

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado Ponente

Valledupar, Cesar, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILMAR BONETH SANTIAGO
Demandado: SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA Y OTRO
Radicación: 200013105001 **2009 00206 01**
Decisión: REVOCA PARCIALMENTE SENTENCIA

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de mayo de 2017.

I. ANTECEDENTES

El demandante, a través de apoderado judicial promovió demanda laboral en contra de la sociedad Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término duración de la obra o labor determinada que inició el 21 de mayo de 2008 y terminó injustamente el 5 de noviembre de 2008. En consecuencia, se condene al demandado a pagarle la indemnización de 180 días de salario conforme a la ley 361 de 1997, indemnización por despido injusto, pago de horas extras y recargos, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, sanción moratoria ordinaria y especial por el no pago completo de prestaciones sociales y por la no consignación de las cesantías a un fondo, perjuicios materiales y morales, más las costas y agencias en derecho.

Solicito igualmente se condene a la sociedad Drummond Ltd por las condenas que se le impongan a la demandada principal.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 21 de mayo de 2008, suscribió con la sociedad Asesorías del Litoral Ltda, un contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada, para que se desempeñara como “operador de camión 793”, en las instalaciones de la mina de la empresa Drummond Ltd, ubicada en el corregimiento de la Loma de calenturitas jurisdicción del municipio de El Paso – Cesar.

Refirió que en los exámenes de ingreso realizados previo al inicio del contrato no padecía ningún tipo de enfermedad o discapacidad y en desarrollo de sus funciones el 4 de agosto de 2008, siendo las 8: 00 am sufrió un accidente laboral tal y como se reportó a la ARL Colmena bajo el reporte numero 2123560, por el cual no le otorgó incapacidad médica.

Contó que ese accidente laboral consistió en que una roca de gran tamaño cayó sobre la tolva del camión 2349 que conducía cuando se encontraba en el feeder número 3 y a raíz de ese impacto le surgió un fuerte dolor en la espalda, por lo que padece disminución de su capacidad laboral.

Relató que mediante comunicación entregada el 5 de noviembre de 2008, su empleadora le comunicó la terminación del contrato de trabajo a partir del 30 de octubre de 2008, aumentando para ello que había terminado la obra o labor contratada con la empresa contratista.

Afirmó que Servicios y Asesorías del litoral Ltda, le continúa prestando los servicios a la empresa usuaria Drummond Ltd, por lo que necesita de manera permanente personal para desarrollar la labor que él ejecutaba.

Precisó que por su labor se le pagaba la suma básica mensual de \$876.490 y que cumplía con un horario laboral en turnos de 12 horas diarias durante 7 días y 3 días de descansos continuos para luego hacer turnos nocturnos de 12 horas diarias durante 7 días seguidos, pero la demandada solo le pagaba 8 horas de trabajo diarios.

Expuso que la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones se pagó de manera irregular pues no se incluyó el valor real de las horas extras y recargos.

Al contestar la demanda **Servicios y Asesorías del Litoral Ltda**, se opuso a las pretensiones. En cuento a los hechos aceptó la existencia de un contrato de trabajo, su modalidad y extremos, aclarando que este terminó con justa causa motivada el 30 de octubre de 2008, además que siempre se le pagaron todos sus derechos laborales conforme a los periodos y salario devengados.

Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó “falta de causa para pedir”, “pago” y “prescripción”.

Por su parte la demandada solidaria **Drummond Ltd**, aceptó que el actor le prestó sus servicios personales como trabajador en misión suministrado por la temporal Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, manifestando no constarle los restantes, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de solidaridad entre la empresa de servicios temporales servicios y asesorías del litoral y Drummond Ltd*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*prescripción*”, “*buena fe*”, “*temeridad y mala fe*”.

Esa demandada llamó en garantía a la **Compañía Aseguradora de Fianzas SA -Confianza SA-**, quien al dar respuesta a la demanda, afirmó ser ajena a los hechos ahí relatados, señalando que la sociedad Servicios y Asesorías del Litoral Ltda tomó las pólizas CU-009082 y RO 00372, cuyo asegurado es Drummond Ltd, para la vigencia 1º de marzo de 2007 al 31 de diciembre de 2010, con ocasión a los perjuicios surgidos en la ejecución del contrato de oferta mercantil Nº DCI-912, por un valor asegurado de \$1.109.888.000. en defensa de sus intereses propuso las excepciones de mérito que denominó “*Cumplimiento del garantizado en sus obligaciones*”, “*naturaleza del seguro de cumplimiento*”, “*inexigibilidad de indemnización por*

ausencia de cobertura”, “inexigibilidad de las pretensiones por expresas exclusiones del contrato de seguro”, “inexistencia de responsabilidad del garantizado en los términos del artículo 216 del CST”, “Inexigibilidad de indemnización por ausencia de solidaridad laboral”, “inexigibilidad de indemnización por violación de la garantía pactada en el contrato de seguro”, “inexigibilidad del cobro conjunto de indemnización moratoria e indexación”, “inexigibilidad de indemnización frente a la póliza de responsabilidad civil extracontractual RO003702”, “límite máximo del valor asegurado”.

También llamó en garantía a **A.I.G Colombia Seguros Generales SA** hoy Chartis Seguros Colombia S.A, la cual contestó la demanda manifestando no constarle los hechos de la misma, aceptando lo relacionado a la póliza de seguro número 1000061 en el que Drummond Ltd figura como beneficiario y asegurado, proponiendo como excepciones de mérito *“inexistencia del siniestro”, “limitación a la suma asegurada y aplicación de deducibles”, “inexistencia de la obligación que se reclama por ausencia de responsabilidad patronal a cargo de la sociedad asegurada demandada”, “inexistencia de los perjuicios que se demandan” y “coadyuvancia”.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de 19 de mayo de 2017, resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre el señor WILMAR BONETH SANTIAGO, en su condición de trabajador y SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA, como empleador existió contrato de trabajo.

SEGUNDO: Absolver a la demandada SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA de las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Absolver a DRUMOND LTD y a las AIG Colombia Seguros Generales a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A “CONFIANZA”, de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condénese en costas a la parte demandante. Tásense por secretaria.

QUINTO: Consúltese esta providencia si no es apelada”.

Como sustento de su decisión, señaló que, al no haber discusión respecto de la existencia del contrato de trabajo a término obra o labor

determinada, sus extremos temporales y cargo desempeñado, se hace procedente su declaración, además que a folios 20, 21, y 22 obran pruebas de esas situaciones.

Respecto del reajuste de salarios y prestaciones sociales concluyó que:

“... no se indicó, ni se demostró mediante ninguna prueba, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, tampoco dentro de qué horario lo hizo, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, dado que, conforme lo disponen los artículos 167 del Código General del Proceso y 1757 del Código Civil, a la parte actora le incumbe la carga de demostrar el supuesto fáctico sobre el cual descansa su pretensión. Mas aun cuando la empresa usuaria por razón de su actividad minera tiene organizado el trabajo de sus servidores por turnos de 3/7-4/7^ en jornadas de 11 y Vz horas durante los respectivos turnos por que ello implica tener mayor precisión acerca de los días que estuvo en turno el trabajador y en cuales descansó, etc., documentación que no reposa en. el expediente. Por lo tanto, debe absolverse a la demandada del pago de esos conceptos y consecencialmente de la reliquidación de prestaciones sociales”.

En cuanto a la ineficacia del despido e indemnización por despido injusto, encontró que a la terminación del contrato de trabajo que lo fue el 30 de octubre de 2008, el trabajador no gozaba de estabilidad laboral reforzada en tanto que ni siquiera estaba incapacitado y que si bien padece una PCL del 13.25% la misma se estructuró el 9 de diciembre de 2008 es decir con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, por lo que no se dan los requisitos del artículo 26 de la ley 361 de 1997, para declarar la ineficacia del despido.

En lo referente a la indemnización por despido injusto, expuso que a folio 22 se probó que Servicios y Asesorías del Litoral el 30 de octubre de 2008, le terminó el contrato de trabajo por obra o labor contratada, alegando la cancelación de la orden de pedido N° 2470 del 21 de mayo de 2008, lo cual constituye una justa causa para hacerlo, razón por la que también absolvió a las demandadas por esa indemnización.

Frente a la indemnización por perjuicios materiales y morales, dijo que *“En el caso bajo estudio lo primero a resaltar es que al demandante se le estableció una pérdida de capacidad laboral por enfermedad común, que incluso se estructuró con posterioridad al fenecimiento del contrato laboral que existió entre el trabajador y Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, pues la Junta Regional de Calificación de Invalidez del César, fijó como tal el 09 de diciembre de 2008, y la relación laboral concluyó el 30 de octubre de 2008. De suerte que, como la pérdida de la capacidad laboral del demandante no provino del accidente de trabajo, ni tampoco de enfermedad profesional, primera condición para que sea viable la indemnización plena de perjuicios, dentro de la cual se encuentran los perjuicios morales y materiales, no cabe duda que debe absolverse a la demandada de esta pretensión”*.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, concluyó que la empleadora no incurrió en la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 99 de 1990. Como quiera que al haber iniciado y terminado el contrato de trabajo antes del 31 de diciembre del 2008, no surgió la obligación para el empleador de consignar las cesantías a un fondo sino de entregárselas directamente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión adoptada por la juez primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la misma en lo que a la absolución a las demandadas se refiere, alegando que erró la juez al no declarar la ineficacia del despido o en su lugar la indemnización por despido injusto, debido a que *“... lo único que motivó realmente la terminación del contrato individual de trabajo de mi mandante, no fue la culminación de la obra contratada, sino su condición de discapacidad, por lo que en primera instancia lo que protege la norma en relación con estos trabajadores no es someterlos a un trámite engorroso de un proceso judicial, sino, su estabilidad en el empleo mientras persista la situación de discapacidad, por lo que procede que el despacho haciendo uso de las facultades de ley ordene la ineficacia de la terminación*

y por ende el reintegro de mi mandante con las demás pretensiones accesorias”.

Expuso igualmente que “no puede desconocer el despacho que la Orden de Pedido No. 2470 de fecha 21 de mayo de 2008 nunca fue aportada al expediente por ninguna de las demandadas, así como tampoco su carta de culminación, luego entonces no tiene el despacho como predicar el tiempo de culminación de la misma conforme a las probanzas requeridas, por cuanto si el trabajador alega que la terminación del contrato individual de trabajo se produjo unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador, es a éste (empleador) a quien le corresponde la carga probatoria de demostrar su justeza en la culminación, carga probatoria que no asumió la demandada y que el despacho paso por alto”.

Solicitó se condena a la demandada a reajustar los salarios y prestaciones sociales pagadas, aduciendo que “al estar acreditado en el proceso que el promedio de horas laboradas por el demandante en un periodo de tres semanas excedía las cuarenta y ocho horas a la semana (De donde 168 corresponde al número de horas laboradas / 3 al número de semanas permitidas por el artículo 165 C. L. = 56 correspondiente al número de horas de trabajo por semana) por lo tanto sobrepasaba el límite impuesto en la norma, (En 8 horas de trabajo por semana): en ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la norma especial no puede aplicarse por faltar sus condicionamientos, el despacho debió dar aplicación a las normas de carácter general cuales son los artículos 158 jornada ordinaria, 159 trabajo suplementario, 161 jornada máxima de trabajo - duración, 168 remuneración del trabajo nocturno y del suplementario tasas y liquidación de recargos, 172 descanso dominical remunerado 173, remuneración 174 valor de la remuneración, 175 excepciones 177, descanso remunerado en otros días de fiesta -remuneración, 179 trabajo dominical y festivo del Código Laboral. Es fácil concluir que es diferente computar horas extras a partir de las primeras 144 horas laboradas, que computar horas extras desde su causación; así las cosas tenemos que al trabajador se le estarían dejando de cancelar un promedio diario de cuatro (04) horas extras, con su correspondientes recargos nocturnos y un dominical por cada turno de trabajo”.

En cuanto a la indemnización moratoria, expuso que, si se declara de forma subsidiaria que la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo se produjo en fecha 5 de noviembre de 2008 y no en fecha 30 de octubre de 2008, se le adeudan 5 días de salarios y de prestaciones sociales, lo que hace procedente la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 29 de la ley 798 de 2002.

Finalmente refirió que erró la a quo en no acceder a su pretensión de pago de indemnización por perjuicios materiales y morales, debido a que se demostró la existencia del accidente laboral y las lesiones sufridas al no haberse triturado en forma mas pulverizada una roca de material estéril el cual cayó en la tolva del camión ocasionando la lesión descrita lo cual no requiere peritazgo para su valoración.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con los antecedentes planteados, corresponde a la Sala determinar **i)** si se dan las situaciones fácticas, legales y jurisprudenciales para declarar la ineficacia del despido en aplicación a la ley 3361 de 1997, en caso negativo, verificar si procede la indemnización por despido injusto **ii)**. Si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras y recargos, en caso positivo si procede la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, **iii)** si se debe condenar a las demandadas al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del trabajo, **iv)** si hay lugar a condenar a la demandada a pagar la sanción moratoria ordinaria por el no pago completo de salarios y prestaciones sociales, v) verificar si se dan las exigencias legales para declarar a Drummond Ltd solidariamente responsable por las codenas que se llegaren a imponer a la demandada

Servicios y Asesorías del Litoral Ltda y si las llamas en garantías a su vez deben garantizar dichos pagos.

No hace parte del debate probatorio en esta instancia, por haber sido excluido de la litis por las partes en la audiencia del 28 de marzo de 2012 (fº 371), los siguientes hechos:

*“Hecho 1: Que entre el demandante y la sociedad Servicios y Asesorías del Litoral Ltda., existió un contrato de trabajo por el término que dure la realización de la **obra o labor determinada**, pero con la aclaración de las demandadas que por, tratarse la sociedad Servicios y Asesorías del Litoral Ltda., de una empresa de servicios temporales, el trabajador era suministrado temporalmente como trabajador en misión para ejecutar una labor a una empresa usuaria.*

Hecho 2: La fecha de iniciación del contrato fue el día 21 de mayo de 2008.

Hecho 3: Que el cargo desempeñado por el demandante fue de Operador de camión 793, en las instalaciones de la mina Drummond LTD., ubicadas en el corregimiento de la Loma de Calenturas, Jurisdicción del Municipio de El Paso Cesar, pero con la aclaración por parte de las demandadas, que esa labor la prestó en calidad de trabajador en misión.

*Hecho 15: Que la empresa Servicios y Asesorías del Litoral Ltda., le entregó carta de despido al demandante, en fecha 5 de noviembre de 2008, argumentando que había terminado la obra o labor contratada con la empresa contratista, y que tal **terminación sería a partir del 30 de octubre de 2008**”.*

1. De la ineficacia del despido a persona en estado de debilidad manifiesta.

Para resolver el problema jurídico planteado, debe recordarse que cuando una persona pretende derivar para sí los efectos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tiene la carga de probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que le corresponde acreditar su estado de capacidad diversa o discapacidad y comprobar el conocimiento del empleador. En ese orden, la jurisprudencia

de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ ha determinado que para llamar a surtir efectos a la protección contemplada en el citado artículo 26, es necesario que se cumplan estos requisitos:

(i) La terminación unilateral del vínculo laboral por parte del empleador; (ii) **el estado de debilidad manifiesta de que adolece el trabajador o la trabajadora sujeto del despido, a raíz de una afectación en su salud**; (iii) la ausencia de autorización por parte del Ministerio de Trabajo para que el patrono adopte dicha decisión, (iv) **el conocimiento previo del empleador respecto de la condición de salud que presenta el subalterno.**

Y es que el artículo 13 de la Constitución Política reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger «*especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*». Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial.

Garantía que se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la «*estabilidad en el empleo*», reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental. Y, en desarrollo de esas exigencias constitucionales, se expidieron diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la «*Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*», y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

Asimismo, recuerda esta colegiatura que la jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido insistente en señalar que la protección especial de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la terminación de contratos de trabajo, **sólo es**

¹ CSJ SL3911-2020

aplicable a trabajadores que acrediten efectivamente su condición de discapacidad, en los fallos como en el CSJ SL3145-2021, reiterado en la CSJ SL2434-2022 se dijo:

*“Ahora bien, más recientemente, en la sentencia CSJ SL711-2021, esta sala de la Corte precisó algunos conceptos relacionados con el derecho a la estabilidad laboral reforzada, emanada de la Ley 361 de 1997, y, específicamente en cuanto a los destinatarios de la garantía, insistió en que **«[...] son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15%, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas [...]»** (Ver también las sentencias CSJ SL 058-2021 y CSJ SL572-2021). En ese sentido, ha dicho la Sala que los beneficiarios **«[...] no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas [...]»**, todo por cuanto **«[...] no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.»** (CSJ SL711-2021). (Negrillas de la sala).*

La H. Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

*“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a **la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”**, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, **la persona puede verse discriminada por ese solo hecho**. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, **si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...**”*

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, las subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares **las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares**, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, **la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.**
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En el sub examine, lo que se discute es si a la fecha de la terminación del contrato de trabajo Wilmar Boneth Santiago, se encontraba con un grado significativo de discapacidad o que la afectación en su salud era de tal relevancia que fuera incompatible con las funciones por él desempeñadas, para de esa manera hacerse acreedor de la protección legal que invoca; situación que no se demostró como quiera que con la demanda se aportó:

- Informe de accidente de trabajo N° 2123560 elaborada por Colmena ARP, en donde se reportó que el 4 de agosto de 2008 a las 8:30 el trabajador *“me encontraba en el camión 2349 cuando una roca cayó en la tolva del camión bruscamente, con el impacto se*

rompió el vidrio frontal, me encontraba en el feender #3 debido a este impacto y el movimiento brusco me surgió un dolor en la parte baja de la espalda, fui remitido a seg industrial y se realizó un reporte sin generación de incapacidad” (fº 37 y 38).

- Formulario de “Atención de Urgencias”, del Hospital La Jagua de Ibirico ESE, del 22 de noviembre de 2008, donde Wilmer Boneth Santiago refiere “me duele la espalda”, por lo que el médico tratante le recetó “4 diclofenaco amp 75 mg, 04 betametasona amp 8 mg, aplicar las 2 amp juntas X 4 días, Metocarbamol TabX30, tomar 1 tableta diaria” (fº35 y 36)
- Formulario de “Atención de Urgencias”, del Hospital La Jagua de Ibirico ESE, del 30 de noviembre de 2008, donde Wilmer Bonet Santiago refiere dolor de espalda de 3 días de evolución, donde el médico tratante le recetó “20 ibuprofenos 1 tab por cada 8 horas, 20 acetaminofén 1 tab cada 8 horas, 30 tiaminas 1 tab diaria” (fº 39 y 40).
- Estudio RX Columna Lumbar – particular a nombre de Boneth Santiago Wilmar el 9 de diciembre de 2008, realizado por el Centro Médico Doctor Wenceslao Ropain Miranda, en donde se consignó “*existe listesis grado III de L5 sobre S1 por espondilólisis bilateral a este nivel y estrechamiento secundario de este espacio intervertebral. El resto de os cuerpos vertebrales, de los espacios intervertebrales, las facetas articulares, las láminas, los pedículos y las apófisis transversas y espinosas no muestran alteración. Los tejidos blandos paravertebrales son normales*” (fº 24).

Con esas documentales, Boneth Santiago no demuestra que a la fecha en que le fue terminado su contrato de trabajo -**30 de octubre de 2008**-, se encontrara con una deficiencia física o mental de tal relevancia que le impidiera ejecutar su labor como “operador de camión”, pues el hecho que el entonces trabajador el 4 de agosto de 2008, hubiera padecido un accidente laboral que ni siquiera le produjo incapacidades médicas y que

con posterioridad la terminación del contrato de trabajo se le encontraran algunos hallazgos en su salud, no lo ubica en el campo de la protección foral, máxime si no se demostró que esas afecciones constituyeran una barrera que le impidiera ejercer efectivamente la labor a él encomendada por el empleador.

Vale apuntalar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL1152 de 2023**, reitera el criterio traído en las sentencias CSJ SL711-2021 y CSJ SL 572-2021, señalando que: “... si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una «calificación técnica descriptiva», **en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse: “[...] del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.**” (Subrayas y negrillas de la sala)

En la misma sentencia, al contrastar el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad, la H. Corte determinó que la protección de la estabilidad laboral reforzada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad

que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

- (i) **La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo** -factor humano-;
- (ii) **El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico** -factor contextual-; y
- (iii) **La contrastación e interacción entre estos dos factores - interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-**.

... Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron **tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad**, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

... Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores, **no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso**, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, **al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente**, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997". (Negrillas y subrayas de la sala).

Ante ese panorama fáctico, legal, jurisprudencial y probatorio, para la Sala, al momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor no se encontraba en situación de debilidad manifiesta que le permitiera gozar de la estabilidad laboral reforzada traída por el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues se itera que el hecho de acreditarse que el actor hubiera acudido al médico el 22 y 30 de noviembre de 2008 y el 9 de diciembre del mismo año, por un dolor de espalda, no prueba que las afecciones ahí diagnosticadas fueran de tal relevancia que le impidieran ejercer sus labores de manera continuas en favor de la pasiva, y menos aun cuando la misma

nunca se puso en conocimiento del empleador, pues las afecciones surgieron con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo tanto así que la Junta Regional de Calificación de invalidez del Cesar le otorgó una PCL del 13.25% de origen común estructurada el 9 de diciembre de 2008 (fº 456 a 460).

Por todo lo dicho, esta Colegiatura encuentra acierto a lo decidido por la juez de primer grado en la sentencia objeto de reproche, misma que se confirma en su integridad.

2. De la Indemnización por despido injusto.

En los eventos como el presente, se ha dicho reiteradamente que corresponde al trabajador demostrar la ocurrencia del despido y, al empleador, probar que el finiquito laboral estuvo amparado en una justa causa establecida por la ley o en un modo legal.

Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL1680-2019, señaló:

*“No debe perderse de vista que esta Corporación ha sostenido en innumerables oportunidades que en estos asuntos **conciernen a la parte accionada la carga de demostrar la justeza del despido. Es decir, que una vez probado por el demandante el hecho del desahucio –lo cual se cumplió cuando adosó la carta de despido y el demandado asintió tal hecho en la contestación-, a la parte accionada le compete acreditar la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, no siendo suficiente para dichos efectos lo previsto en la carta de despido, en la medida en que este elemento probatorio por sí solo, no es capaz de demostrar la existencia de los hechos allí invocados, razón por la que es menester que se complemente con otros medios de convicción:***

(.....) para la autoridad judicial ello no es suficiente para acreditar los hechos que allí se le atribuyeron al actor, y esta aserción, además de que no es desvirtuada por la censura, la comparte íntegramente la Corte, toda vez que, como se ha dicho en otras oportunidades, lo manifestado allí constituyen los motivos de la decisión del empleador, pero por sí solo, no demuestra la existencia de los mismos, sino que las imputaciones al trabajador deben estar soportadas en otras pruebas del proceso que acrediten la existencia de los hechos. (CSJ SL33535, 26 ago. 2008)”. (Negrilla y subrayado por esta Sala).

Por su parte, el párrafo único del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965,

establece que: “La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”.

El hecho del despido se encuentra demostrado con la comunicación del 30 de octubre 2008, mediante al cual el gerente de la sociedad demandada le comunicó a Wilmar Boneth Santiago su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, en donde se informó:

*“Nos permitimos comunicarle que **la empresa usuaria canceló la orden de pedido No. 2470 del 21 de mayo de 2008** por lo tanto el contrato individual de trabajo por duración de la obra o labor contratada existente con usted termina el 30 de octubre de 2008.*

Que la terminación del contrato se dio por terminación de la obra o labor contratada; esto es la terminación de la necesidad del servicio temporal por parte de la empresa usuaria.

Usted laborará hasta el 30 de octubre de 2008.

Agradecemos los servicios prestados y su gran colaboración durante el tiempo que laboró para nuestra empresa, el pago de su liquidación de prestaciones sociales le será entregado en nuestras oficinas.”.

A folio, 20, las partes pactaron “contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada”, que en su cláusula “CUARTA” se dispuso “DURACIÓN DEL CONTRATO: La labor contratada durará el tiempo estrictamente necesario solicitado al empleador por la Empresa Usuaria mediante orden de pedido N° 2470 de fecha 21 de mayo de 2008, en consecuencia **el contrato terminará en el momento en que la empresa usuaria comunique al empleador la cancelación de la orden de pedido, indicando que ha dejado de requerir los servicios del trabajador en misión** sin que el empleador tenga que reconocer indemnización alguna”.

De esas pruebas, se evidencia que la encartada finca su decisión de terminarle al actor el contrato pactado por el término que dure la realización de la obra determinada, en el hecho que la usuaria Drummond Ltd “**canceló la orden de pedido No. 2470 del 21 de mayo de 2008**”, sin embargo, no

obra en el plenario prueba alguna con que acredite esa situación, pues la encartada solo aportó la comunicación de terminación del contrato y no probó la comunicación que le hiciera Drummond Ltd, mediante la cual le informara la cancelación de la orden de pedido N° 2470 del 21 de mayo de 2008, tal y como se dispuso en la cláusula cuarta del contrato de trabajo referido.

Ante ese panorama, al no demostrar Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, la justa causa en que fundó su decisión, eso apareja como consecuencia jurídica la declaratoria de la injusteza del despido, razón por la que de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, se condena al pago de la indemnización correspondiente a la suma de **\$5.905.510**, teniendo en cuenta que el contrato para el suministro de personal DCI-912 suscrito entre Drummond Ltd y la demandada, en virtud del cual prestó sus servicios el actor, terminó conforme al “*ACTA DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE CONTRATO*”, el 28 de enero de 2009 (f° 94), es decir 118 días luego del despido, además que con la documental de folio 172 se demostró que el actor devengaba un salario promedio mensual de \$1.501.401.

3. De la indemnización plena y ordinaria de perjuicios

La fuente normativa de la responsabilidad patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad laboral, la constituye el artículo 2341 del Código Civil, y en desarrollo de esta norma en el área laboral se encuentra el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone:

*“Cuando exista culpa suficientemente 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 la anterior disposición, son cuatro los elementos básicos que se deben acreditar para que proceda el reconocimiento de la indemnización total y ordinaria por perjuicios, a saber:

i. Un hecho imputable al empleador, esto es, la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que produzca al trabajador una lesión orgánica, perturbación funcional o estado patológico permanente o pasajero, derivados del hecho del trabajo.

ii. **Culpa patronal** en la ocurrencia del accidente o enfermedad en el **trabajo**.

iii. El daño o perjuicio derivado por la víctima, es decir, la incapacidad temporal, la incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados) o la pérdida definitiva de la vida derivados del accidente o enfermedad laboral, y todas sus consecuencias de orden material y moral.

iv. El nexo causal entre el daño y la culpa, es decir, que el daño o perjuicio deben ser efecto o resultado de la culpa patronal en el hecho que ocurre por causa o con ocasión del trabajo.

Esa indemnización plena de perjuicios es de naturaleza subjetiva, en la medida que no basta probar el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad laboral que hubiere sufrido el mismo, sino que además es necesario demostrar el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, dispuestos en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, que le imponen comportarse en la ejecución del contrato de trabajo de conformidad con los intereses legítimos de ese trabajador, y eso implica tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el mismo sufra menoscabo en su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Cuando ello no ocurre así, esto es, cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo, emerge entonces la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador los daños causados.²

Entonces en estos eventos en que el trabajador o ex trabajador, pretende el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria de perjuicios, causada con ocasión a una lesión padecida en un accidente o enfermedad laboral, es carga procesal suya la de demostrar las

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de junio de 2005, Rad. 22656.

circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de ese accidente o enfermedad laboral.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 7181-2015, reiterada en la SL 5546 de 2019, en la que se señaló:

*“Aunque la Sala tiene definido que, según la preceptiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, al demandante le incumbe demostrar la culpa del empleador, no es menos cierto que también ha considerado que cuando se imputa al patrono una actitud **omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional**, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores. Así, por ejemplo, en sentencia 26126 de 3 de mayo de 2006, expuso la Corte:*

(...) No puede olvidarse, además que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.

(...) No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, solo se libera de responsabilidad si acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.

Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:

«Ciertamente, una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con

el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual. **(Negrilla fuera el texto original)**.

De igual manera, el empleador para evitar cualquier accidente o daño en los que se vea afectado el trabajador, debe implementar una política de seguridad y salud en el trabajo, en lo pertinente regulada, por la Ley 9 de 1979, Resolución 2400 del mismo año, el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002, Decreto 1443 de 2014, Ley 1562 de 2012 (CSJ SL 2388 de 2020).

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme a las documentales de folios 456 a 460, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, mediante dictamen N°2848 del 16 de julio de 2012, dictaminó que el actor padece una Pérdida de Capacidad laboral del **13.25%**, estructura el 9 de diciembre de 2008, de **origen COMÚN**.

En ese orden de ideas, de conformidad con ese dictamen, se tiene que las patologías (lumbago no especificado) que aqueja al actor son de **origen común**, mal haría la Sala en acceder a la pretensión del actor encaminada a que se ordene el pago de la indemnización total y ordinaria por perjuicios a que se refiere el artículo 216 del CST, como quiera que esta se otorga exclusivamente respecto de la ocurrencia de accidente de trabajo o enfermedad de **CARÁCTER LABORAL**.

Se precisa igualmente que, si bien se probó que el 4 de agosto de 2008, el actor sufrió un accidente laboral (f° 37), no demostró que ese accidente le acarreó una pérdida de capacidad, pues lo probado es que la patología de “*lumbago no especificado*”, fue calificada como de origen común lo que descarta de tajo cualquier culpa en su ocurrencia por parte del empleador, razón esa por la que se confirma la decisión apelada en este punto.

4. Del trabajo suplementario, recargos y la reliquidación de los derechos laborales.

La jornada laboral ordinaria es la que convengan las partes, o a falta de convenio la máxima legal (Artículo 158 CST) y el trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria y en todo caso el que excede la máxima legal (art 159 CST), y en aplicación del artículo 161 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 20 de la ley 50 de 1990, aplicable para la época en que se ejecutó el contrato de trabajo suscrito por las partes “la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana”.

Por su parte el artículo 168 ibidem, dispone que:

*“2. el trabajo extra dinero se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.
4 el trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno”*

Asimismo, para el reconocimiento de trabajo suplementario y recargos, resulta necesario recordar que la pretensión del reconocimiento y pago de trabajo suplementario (horas extras) y recargos por servicios prestados en jornada nocturna y días dominicales o festivos, imponen al demandante la carga de probar, más allá de cualquier duda razonable, las horas que fueron laboradas en exceso de la jornada ordinaria o en condiciones extraordinarias y que se denuncian impagadas.

La jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene adoctrinado que el trabajo suplementario y horas extras, no pueden estar sometidos a suposiciones y su probanza debe despejar cualquier duda respecto de las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que tuvieron ocurrencia, tesis esta que comparte esta sala y que se encuentra vertida en las sentencias de dicha Corte SL3009-2017, SL10418-2017 y SL10597-2017, reiterada más recientemente en la SL 5264-2019. En esas sentencias se dejó sentado que:

*“...para que el juez produzca condena por horas extras, **dominicales o festivos** las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, **es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una***

definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas, como sucedió en el sub examine". (negrilla y subrayas por fuera del texto original).

Revisado el acervo probatorio, verifica la Sala que el demandante no aportó ninguna prueba con el alcance demostrativo suficiente para acreditar que hubiera prestado los servicios en jornada extraordinaria, más allá de las jornadas reconocidas y pagadas por la demandada a folio 25 a 34 y 168 a 172 y teniendo en cuenta la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la cual ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario, debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los días y las horas en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones, efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo; a esta Sala no le queda otro camino sino la de asentir la conclusión a la que llegó la *a quo* en la sentencia apelada, por cuanto en el plenario no se demostró la ejecución del trabajo suplementario que dice el actor haber realizado en favor de la encartada.

Al ser lo anterior de esa manera, y como quiera que las pretensiones de condena incoadas en la demanda (*reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones cotizaciones en pensión e indemnización moratoria*), se derivan del reconocimiento de las horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos reclamados por Boneth Santiago, mismas que no fueron probadas, necesariamente conlleva a la absolución de las demandadas de la totalidad de esas pretensiones, razón por la que se confirma en su integridad la sentencia fustigada.

5. Sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales.

La Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, contempla las obligación del empleador frente al trabajador, de cancelar al momento de finalizar el contrato de trabajo los salarios y prestaciones sociales debidos. La referida sanción consiste en el pago de un

día de salario por cada día de retardo en el pago de los referidos emolumentos.

La citada sanción moratoria no opera de forma automática, pues para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018). Así, lo ha referido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al advertir que ***“Las sanciones moratorias (arts. 65 CST, 99 Ley 50/90) proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador”***. (CSJ SL1439-2021).

En el caso bajo estudio, no hay lugar a imponer condenas por este concepto como quiera que no se acreditó que, a la terminación del contrato de trabajo, existiera deuda alguna en favor del trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Se precisa que si bien con el recurso de alzada, el apoderado judicial del extremo demandante afirma que el contrato de trabajo terminó el 5 de noviembre de 2008 y no el 30 de octubre de ese año y que la demandada no pagó los salarios y prestaciones sociales correspondiente a esos 5 días, situación que a su parecer hace procedente el pago de la sanción moratoria; pasa por alto el profesional del derecho que en audiencia del 28 de marzo de 2012 (fº371 a 375), - *la que contó con su participación*-, se excluyó del debate probatorio el hecho consistente en que el contrato de trabajo suscrito entre Wilmar Boneth Santiago y Servicios y Asesorías del Litoral Ltda inició el 21 de mayo de 2008 y terminó el 30 de octubre del mismo, situación esa que fue declarada por la *a quo* en la sentencia de primera instancia y que no fue objeto de reparos, imposibilitando así cualquier declaratoria que en ese sentido pudiera efectuar este Tribunal.

6. Indexación.

Al respecto, debe precisarse que, si bien en la demanda no se pretendió la indexación de las condenas, Recuerda la Sala que en sentencia como la CSJ SL359-2021 se precisó que la indexación es una garantía constitucional que permite el mantenimiento del poder adquisitivo constante. Por ende, si la deudora no paga a tiempo la acreencia laboral a su cargo, debe indexarla para poder cumplir con la integralidad del pago, de lo contrario, el mismo resulta incompleto, puesto que desconoce la devaluación del valor del crédito por razón del transcurso del tiempo, sentencia reiterada además en la SL1162-2023, en la que además se precisó:

*“En este punto, se advierte que, **si bien dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones del escrito inicial, lo cierto es que su imposición oficiosa es viable comoquiera que la indexación no comporta una condena adicional a la requerida.** Así lo explicó esta Sala en sentencia CSJ SL359-2021” (negrilla por fuera del texto original).*

Con lo dicho hasta aquí, se ordenará que las sumas adeudadas deben pagarse debidamente indexada a la fecha de pago, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = acreencias debidas

IPC Final= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará el pago.

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes de causación de cada una de las acreencias adeudadas.

7. La responsabilidad solidaria.

Conforme a la jurisprudencia laboral, la H. Corte Suprema de Justicia, tiene decantado que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo exhibe como finalidad la de proteger al trabajador ante la eventualidad que un empresario pretenda realizar su actividad económica a

través de contratistas independientes con el propósito de evadir su responsabilidad laboral. De allí, que, si ese empleador termina beneficiándose del trabajo desarrollado por las personas que prestaron sus servicios por intermedio de un contratista, debe responder de manera solidaria por los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar.

Para la materialización de ese resguardo, es necesario que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad que permita identificar si la obra o labor realizada por el trabajador hace parte de las actividades normales de quien encargó su ejecución. Para analizar esa causalidad no debe observarse exclusivamente y de manera estricta el objeto social del contratista, sino que la obra ejecutada no constituya una labor extraña a las actividades del beneficiario.

Las anteriores reglas, la encontramos a partir de la sentencia de 10 de septiembre de 1997, radicado n.º 9881, en la que explicó que: *“Con todo interesa aclarar que la solidaridad en cuestión se excluye cuando el contratista cumple actividades ajenas de las que explota el dueño de la obra, porque lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral”*.

Frente al modo en que debe ser interpretado el nexo de causalidad, fue abordado con mayor profundidad en la sentencia de 2 de junio de 2009, radicado n.º 33082, al detallar que:

*“(…) Y no se equivoca el Ad quem en dilucidar la existencia del giro ordinario de negocios como presupuesto de la solidaridad del beneficiario de la obra con el contratista independiente, dándole primacía a la realidad de la actividad de los negocios sobre las formalidades comerciales, de manera que **se pueda predicar que cuando el empleador realiza por sí o por terceras personas, obras nuevas o de mantenimiento, que van a ser parte de la cadena productiva, instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios**; sería un contrasentido calificar esa actividad como extraña a las actividades normales de la empresa, simplemente, porque se omitió incluirla en la relación descriptiva del objeto social; o porque no se le da aplicación a la cláusula de*

reserva que suele aparecer en los estatutos sociales, aquella del tenor que aparece en el Certificado de la Cámara de Comercio de la entidad recurrente en casación: “En general celebrar y ejecutar todo acto o contrato que se relacione con o complementa el objeto social principal”; o porque el empleador violó los límites de su objeto social, y se adentró en actividades ajenas a las formalmente declaradas en la Cámara de Comercio, caso en el cual, el espíritu tuitivo del derecho laboral ha de conducir a tomar una decisión que no implique que quien resulte sancionado sea el trabajador.

La perspectiva del Tribunal es la que enseña la tesis mayoritaria de la Sala *mutatis mutandis*, cuando aseveró, en sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25505, lo siguiente:

***“La actividad propia de una empresa del sector productivo, en nuestro caso dedicada a transformar el hierro y el carbón en acero, comprende toda aquella que sea indispensable para obtener un producto final, en especial la adquisición y manejo de insumos, que de manera simplificada son la materia prima y los equipos que la han de transformar; de esta manera, las operaciones tendientes a asegurar el funcionamiento de la maquinaria indispensable para la producción siderúrgica no pueden ser reputadas como extrañas; se trata del mantenimiento de elementos necesarios y distintivo de este tipo de industria, y como tal, un servicio con vocación a ser requerido continuamente.*”**

Esta tesis doctrinaria no se opone a la que ha sostenido la Sala cuando ha considerado que son extrañas al giro ordinario de los negocios, las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo, -de ella hace la requerida para servicios públicos-, o a empresas del sector servicios en las que su equipamiento son de apoyo a la labor, y no como aquí, maquinarias imprescindibles y específicas para la obtención del producto industrial”. (negritas y subrayas por fuera del texto original).

Bajo esa misma línea de argumentación, la citada Corporación en sentencia de 1º de marzo de 2010, radicado 35864, aclaró que no se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra, 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 este. 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 si bajo la subordinación del contratista independiente adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”.

Los anteriores pronunciamientos fueron reiterados en la sentencia de 6 de marzo de 2013, radicado n.º 39050 y SL7789 de 2016, oportunidad en la que la señaló que para que se configure la solidaridad, además que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere que ella constituya una función normalmente realizada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. Asimismo, recordó que para su determinación se podía tener en cuenta la actividad específica ejecutada por el trabajador y no solo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra.

En términos formales o reales, con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, el beneficiario o dueño de la obra, no resulta ser un empleador, puesto que no ejerce sobre ellos subordinación laboral, sino que solo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio.³

Finalmente, en la sentencia SL7459-2017, reiterada en SL 2067-2021 indicó que la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra existe a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, caso en el que tal obligación deja de operar y debe responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, *“lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega. Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en cualquier caso, el espíritu de la norma es propugnar por una mayor protección”*.

En el *sub examine*, conforme a las documentales que militan a folios 65 a 78, se advierte que las sociedades Drummond Ltd como contratante y Servicios y Asesorías del Litoral LTDA como contratista suscribieron un

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de abril de 1997, Rad. 9435

contrato para “*la prestación de servicios por suministro de personal para Mina Pribbenow, a través de trabajadores en misión...*”, cuya ejecución inició el 1 de enero de 2007 y terminó el 28 de enero de 2009 tal y como consta en el acta de terminación y liquidación de contrato que obra a folio 94.

En virtud de ese contrato, la contratista Servicios y Asesorías del Litoral LTDA, contrató a Wilmar Boneth Santiago, para que prestara sus servicios personales e favor de Drummond Ltd como “**Operador de Camión**”, labor que desempeñó entre el 21 de mayo y el 30 de octubre de 2008 (fº20,21 y 22).

Ahora, en el certificado de existencia y representación de la demandada Drummond Ltda, (fº.45 a 48), se constata que su objeto social refiere entre otras a:

“... Exploración, instalación, explotación y comercialización de las minas de carbón y de hidrocarburos líquidos y gaseosos en general, incluyendo gas metano asociado al carbón en Colombia y a todas aquellas actividades relacionadas que sean necesarias, aconsejables o convenientes para la conducción de dicho negocio, incluyendo, pero sin limitación, la instalación y operación de instalaciones de transporte y otras infraestructuras”

A folios 12 a 15, Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, declara como su objeto social “*la prestación de servicios de personal temporal a terceros beneficiarios (usuarios) para colaborar en el desarrollo de sus actividades mediante labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales la cual tiene con respecto a estos caracteres de empleados ...*”.

De ese trasegar probatorio en primera medida se evidencia que si bien los objetos misionales de las demandadas resultan disimiles entre sí; la labor desplegada por el actor en favor de Drummond Ltd, como “*Operador de camión 793*”, resulta indispensable para la obtención del producto final de la operación y/o explotación de minerales, como quiera que gracias a esa actividad se hace posible la exploración y explotación del mineral carbón que se extrae de la mina Pribenow, labor que es permanente en las

instalaciones de la mina, pues sin la operaciones de camiones mal puede Drummond Ltd extraer los minerales necesarios para el cumplimiento de su objeto misional.

Es por lo anterior que para la Sala en este particular asunto se cumplen con los requisitos traídos por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo para declarar a Drummond Ltd, solidariamente responsable de las acreencias laborales impuestas a Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, eso al ser la beneficiaria directa de los servicios prestados por Wilmar Boneth Santiago, quien desempeñaba una función indispensable para la explotación del objeto social de aquella, como lo es la operación de camión, necesaria para su operación.

8. Llamamiento en garantía

En vista de la anterior determinación, es necesario que la Sala emita pronunciamiento respecto de los efectos del llamamiento en garantía efectuado por Drummond Ltd respecto de la Compañía Aseguradora de Fianzas SA -Confianza SA-, AIG Colombia Seguros Generales y Servicios y Asesorías del Litoral Ltda.

El artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que se surtió la primera instancia establece que *“Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”*.

A folio 265 del expediente, aparece copia de la póliza N° CU009082, emitida por la **Compañía Aseguradora de Fianzas SA**, tomada por Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, la cual tiene como asegurado y beneficiario a Drummond Ltd, suscrita para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, derivados del contrato de Oferta mercantil n°

DCI 912. La vigencia de esta póliza inició el 1º de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010, espectro en el cual se incluye el demandante Wilmar Boneth Santiago, por cuanto su contrato laboral se extendió por el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 2008 y terminó el 30 de octubre del mismo año.

Por tanto, al estructurarse la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 *ibidem*, en cabeza de la demandada solidaria, por el pago de las condenas impuestas a Servicios y Asesorías del Litoral Ltda surge para la llamada en garantía la obligación de responder por dichas cargas, hasta el monto del valor asegurado, de acuerdo con la póliza de cumplimiento para la ejecución del contrato que celebraron las demandadas antes referidas, vigente para la fecha en que se desarrolló el contrato de trabajo.

Ahora, en el clausulado de las condiciones generales de la aludida póliza obrante entre folio 276, concretamente en el numeral 1.5. se señala que «*AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e **indemnizaciones a que hace referencia el artículo 64 de código sustantivo de trabajo**, cubre a las entidades contratantes contra los perjuicios originados en el incumplimiento de las obligaciones laborales el garantizado, únicamente relacionadas con el personal utilizada para la ejecución del contrato amparado en la póliza, en los casos en los cuales pueda predicarse de la entidad contratante la solidaridad patronal a la que hace referencia el artículo 34 del código sustantivo del trabajo...*».

Como puede verse, se incluyó dentro de la cobertura del contrato de seguro toda aquella suma de dinero que Drummond Ltd deba pagar por efectos del incumplimiento de las obligaciones laborales de Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, respecto del personal que vincule en virtud del contrato referido (DCI912), por lo que debe entenderse incluida la omisión de pago de acreencia de carácter laboral, entendiéndose como tales salarios, prestaciones sociales y la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la Indemnización por despido injusto.

Conforme lo expuesto, se declarará que Confianza SA, en calidad de llamada en garantía, está obligada a responder por las condenas impuestas a Drummond Ltd en la forma pactada en la póliza arriba referida, por el valor de la indemnización por despido injusto impuesta judicialmente.

Respecto de la llamada **AIG Colombia Seguros Generales SA** -hoy Chrtaris Seguros Colombia SA-, se declara probada la excepción de **Inexistencia del siniestro e inexistencia de la obligación que se reclama por ausencia de responsabilidad patronal a cargo de la sociedad asegurada demandada**, como quiera que conforme a la póliza de responsabilidad civil extracontractual n°1000061 que obra a folio 115 a 125, tomada por Drummond Ltd en favor de terceros para la vigencia 30 de junio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, se amparó exclusivamente “*la responsabilidad civil extracontractual en que se acuerdo con la ley incurra el asegurado, provenientes de un accidente o serie de accidentes emanados de un solo acontecimiento que cause a terceros, en forma fortuita y accidental*”, responsabilidad esa que no se declaró en el presente asunto, por cuanto solo se impuso condenas por concepto de indemnización por despido injusto - *artículo 64 CST*-, que no cubre esa póliza.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía que se hiciera frente a **Servicios y Asesorías del Litoral Ltda**, al no demostrarse una disposición legal o contractual que la obligue a responder por las condenas impuestas en contra de Drummond Ltd, mal se haría en hacer tal declaratoria, pues como se dijo en párrafos anteriores, conforme al artículo 34 del CST, estos están obligados solidariamente a responder por las condenas impuestas.

9. Excepciones.

Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones de “falta de legitimación en causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación, buena fe y temeridad” propuestas

por Drummond Ltd, en cuanto a la de prescripción, tampoco está llamada a prosperar debido a que la indemnización por despido injusto surgió con la terminación del contrato que lo fue el 30 de octubre de 2008 y la demanda se presentó dentro del término trienal para hacerlo, conforme lo disponen los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, esto es el 12 de mayo de 2009 (fº 41), acto ese que interrumpió el término prescriptivo máxime si se tiene en cuenta que la última de las demandadas se notificó personalmente el 9 de septiembre de 2009 (fº 159 vto), es decir dentro del año siguiente a la publicación por estado del auto admisorio (18 de mayo de 2009 – fº 42 vto).

Tampoco se declararan probadas las excepciones de falta de causa para pedir, pago, cumplimiento del garantizado en sus obligaciones, naturaleza del seguro de cumplimiento, inexigibilidad de indemnización por ausencia de cobertura, nexigibilidad de las pretensiones por expresas exclusiones del contrato de seguro, inexistencia de responsabilidad del garantizado en los términos del artículo 216 del CST, Inexigibilidad de indemnización por ausencia de solidaridad laboral, inexigibilidad de indemnización por violación de la garantía pactada en el contrato de seguro, inexigibilidad del cobro conjunto de indemnización moratoria e indexación, inexigibilidad de indemnización frente a la póliza de responsabilidad civil extracontractual RO003702, límite máximo del valor asegurado, propuestas por Servicios y Asesorías del Litoral Ltda y la Compañía Aseguradora de Fianzas SA -Confianza SA-.

Respecto de las excepciones propuestas por A.I.G Colombia Seguros Generales SA hoy Chartis Seguros Colombia S.A, tal y como se dijo en párrafos anteriores, se declaran probadas las excepciones inexistencia del siniestro e inexistencia de la obligación que se reclama por ausencia de responsabilidad patronal a cargo de la sociedad asegurada demandada.

Por todo lo dicho revoca parcialmente la sentencia apelada y se condenará a las demandadas a pagar las costas por ambas instancias.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°1 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar los numerales “SEGUNDO”, “TERCERO” y “CUARTO” de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de mayo de 2017.

SEGUNDO: Condenar a Servicios y Asesorías del Litoral Ltda a pagarle a Wilmar Boneth Santiago, de manera indexada a la fecha de pago por concepto de indemnización por despido injusto la suma de **\$5.905.510**.

TERCERO: Declarar a Drummond Ltda solidariamente responsable por las condenas impuestas a Servicios y Asesorías del Litoral Ltda.

CUARTO: Declarar que la Compañía Aseguradora de Fianzas SA, como llamada en garantía, debe responder por las condenas impuestas a Drummond Ltd, conforme la Póliza de Cumplimiento n.º CU009082, de acuerdo con los riesgos asegurados y por el monto límite de cobertura de los mismos.

QUINTO: Declarar probadas las excepciones de inexistencia del siniestro e inexistencia de la obligación que se reclama por ausencia de responsabilidad patronal a cargo de la sociedad asegurada demandada, propuestas por la llamada en garantía A.I.G Colombia Seguros Generales SA hoy Chartis Seguros Colombia S.A.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones de falta de legitimación en causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa para pedir, pago, cumplimiento del garantizado en sus obligaciones, naturaleza del seguro de cumplimiento, inexigibilidad de indemnización por ausencia de cobertura, inexigibilidad de las pretensiones por expresas exclusiones del contrato de seguro,

inexistencia de responsabilidad del garantizado en los términos del artículo 216 del CST, Inexigibilidad de indemnización por ausencia de solidaridad laboral, inexigibilidad de indemnización por violación de la garantía pactada en el contrato de seguro, inexigibilidad del cobro conjunto de indemnización moratoria e indexación, inexigibilidad de indemnización frente a la póliza de responsabilidad civil extracontractual RO003702, límite máximo del valor asegurado, propuestas por Drummond Ltd, Servicios y Asesorías del Litoral y la Compañía Aseguradora de Fianzas SA.

SÉPTIMO: Confirmar la sentencia apelada en los restantes numerales.

OCTAVO: Condenar a las demandadas Servicios y Asesorías del Litoral y a Drummond Ltd a pagar las costas por ambas instancias, fíjese por concepto de agencias en derecho por esta, la suma equivalente a 1 SMLMV para cada una. Líquidense concentradamente en el juzgado de origen.

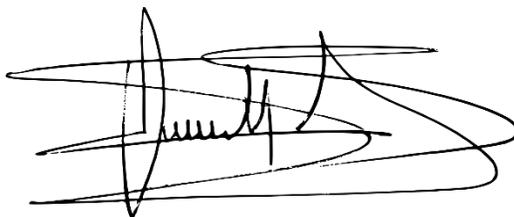
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSE CABELLO ARZUAGA

Magistrado Ponente



OSCAR MARINO HOYOS GONZALES

Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado