de enero de 2013 al 9 de diciembre de 2014 mediante contratos de trabajo por duración de la obra y que AR TEMPORAL LTDA, actuó como simple intermediario en los términos del artículo 35 del CST.

En consecuencia, se revoca parcialmente la decisión de primera instancia en este punto que llegó a conclusión diferente.

Establecido lo anterior, corresponde analizar si el demandante sufrió un accidente de trabajo el día 21 de diciembre de 2012 y en caso afirmativo este sucedió por culpa suficientemente comprobada del empleador.

Sobre el primer cuestionamiento, debe recordarse que conforme el artículo 3 de la Ley 1562 de 11 de julio de 2012 "*Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional*", accidente de trabajo es "*...todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo...*".

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-432 de 2013, emitida con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, apuntó lo siguiente respecto del concepto y alcance del accidente de trabajo:

“3.3.4.1. Según el artículo 3º de la Ley 1562 de 2012, el accidente de trabajo debe entenderse como “todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte”. De manera específica, el legislador también considera accidente de trabajo, todo aquél suceso que se presenta por fuera del horario de trabajo, pero bajo las órdenes del empleador, así como el que acaece durante el ejercicio de la función sindical, o en eventos deportivos o recreativos, cuando se actúa por cuenta o en representación de la empresa.

A partir de la descripción realizada por el legislador, es claro que el accidente de trabajo consiste en aquella eventualidad que afecta la salud física o psíquica del trabajador y que incluso puede conllevar a su muerte, siempre y cuando ocurra por causa o con ocasión del trabajo. Esto significa que –por su propia naturaleza– este accidente se encuentra vinculado con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato laboral enunciadas en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales consisten –básicamente– en realizar de manera personal la labor encomendada, cumplir con los reglamentos, obedecer las órdenes e instrucciones impartidas por el empleador, guardar la reserva de la información que se tenga bajo su custodia, cuidar los bienes y colaborar en casos de siniestros o de riesgos inminentes que afecten a las personas o a las cosas de la empresa.

3.3.4.2. Cuando la norma describe que el accidente de trabajo no sólo es aquél que sobreviene por causa del trabajo, sino también aquél que se produce con ocasión del mismo, a juicio de esta Corporación, quiere significar que el siniestro debe tener ocurrencia mientras la persona se encuentra desempeñando la labor encomendada, sin que necesariamente se limite a una hipótesis de una orden

dada por el empleador o a una de las actividades normales que se encuentran a su cargo”

En el presente caso, se demuestra la ocurrencia del accidente con el formato único de accidentes de trabajo de fecha 21 de diciembre de 2012, realizado por AR TEMPORAL LTDA ante la administradora de riesgos laborales Colpatria, se demuestra que en la misma fecha José Enrique Castiblanco sufrió accidente de trabajo y como descripción del mismo se anotó que al subirse a la volqueta se resbaló y se pegó en la pierna izquierda. De igual manera, en el informe de accidente No. 1180486 de la Secretaría de Movilidad de Fusagasugá, se dejó constancia que el 21 de diciembre de 2012 entre las 9:25 y las 9:45 de la mañana se presentó un accidente de tránsito con el vehículo tipo volqueta identificado con placa OFA-031, se registró en el mismo como víctima a José Enrique Castiblanco y como hipótesis del accidente se anotó *“viajar colgado en los estribos”*. Así mismo en la historia clínica expedida por el Hospital San Rafael de Fusagasugá, se dejó consignado que el 21 de diciembre de 2012, el demandante sufrió accidente de trabajo que le causó traumatismo en la pierna izquierda, posterior a caída de volqueta a tres metros de altura. Se allegó además el informe realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se determinó incapacidad de 45 como consecuencia del accidente de trabajo. (fls. 4 – 7, 21 – 22 y 37 – 38 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

Se observa además que el demandante siguió un proceso para calificación de pérdida de capacidad laboral, dentro del cual el 4 de julio de 2013 la Junta Regional de Calificación de Invalidez por solicitud de la Fiscalía Local de Fusagasugá, dictaminó una pérdida de capacidad laboral de 8.4% sin determinar origen ni fecha de estructuración y como diagnóstico motivo de calificación se indicó *“heridas múltiples de la pierna”*. La ARL Colpatria el día 12 de marzo de 2014 determinó un porcentaje del 8.1% de origen laboral. Finalmente, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió dictamen el día 19 de diciembre de 2014 en el cual calificó al actor con pérdida de calificación laboral de 10.13% de origen laboral y con fecha de estructuración del 12 de febrero de 2014 (fls. 25 – 28, 54 – 64 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

Ahora, corresponde determinar si dicho siniestro es imputable a culpa patronal, conforme al artículo 216 del CST, que prevé: *“...Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo...”*; que se configura, entre otros supuestos, cuando hay incumplimiento de las normas de seguridad industrial o salud ocupacional, sin que se pierda de vista que la noción de culpa tiene que ver con la falta de *“...aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios...”*, como lo asentó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sent. del 10 de abril de 1975), en el cual retomó, sin duda, la definición consagrada en el artículo 63 del Código Civil, que se refiere a diversas clases de culpa como la grave y la leve, siendo del caso precisar desde ahora que como el artículo 216 del CST no hace ninguna calificación sobre el grado de culpa, se refiere a todas, incluso a la denominada culpa o descuido leve que se define como *“...aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes...”*. De igual manera hay que tener en cuenta que la responsabilidad en estos casos es esencialmente de orden contractual, por cuanto son obligaciones especiales del patrono *“...Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores”*; *“Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud...”*, como lo establece el artículo 57 del CST. Del mismo modo, no hay que dejar de lado que una de las acepciones de la culpa tiene que ver con aquellas conductas en las que el agente no prevé el daño que puede causar un acto suyo, pero que hubiera podido preverlo dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, en el que la culpa se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como ejemplo.

Por consiguiente, para que surja la obligación de indemnización plena de perjuicios hay que demostrar por parte de quien la alega, la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono o sus representantes, o el deber

general de prudencia, que emana del vínculo laboral; así como la plena incidencia que tuvo la omisión en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, por cuanto corresponde atender la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó, pues al empleador le corresponde probar que está exento de responsabilidad debido a que tanto él como sus representantes obraron con el cuidado y la diligencia que les corresponde.

Así, uno de los elementos decisivos en este tipo de responsabilidad es la existencia de un nexo causal entre el daño y la omisión del empleador, que es tanto como decir que esta tuvo una incidencia directa y necesaria en la ocurrencia del accidente; como lo ha adoctrinado la jurisprudencia legal al señalar “...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...” Sentencia SL2799-2014, reiterada en la SL13653-2015, radicado 49681 MP Rigoberto Echeverri Bueno); providencia en la que igualmente se consagró:

“(...) Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, 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 «...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...» (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.)

En torno a lo anterior, en la sentencia CSJ SL17216- 2014 la Corte insistió en que «...corresponde a quien pretende el pago de la indemnización demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, que como se anotó también derivan del pacto contractual, y la plena incidencia que tuvo en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, en tanto corresponde atenderse la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó.»

En igual dirección, en la sentencia CSJ SL4350-2015, la Sala precisó:

La censura se duele de que, según su decir, el ad quem no aplicó el artículo 1604

del CC que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, esto es a la empresa; reproche jurídico que no se aviene a la situación del sublite, puesto que, para beneficiarse el trabajador de los efectos de esta norma del Código Civil, primero él debe probar el incumplimiento de parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, en cuyo evento le traslada a aquel la carga de probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales como el presente.

Al decir el recurrente que acepta las conclusiones fácticas a las que arribó el ad quem, pareciera que la censura fundamenta la supuesta aplicación indebida, por la vía directa, del artículo 216 del CST que le atribuye al ad quem en que, si bien comparte que esta disposición exige «la culpa suficientemente comprobada» cuando se persiga obtener la indemnización plena de perjuicios, lo admite en el entendido de que la empresa siempre tiene a su cargo la prueba de que actuó con la debida diligencia y cuidado, so pena de resultar condenada a la indemnización plena de perjuicios.

Se equivoca el impugnante en su argumento, por cuanto la jurisprudencia tiene asentado, de vieja data, que al exigir el artículo 216 del CST la culpa suficientemente comprobada, le corresponde al trabajador demostrar el incumplimiento de una de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, lo cual, según el ad quem, no ocurrió y, para ello, se ha de precisar esta vez que no basta la sola afirmación genérica de la falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió el incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador, el cual, a su vez, ha de tener nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de los perjuicios, las que igualmente deben ser precisadas en la demanda. (Resalta la Sala)”.

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de AR TEMPORAL LTDA, manifestó que tiene conocimiento del accidente de trabajo sufrido por el demandante el día 21 de diciembre de 2012. Manifestó además que en ese momento el demandante se encontraba ejerciendo las funciones para las cuales fue contratado. No tiene conocimiento si el vehículo utilizado estaba autorizado para la recolección de basura y que los trabajadores recibían capacitación previa para realizar la labor y que se entregaron los elementos de protección personal al trabajador demandante.

En el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, como detalles del accidente relató que el accidente de trabajo ocurrió el 21 de diciembre de 2012 a las 9:45 de la mañana, que en ese momento llegaron los operarios, el conductor de la volqueta Miguel Barbosa llamó al Hospital San Rafael, llegó una ambulancia y recibió atención médica.

Como se puede observar, en los interrogatorios no se obtuvo confesión de las partes en los términos del artículo 191 del CGP, por lo que lo narrado se tomará como declaración de parte y será valorada de acuerdo con las reglas generales de la apreciación de los medios de prueba. No sobra reiterar que conforme al numeral segundo de la norma citada el dicho de la parte solo tiene la connotación de confesión en cuanto afirme hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o favorezcan a la parte contraria.

La parte demandante y la accionada EMSERFUSA ESP, convocaron como testigo a MIGUEL ANTONIO BARBOSA CARRILLO quien estuvo presente en el accidente de trabajo ocurrido el 21 de diciembre de 2012 porque era el conductor de la volqueta en la cual estaban recolectando basura. Sobre el accidente relató: *“eso fue el día 21 de diciembre de 2012, la hora como le dije anteriormente a las 9:48 minutos, nos encontrábamos haciendo la recolección de basura diagonal a Coviprof, el cual el señor se fue a subir al estribo de la volqueta, él venía con una incapacidad que ese día casualmente entraba a laborar, creo que él tenía una sutura de dos tres puntos en su rodilla, lo que pudimos percibir fue que cuando él se subió al estribo se alcanzó a golpear con la puerta, de lo cual perdió la estabilidad, pues siendo que le digo yo, arrollado por la llanta delantera del vehículo en mención.”* Dijo que el estribo está ubicado en la cabina del vehículo y este se utiliza para para que el conductor o acompañante suban e ingresen a la cabina, tiene unas medidas de aproximadamente 40 o 30 centímetros, donde queda apoyado el pie del operario. El estribo donde se subió el demandante estaba ubicado al lado derecho del vehículo. Sobre la actividad que estaba desarrollando en ese momento el demandante informó que se encontraba recogiendo basura que era arrojada a la volqueta y agregó: *“como salíamos del barrio que se encontraba ahí él, ya había un espacio para ingresar a otro barrio, entonces, él tenía que subirse al estribo que era el único sitio donde se encontraba para que los operarios que iban caminando se subieran”* (...) *“se quedaba ahí cogido del espejo colateral, de los espejos retrovisores y él se transportaba mientras ingresábamos al otro barrio para no irse a pie.”* Al preguntársele si subirse al estribo era parte de las funciones del actor, manifestó: *“no, no señor, en ese momento ya era como autónomo del operario si se iba a pie o si se iba en el estribo, no, no era que le tocara porque estábamos cerca de un trayecto al otro, entonces él se subió para no caminar esos escasos pasos.”* El día del accidente el demandante llevaba toda la dotación que se exige para esa función, overol, distintivos, reflectivos, botas de

punta de carbono, guantes y pava, lo que le consta porque antes de empezar operatividad como conductor tenía la responsabilidad de revisar que todos los operarios llevaran los implementos requeridos y que esos elementos eran suministrados por AR TEMPORAL. En el vehículo también iban Miguel Ángel Rodríguez que iba al otro lado y también Germán Soacha que iba como encarrador encima de la volqueta. Sobre el trabajo de los operarios relató que la recolección es constante, casa por casa, conjunto por conjunto, pero se suben esporádicamente a los estribos, caminan diez metros y se suben por cinco metros, haciendo intervalos y aclaró: *“esporádicamente ellos se suben al estribo y si no van caminando porque el recorrido es continuo, no es inventando ni nada, sino que es continuo, las bolsas de la basura las encontramos en todo momento sobre la vía, entonces ellos no tienen que subirse en todo momento en el estribo, irse caminando.”* (...) *“no es que les toque por obligación subirse a los estribos, porque en ese momento están desempeñando funciones de caminar, caminar para poder recoger y recolectar la basura, ya está a libre decisión del operario si se sube en estos estribos que están estipulados para eso.”* (...) *“no está permitido, esto es un vehículo como lo dije anteriormente de que ya los operarios son autónomos de subirse o no, subirse en los estribos, para el desplazamiento del vehículo, porque el vehículo va en constante movimiento en su momento de la operatividad, entonces yo creo que los operarios tienen que ir detrás del cargo echando la basura en el vehículo, ya son autónomos si ellos ven un espacio de 10 – 15 metros para subirse a los estribos.”* Refiriéndose al demandante manifestó: *“fue autónomo para tomar la decisión de subirse al estribo ya que teníamos que desplazarnos de ese sitio de donde salíamos al nuevo sitio por ahí unos 10 – 15 metros, entonces, él tomó la decisión de subirse al estribo.”* Que no es frecuente el uso de esas volquetas para la recolección de basuras, son un apoyo cuando algún vehículo recolector se llena en su totalidad y la volqueta entra a apoyar en ese momento. Dijo además que los estribos cuentan con superficies antideslizantes. Sobre las capacitaciones que se brindan a los operarios, manifestó: *“en todo momento se encarga la ARL de esas cuestiones”* (...) *“por ejemplo el uso debido de toda la dotación, los residuos, nos explican de que por ejemplo lo que es vidrios y toda esa situación los operarios no deben cargarlo por precaución, tienen que estar vigilantes en todo momento a la defensiva de los vehículos que van detrás de ellos, todas estas capacitaciones nos las ... siempre nos las hacen aquí en la empresa...”*

Analizados los medios de prueba anteriormente relacionados, concluye la Sala que en el caso bajo examen no se demostró la culpa del empleador ni de la intermediaria en el accidente de trabajo el 21 de diciembre de 2012 y en el que resultó lesionado el demandante, ninguna evidencia se puede extraer al respecto de los documentos allegados por las partes y el único testigo llamado al proceso, manifestó que el demandante se subió al estribo de la volqueta utilizado para el ingreso a la cabina por decisión propia, porque los operarios en la recolección de basura, deben ir caminando, pero que por ahorrar camino, en ocasiones se suben a los estribos de los vehículos.

Ahora bien, sobre las características del vehículo en el que se estaba prestando el servicio de recolección de residuos, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el numeral 1º del artículo 49 del Decreto 1713 de 2002 que regula las características de los vehículos transportadores de residuos sólidos, éstos deben ser motorizados, estar claramente identificados por el color, logotipos, placa de identificación entre otras particularidades. También dispone en su numeral 3º que los distritos y municipios que cuenten con más de 8.000 usuarios en el servicio público domiciliario de aseo deberán contar con equipos de compactación de residuos, pero que se exceptúan aquellos que se destinen a la recolección de residuos separados con destino al aprovechamiento, de escombros, de residuos peligrosos y otros residuos que no sean susceptibles de ser compactados.

Como puede observarse, la norma indica que los municipios y distritos con más de 8.000 usuarios del servicio público domiciliario de aseo deben contar con equipos de compactación de residuos, sin embargo no prohíbe el uso de otro tipo de vehículos como en este caso las volquetas, ya que al regular las excepciones al uso de compactadores, indica la norma pueden utilizarse máquinas diferentes cuando se trate de recolección de residuos con destino al aprovechamiento, o de escombros, residuos peligrosos y otros que no sean susceptibles de ser compactados. De acuerdo con lo anterior y al encontrarse que no se encuentra prohibido por la norma el uso de volquetas, no es posible concluir que el vehículo en el que se encontraba prestando el servicio el demandante no era el adecuado

para realizar la actividad como afirma la parte actora, máxime que tampoco demostró si los residuos sólidos que se encontraban recogiendo en ese momento eran de los que debían recolectarse en equipos compactadores. Además, el testigo narró que la volqueta se utilizaba de manera ocasional como apoyo a los demás vehículos cuando estaban llenos.

Respecto del argumento de no contar la volqueta con estribos para transportar a los operarios, no probó la parte actora que dicho automotor no contara con los estribos antideslizantes para transportar al personal de manera momentánea en forma segura y por el contrario lo que se evidenció con la declaración de Miguel Antonio Barbosa, es que el estribo en el que se subió el demandante, se utilizaba para que el acompañante del conductor ingresara a la cabina, no para el transporte de operarios, así como también, de su declaración se evidencia que el demandante y los demás operarios no estaban autorizados para realizar esta maniobra y que en todo caso esos estribos para el ingreso a la cabina son antideslizantes.

Finalmente, no es posible concluir que el demandante se encontrara desarrollando funciones diferentes para las cuales fue contratado, pues en los dos contratos de trabajo suscritos por éste se especificó que las labores serían de barrido y aseo, última que abarca la labor de recolección de basura que estaba realizando el día del accidente. También se demostró con el testimonio de Miguel Ángel Barbosa Carrillo, que el empleador brindó al trabajador capacitaciones relacionadas con el cargo que desempeñaba y que cumplía con la entrega de elementos de protección personal. Sobre este punto es importante agregar que no era necesario que la demandada demostrara con registros fotográficos la asistencia a capacitaciones y la entrega de los elementos como lo afirma la parte demandante en el recurso, por lo tanto, al encontrarse creíble la versión ofrecida por el testigo es procedente tenerlo como prueba de este hecho.

Así las cosas, se evidencia que la empresa no incumplió con la obligación de procurar por la protección contra accidentes y enfermedades laborales, pues no

se encontró que no contara con sistema de salud ocupacional en el sitio de trabajo, plan de prevención de accidentes de trabajo, incumpliera el régimen de riesgos laborales, que no entregara elementos de protección personal al actor o que no cumplía con los requisitos de seguridad y salud en el trabajo, siendo necesario que se estableciera de manera concreta cual omisión fue la que generó el accidente para imputarle responsabilidad al empleador, pues no se trata de la responsabilidad objetiva establecida por la simple ocurrencia del accidente, sino la responsabilidad subjetiva donde debe estar demostrada plenamente la omisión en que incurrió el empleador y el nexo de causalidad del mismo con la ocurrencia del siniestro.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que, del examen de los medios de prueba allegados al proceso, no aparecen demostrados los supuestos facticos previstos en el artículo 216 del CST, para imputarle al empleador responsabilidad; no es posible elevar condena alguna.

De acuerdo con lo anterior y al no encontrarse la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente, debe confirmarse la absolución de primera instancia en este punto.

Agotados los temas de apelación, se revoca parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto declaró la falta de legitimación de la demandada EMSERFUSA ESP y se confirma en sus demás partes. Por el resultado obtenido, no se impondrá condena en costas en la segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales 1° y 2° de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, el día 10 de junio de 2021, para

en su lugar **DECLARAR** que entre **JOSÉ ENRIQUE CASTIBLANCO** y **EMSERFUSA ESP** existieron dos contratos de trabajo, el primero que tuvo vigencia del 22 de noviembre al 30 de diciembre de 2012 y el segundo del 2 de enero de 2013 al 9 de diciembre de 2014 y que **AR TEMPORAL LTDA.** tuvo la calidad de simple intermediario, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia,

2. **CONFIRMAR** en sus demás partes la sentencia apelada.
3. **SIN COSTAS.**

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO, Y CÚMPLASE.



JOSE ALEJANDRO TORRES GARCIA
Magistrado

No firma la presente acta por encontrarse de permiso autorizado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA