



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76-001-31-05-008-2016-00490-01
Demandante:	María Elena Torres Góngora
Demandadas:	- Gestionarsa S.A. - Damis S.A.
Litisconsorte necesario:	Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. – ARL SURA
Juzgado:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
Asunto:	Confirma sentencia – Contrato realidad – Culpa Patronal - Daño emergente – Lucro cesante.
Sentencia escrita No.	342

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Damis S.A., contra la sentencia No. 160 del 05 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Pretende la demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Gestionarsa S.A., desde el 27 de diciembre de 2012. Que se declare que la empresa Damis S.A. – Parasoles Tropicales fue beneficiaria de

los servicios prestados por la actora. De igual forma, solicita el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante consolidados y futuros, causados en razón a la enfermedad laboral que padece del “*Síndrome del Túnel del Carpo*”, que le ocasionó la pérdida de capacidad laboral en un 19.43%. Asimismo, solicitó se condene a la pasiva al pago de la reparación del perjuicio moral de la demandante, por valor de \$11.790.000; junto con la indexación de todas las condenas, así como las costas y agencias en derecho resultantes del proceso. (Fls. 179 a 196 y la subsanación a folios 198 a 212).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Damis S.A. – Parasoles Tropicales

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 229 a 232 y la subsanación a folios 414 a 418, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Art. 279 y 280 C.G.P.)

2.2. Gestionarsa S.A.

La entidad demandada, mediante escrito anexo a folios 237 – 246, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Art. 279 y 280 C.G.P.)

2.3. Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. – ARL SURA

A folios 442 a 464 del expediente, se encuentra la contestación por parte de ARL Sura, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia

Por medio de la Sentencia No. 160 del 05 de junio de 2018, la a quo decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. **Segundo**, declarar que entre la señora María Elena Torres Góngora como trabajadora y la sociedad Damis S.A. como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2011

hasta el 07 de mayo de 2014. **Tercero**, condenar a la demandada Damis S.A. y solidariamente a la demandada Gestionarsa S.A. a pagar a la demandante, la suma de **\$42.182.909** por indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante y la suma de **\$7.812.420** por concepto de indemnización por perjuicios morales. **Cuarto**, absolver a las demandadas de las demás pretensiones. **Quinto**, absolver a la litisconsorte necesaria Sura S.A. de todas y cada una de las pretensiones en la demanda. **Sexto**, costas a cargo de Damis S.A. y Gestionarsa S.A.

Para arribar a tal decisión, expuso que, a la luz de las pruebas aportadas y practicadas a lo largo del proceso, por virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas instituido en el artículo 53 de la Constitución Política, el verdadero contrato que celebró la actora entre el 01 de abril de 2011 al 07 de mayo de 2014 fue con Damis S.A., relación en la que Gestionarsa S.A. como empresa de servicios temporales, fungió como simple intermediaria.

Indicó que la contratación de personal por misión solamente es permisible por un periodo de 6 meses prorrogables hasta por otros 6 meses, establecido por el numeral tercero del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el parágrafo del artículo 6º del Decreto 4369 de 2006. Por tanto, el contrato de trabajo de la actora con Gestionarsa S.A. que inició el 02 de enero de 2013, los primeros 6 meses iban hasta el 01 de julio de 2013 y la prórroga permitida ley hasta el 02 de enero de 2014. No obstante lo anterior, Damis S.A. y Gestionarsa S.A. deciden mantener el contrato de trabajo hasta el 07 de mayo de 2014, fecha en que la demandante afirma dejó de presentar sus servicios en las instalaciones de Damis S.A., desdibujando de esta manera el contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales.

Señaló que en la historia laboral de afiliación en la ARL se evidencia que la vinculación de la trabajadora comenzó el 01 de abril de 2011, fecha en la que Damis S.A., usando la tercerización, vinculó la fuerza de trabajo de la demandante, inicialmente a través de una cooperativa asociativa de trabajo, después lo hizo a través de Unir Empresa de Servicios Temporales Ltda., y, finalmente, lo hace por medio de Gestionarsa S.A., que es otra empresa de servicios temporales, aun cuando la norma no lo permite. Con ello, se llega a la conclusión que entre la actora y Damis S.A. existió un verdadero de contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2011 hasta el 07 de mayo de 2014, convirtiendo a Gestionarsa S.A. en una simple intermediaria, en los términos del artículo 35 del CST.

En dichos términos, Damis S.A. como empleadora, le correspondía acreditar el deber de cuidado y garantizar razonablemente la seguridad y la salud de los trabajadores, específicamente de la demandante.

Pasando al tema de la culpa patronal de que trata el artículo 216 del CST, manifestó que la Nueva EPS, por medio de dictamen del 11 de junio de 2013, estableció que a la demandante desde el 03 de abril de 2013 le fue diagnosticada la enfermedad *Síndrome del Túnel del Carpo* en su mano derecha, determinando que se trataba de una enfermedad profesional. Posteriormente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, a través del dictamen del 06 de abril de 2013, confirmó el origen profesional de la enfermedad; determinación que fue aceptada por la ARL Sura, la que, a través del dictamen del 31 de marzo de 2014, estableció que la pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad laboral asciende al 19.43%, con fecha de estructuración 26 de febrero de 2014. Dichas circunstancias fueron ampliamente conocidas por Damis S.A. y por Gestionarsa S.A., pues así se desprende de las actas en que se le asignan nuevas funciones a la actora.

De lo anterior, concluyó que existe un daño cierto, esto es, enfermedad de origen profesional desde el 03 de abril de 2013, en vigencia de la relación laboral de la actora con Damis S.A., por ende, dicha compañía debía demostrar que existía un programa de salud ocupacional y que se ejecutaban e implementaban acciones tendientes a procurar que los trabajadores no se vieran inmersos en accidentes ni enfermedades profesionales. Sin embargo, Damis no arrió pruebas que demostraran el cumplimiento de todas las obligaciones que el artículo 11 del Decreto 1530 de 1996 le imponía, previo al desarrollo de la enfermedad de la actora.

Consideró que Damis S.A., como empleadora de la actora, la contrató de manera tercerizada a partir del 01 de abril de 2011 y asignó tareas de digitación por espacios prolongados sin que se demostraran acciones para aminorar o suprimir tal riesgo. No se implementó un programa de salud ocupacional de manera específica frente a la actora, tampoco se acreditó la existencia de un comité paritario de salud que hiciera seguimiento de las actividades de la trabajadora.

Agregó que, si bien los testigos de Damis S.A. manifestaron que se hicieron capacitaciones y se tenía un comité paritario de salud ocupacional, lo cierto es que dichas expresiones se hicieron de manera general, solo respecto de los empleados

que se encontraban vinculados directamente a la empresa, pues afirman que Gestionar SA era la encargada de suministrarlas a la actora, no obstante, no armaron constancia de ello. Lo que consta en el expediente son actuaciones que se efectuaron posterior a la patología de la demandante, además, tampoco demostraron las demandadas los elementos ergonómicos suministrados a la actora.

Por las razones antes expuestas, concluyó la culpa patronal de Damis S.A. respecto del daño físico que le fue causado a la señora María Elena Torres, por las funciones efectuadas en dicha compañía. Así, concedió las indemnizaciones por perjuicios materiales consistentes en lucro cesante consolidado y futuro e indemnización por perjuicios morales. No accedió a la indemnización de daño emergente por no existir prueba que la enfermedad los hubiese generado.

Por último, en lo que respecta a la litisconsorte ARL Sura, no se endilgó responsabilidad alguna, por ser ésta netamente objetiva, otorgando en su momento la indemnización que le correspondía.

4. La apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada Damis S.A. interpuso recurso de apelación.

La apoderada señaló que a lo largo del proceso no se logró acreditar que no se haya actuado con debida diligencia y cuidado por parte de la empresa Damis S.A., ya que la ocurrencia de la enfermedad profesional no configura la culpa patronal. Indicó que la enfermedad subsistía o había suscitado desde hace 11 años atrás antes de llegar a Damis S.A., pues según lo manifestado en audiencia, la demandante toda su vida desempeñó el mismo trabajo. Por lo anterior, concluyó que no existe una relación causa-efecto entre el hecho culposo y el menoscabo patrimonial sustentado por la demandante de la cual sea responsable Damis S.A., por lo tanto, no se puede imputar la condena derivada de la intermediación laboral, ya que su relación era directamente con la empresa Gestionarsa S.A.

5. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

5.1. Litisconsorte necesaria ARL SURA

Dentro del término presentó escrito de alegatos visible en la página 3, archivo 3, del Cuaderno Tribunal.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio, pues no allegaron escrito de alegatos dentro del término concedido para tal fin.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Del material probatorio allegado al expediente, quedó acreditado que entre la señora María Elena Torres Góngora y Damis S.A. existió en realidad un contrato de trabajo a término indefinido? O si por el contrario ¿Gestionarsa S.A. era la empleadora directa de la actora?

1.2. Aclarado lo anterior, ¿se configuró una culpa patronal de la cual Damis S.A. es responsable por la enfermedad de origen profesional que padece la demandante?

2. Respuesta al primer problema jurídico

La respuesta al interrogante es **positiva**. Del material probatorio analizado en su conjunto, se colige que entre la demandante y la empresa Damis S.A. existió en realidad un contrato de trabajo. Lo anterior, dado que el nexo con la empresa temporal Gestionarsa S.A., superó los límites establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1993, llevando a que la empresa usuaria sea tenida como el verdadero empleador dentro de la relación laboral, lo que convierte a la empresa temporal Gestionarsa en una simple intermediaria.

2.1. Contrato de trabajo y elementos para su configuración:

El artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como: *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración...”*.

A su turno, el artículo 23 *ibídem* señala que el vínculo contractual laboral se caracteriza por la concurrencia de tres elementos de forzosa existencia para su configuración, a saber: **i)** La actividad personal desplegada por el trabajador, entendida como la ejecución, de manera directa de una labor en favor del empleador; **ii)** La continuada subordinación o dependencia, como aquella potestad que tiene el empleador de impartir órdenes, directrices o instrucciones al trabajador en cuanto al tiempo, modo y lugar para la ejecución de la actividad contratada, y el deber correlativo de éste de acatarlas; y **iii)** Un salario como contraprestación económica a la labor realizada.

De tal forma que, una vez se reúnan los tres elementos de que trata el artículo mencionado, se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo por el cambio en el nombre ni las condiciones o modalidades que se agreguen. Ello, va ligado al principio de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, que permite al juzgador dejar de lado las formas convenidas entre el trabajador y su empleador para darle primacía a las condiciones reales bajo las cuales se desarrolla la relación contractual.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-960 de 2007 reiteró el precedente con relación a la prevalencia de la realidad sobre la forma y sostiene que, durante la prestación personal del servicio, el rasgo definitorio de la relación laboral es la subordinación.

“De acuerdo a lo anterior, cuando se hace referencia a una “relación laboral” se debe entender que ésta no depende de la clasificación que se le haya dado al contrato formalmente celebrado sino de las condiciones reales en las que se desarrolla la actividad. Por lo tanto, si se encuentran los elementos esenciales mencionados, se deberá entender que existe una relación de tipo laboral con todas las implicaciones que ello tiene.

De otra parte, la Corte ha destacado que el elemento determinante y diferenciador de la relación laboral es la subordinación.” (Subrayado original)

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado de manera pacífica que al darse por demostrada la prestación personal del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del C.S.T. Ello acarrea como consecuencia, que el trabajador se vea relevado de la obligación de acreditar la subordinación jurídica, en virtud de la inversión de la carga de la prueba. Así en sentencia SL17693 del 5 de octubre de 2016, señaló:

*“Lo anterior significa, que a **la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador**”.*

Colofón de lo expuesto, corresponde en cada caso en concreto examinar si, del conjunto de los hechos y de los diferentes medios probatorios, el trabajador logra demostrar la ejecución personal de la actividad o servicio. Cumplido lo anterior, se aplicará la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T., es decir, que no tiene que presentar prueba directa de los actos de subordinación. Así, se traslada a la contraparte la carga probatoria de desvirtuar tal presunción y demostrar que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente. (SL4452 -2020)

Empresas de servicios temporales - EST:

El artículo 71 y 74 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con el Decreto 4369 de 2006, define las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios con el fin de colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, por medio de labores llevadas a cabo por personas naturales. En dicha relación laboral la empresa temporal es la empleadora de los trabajadores, los cuales, pueden ser vinculados como trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los primeros desarrollan sus funciones dentro de las instalaciones de la temporal, mientras que los segundos,

son enviados a dependencias de las compañías usuarias a cumplir tareas o servicios solicitados.

Más adelante, en el artículo 77 *ibidem* se determinó que las entidades usuarias solo pueden contratar los servicios de las empresas temporales en los siguientes casos:

- a) Para labores de corta duración, es decir, ocasionales, accidentales o transitorias.
- b) Para reemplazo de personal en vacaciones, en licencia o incapacidad.
- c) Para atender incrementos en la producción, el transporte o en las ventas de productos o mercancías, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más.

Por su parte, el Decreto 4369 de 2006 por medio del cual *se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones*, en el parágrafo del artículo 6, estableció un límite para la prestación del servicios de los trabajadores en misión; puesto que estableció que en los casos en que permanezca la causa originaria del servicio contratado, una vez cumplido los 6 meses y la prórroga por el mismo término, la empresa usuaria **no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales.**

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL271 de 2019, puntualizó:

“La vinculación a través de empresas de servicios temporales tiene por finalidad, prestar servicios transitorios para la usuaria, sean o no del giro ordinario de ésta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de EST cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la empresa cliente, como ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el artículo citado o se supera el término temporal máximo allí previsto.”

De ser así, el responsable de las obligaciones laborales es el usuario, quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la empresa de servicios temporales por haber fungido como intermediaria sin anunciar a la trabajadora tal condición (artículo 35 del CST). (...)”

Por lo anterior es dable concluir, que las compañías pueden contratar los servicios de las empresas temporales de manera excepcional cuando requieran personal para desarrollar actividades bien sea propias o ajenas de su razón social. El legislador, en aras de salvaguardar los derechos laborales, consagró un plazo de 6 meses prorrogables por 6 meses más para limitar la posibilidad de contratación con las empresas temporales y evitar que se supla una labor permanente con un trabajador temporal. En los casos en que exista una infracción a las normas que regulan el servicio temporal, se considera a la empresa usuaria como la verdadera empleadora y al trabajador en misión como empleado directo de aquella, con todas las implicaciones y beneficios legales de un contrato de trabajo, mientras que la empresa temporal toma el lugar de una simple intermediaria en la relación laboral.

2.2. Caso concreto

Una vez analizado el material probatorio y en virtud de los argumentos expuestos por la apoderada judicial de Damis S.A., se cuenta con los siguientes medios de convicción que resultan pertinentes para dirimir la presente controversia:

Sobre la relación laboral:

i) A folio 247 a 248, se encuentra el contrato de obra o labor determinada, celebrado el 26 de diciembre de 2012 entre Gestionarsa S.A. como empleador y la señora María Elena Torres Góngora como trabajadora, para desempeñar el cargo de secretaria, devengando un salario de \$800.000, desde el 02 de enero de 2013 y hasta que finalice la obra o labor contratada. Se especifica que la actora trabajará en misión para la empresa Damis S.A. con el fin de reforzar la labor de secretaria de producción en dicha compañía. En la cláusula segunda, se establece que la remuneración corre por cuenta del empleador Gestionarsa S.A.

ii) A folio 269 a 271, reposa el contrato comercial de oferta mercantil No. 270314, celebrado entre Gestionarsa S.A. como contratista y Damis S.A. como contratante,

con el objeto de prestar los servicios de suministro de trabajadores temporales en misión para realizar las obras o labores que requiera la compañía Damis S.A. Dicho contrato se celebró por el término inicial de un año, prorrogables por un término igual.

iii) A folio 468 página 106 Expediente No. 3 del PDF, se vislumbra la historia laboral de la actora como afiliada a la ARL Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A., en la cual se evidencia que la demandante estuvo afiliada a dicha ARL en los siguientes periodos:

- Desde el 01 de abril de 2011 hasta el 23 de diciembre de 2011 vinculada con la Cooperativa de Trabajo Asociado Alternativa Empresa. Cuyo centro de trabajo era Damis S.A.
- Desde el 02 de enero de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2012, vinculada con Unir Empresa de Servicios Temporales Ltda. Cuyo centro de trabajo era Damis S.A.
- Desde el 02 de enero de 2013 hasta el 28 de febrero de 2017, vinculada con Gestionarsa S.A., cuyo centro de trabajo era Parasoles Tropicales – Damis S.A.

Pues bien, se evidencia en la historia laboral de las afiliaciones de la ARL Sura, que la empresa Damis S.A. contrató los servicios de la actora desde antes de la intermediación de la temporal Gestionarsa S.A. Primero adquirió los servicios de la trabajadora desde el año 2011 por medio de la Cooperativa de Trabajo Asociado Alternativa Empresa; seguidamente, en el año 2012 a través de Unir Empresa de Servicios Temporales Ltda.; y finalmente, por medio de Gestionarsa S.A. contrató los servicios de la actora desde el 02 de enero de 2013 hasta el 07 de mayo de 2014, fecha última en que finiquitó la relación laboral con la demandada Damis S.A. Si bien en el presente caso únicamente se encuentra en controversia este último vínculo laboral, llama la atención de la Sala que Damis S.A. hubiese utilizado diferentes medios de tercerización para beneficiarse de la fuerza laboral de la actora evitando contratarla a través de un verdadero contrato de trabajo.

Respecto del contrato de obra o labor determinada entre Gestionarsa S.A. y la demandante, se tiene que dio inicio el 02 de enero de 2013 y terminó el 07 de mayo

de 2014, es decir que extendió el tiempo de contratación de la trabajadora en misión, aun cuando el parágrafo del artículo 6to del Decreto 4369 de 2006 otorga un plazo máximo de 12 meses. Así, los seis meses permitidos por ley se vencían el 02 de julio de 2013 y la prórroga debió finalizar el 02 de enero de 2014; no obstante, la contratación se extralimitó hasta el 07 de mayo de 2014.

Aunado a lo anterior, en las declaraciones de la señora María Teresa Arango (Min. 1:06:12) manifestó que la actora desempeñaba las funciones de digitación, atención telefónica a clientes, archivo, producción de documentos, entre otras labores como secretaria de producción. Posteriormente, fue trasladada al área de archivo de Damis S.A. por recomendaciones médicas. Las funciones secretariales que llevaba a cabo la demandante en las instalaciones de Damis S.A. resultan ser de carácter permanente y no se configuran dentro de los casos descritos en la Ley 50 de 1990 en el artículo 77, en otras palabras, las tareas que cumplía la secretaria de producción no eran labores ocasionales, accidentales ni transitorias, ya que las funciones de digitación, archivo, producción de documentos, etc., son permanentes y necesarias para el normal funcionamiento de la compañía. Tampoco se probó que la vacante que cubría la actora en la mentada empresa, fuese producto de un reemplazo de vacaciones, licencia o incapacidad, pues de ser así, era obligación de las empresas demandadas plasmarla en el contrato de obra o labor suscrita entre las partes. De la misma forma se descarta que la necesidad de Damis S.A. para pactar con Gestionarsa S.A. el suministro de una trabajadora en misión en el cargo de secretaria de producción obedecía al incremento en la producción, el transporte o en las ventas de productos, pues no se dejó constancia de ello, ni se arrimó prueba en el plenario que llevaran a concluirlo.

Ahora, como una manera de justificar la vinculación de la actora por intermedio de una temporal, la gerente administrativa, la señora Esmeralda Hernández indicó en su interrogatorio de parte (Min. 48:42) que la empresa Damis S.A. presenta temporadas que varían dependiendo de los meses, las temporadas altas aumentan el volumen de trabajo para el cargo secretarial y las temporadas bajas tienen un efecto contrario disminuyendo el volumen de pedidos y trabajo en la empresa; no obstante, las labores de la secretaria de producción seguían siendo una necesidad constante para el correcto desarrollo de la empresa; por lo tanto, le estaba vedado a la compañía Damis S.A. contratar los servicios personales de trabajadores en misión para suplir el cargo de secretaria de producción, ya sea con la misma empresa temporal o con otra distinta, ello por ser una necesidad permanente, que

atendiendo las normas laborales, debía regirse por las normas de un contrato de trabajo.

Así las cosas, para la Sala de Decisión la empresa Damis S.A. usuaria de los servicios temporales de Gestionarsa S.A., no solo transgredió los límites de temporalidad, sino también, los límites de causalidad previstos en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 para este tipo de vinculación de trabajadores en misión; en consecuencia, resulta evidente que entre Damis S.A. – Parasoles Tropicales y la actora, existió realmente un contrato de trabajo a término indefinido, en el que convergen los tres elementos de un contrato de trabajo en los términos del artículo 23 del C.S.T., quedando probada la **prestación personal de servicio** de la demandante para la empresa Damis S.A.; la **subordinación** que se presume por estar demostrada la prestación personal, más si se tiene en cuenta que las demandadas no arrimaron pruebas para desvirtuarla; finalmente, se dio una **remuneración** en contraprestación de la mano de obra de la demandante en la compañía demandada Damis S.A. Lo anterior, convierte a Damis en la verdadera empleadora del vínculo contractual y a la empresa temporal Gestionarsa en una simple intermediaria.

Respuesta al segundo problema jurídico

La respuesta al interrogante es **positiva**.

2.2. Los fundamentos de la tesis

Sobre la culpa patronal, el artículo 216 C.S.T., exige que cuando se pretende la indemnización plena de perjuicios por la ocurrencia de un accidente o enfermedad laboral, es necesario que exista “(...) *culpa suficientemente comprobada del empleador (...)*”

En cuanto al concepto de culpa, según la doctrina, es aquella acción u omisión del agente que causa un daño y habiendo podido ser prevista, no lo fue; o aquella en que el agente no previó los efectos nocivos de su acto u omisión, habiendo podido preverlos, o en la que los previó, pero confió imprudentemente en poder evitarlos. En consecuencia, la culpa se caracteriza por la posibilidad y la previsión del daño causado por la acción u omisión del agente. Se descarta la culpa cuando exista irresistibilidad e imprevisibilidad.

La Sala de Casación Laboran de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de junio de 2017, radicado 40457, adujo sobre esta temática lo siguiente:

“Tal y como lo ha explicado esta Sala, la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (art. 56 C.S.T.).”

Así entonces, a dicha indemnización, total y ordinaria de perjuicios, se hace acreedor el trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo, ha adquirido una enfermedad profesional, o muere, producto de culpa comprobada del empleador, con violación de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias; esto, en cuanto el trabajo humano genera riesgos, muchos de los cuales van en desmedro del trabajador y pueden conllevar al menoscabo de su integridad física. Tales riesgos provienen o de la naturaleza o de la acción del hombre.

Nuestra legislación laboral al ocuparse del asunto ha consagrado disposiciones cuyo principal objeto es la erradicación o, por lo menos, la disminución del índice de accidentabilidad en las relaciones obrero- patronales.

En esa medida, el Código Sustantivo del Trabajo impone al trabajador la obligación especial de observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes y, correlativamente al patrono, la de procurar al trabajador locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud (Arts. 58-8, 57-2). Por su parte, el artículo 56 *ibídem*, de modo general le señala al empleador obligaciones de protección y seguridad. En el mismo sentido los artículos 108, ordinales 10 y 11, 348 y 350 *ibídem*, sobre el contenido de los reglamentos internos de trabajo y de higiene y seguridad.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 16 de noviembre de 2016, rad. 39333, reiterada en SL5633 de 2018, ha señalado:

*“La indemnización total y ordinaria de perjuicios ocasionada por accidente de trabajo, prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, exige la demostración de la culpa patronal, que se establece cuando los hechos muestran que faltó «aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios», según la definición de culpa leve que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes, de modo que cuando se reclama esta indemnización ordinaria, debe **el trabajador demostrar la culpa al menos leve del empleador, y a este que tuvo la diligencia y cuidados requeridos, para que quede exento de responsabilidad.***

*No obstante, **cuando se le imputa al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a él le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores (CSJ SL7181-2015 y CSJ SL, 7 oct. 2015, rad. 49681).*** (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo a estas precisiones legales y jurisprudenciales, son tres las premisas que se deben tener en cuenta cuando de culpa del empleador en accidente de trabajo o enfermedad laboral se trata, esto es: (i) Que en los términos del art. 216 del C.S.T., la culpa del empleador en un accidente de trabajo o enfermedad laboral debe estar suficientemente comprobada; (ii) Que para el reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, no basta con probar la ocurrencia del accidente o enfermedad laboral, sino que el trabajador debe demostrar la culpa patronal y éste quedará exento de responsabilidad si acredita que tuvo la diligencia y cuidado requeridos; y, (iii) Que cuando la enfermedad laboral o accidente de trabajo sea producto de la omisión del empleador, corresponde a éste demostrar que no incurrió en negligencia y adoptó medidas para cumplir con los deberes de protección y seguridad, como quiera que la ley le impone ofrecerle al empleado medidas de seguridad y suministrarle locales higiénicos y

adecuados para la prestación del servicio, además, los elementos necesarios para precaver accidentes y enfermedades laborales.

2.3. Caso concreto

En el presente caso, no existe duda que la demandante padece la enfermedad del Síndrome de Túnel del Carpo (STC), diagnosticada por la Nueva EPS, el 11 de junio de 2013 (Fls. 20 a 24), confirmada por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez del Valle del Cauca, por medio del dictamen del 06 de agosto de 2013, en el cual, se definió el origen de la enfermedad como profesional o laboral. (Fls. 29 a 33). Dicho dictamen fue aceptado por la ARL Sura por medio de la evaluación del 27 de marzo de 2014, en la cual reconoce una pérdida de capacidad laboral del **19,43%** y como **fecha de estructuración de la invalidez el 26 de febrero de 2014**. (Fls. 38 a 41)

2.3.1. Respetto de los testimonios rendidos en juicio:

- En el interrogatorio de parte rendido por la señora **Olga Lucía Bermúdez Santacruz**, gerente financiero de Damis S.A., indicó que no conocía el programa de salud ocupacional, pero que la persona encargada del programa de salud en la compañía era la señora María Teresa Arango (Min.9:42). Que el Comité Paritario efectuaba reuniones con Gestionarsa S.A., no obstante, no tiene conocimiento acerca de la asistencia de la demandante a dichas reuniones ni a las capacitaciones de salud ocupacional (Min.10:09). Señaló que debido al cargo secretarial a la actora no le fueron entregados materiales de protección, sino materiales de oficina y que, en el momento de conocimiento de la enfermedad laboral, se le informó de las recomendaciones del médico laboral, se efectuó una reubicación de la actora en diferentes cargos en otros departamentos de la compañía y, finalmente, se trasladó fuera de Damis S.A. y quedó laborando en Gestionarsa S.A. (Min. 15:43).
- En el interrogatorio de parte de la **demandante**, señaló que, por parte de la ARL Sura, se realizó un análisis del puesto de trabajo, no obstante, fue posterior a la notificación sobre el padecimiento de la enfermedad del Túnel del Carpo (Min. 20:47). Indicó que fue operada el 25 de agosto de 2013 y que recibió una indemnización por parte de la ARL de \$7.800.000 e inició una

serie de valoraciones y controles médicos, los cuales no han paliado sus dolores y el deterioro causado por la patología. Más adelante, advirtió que cuando llegó a la empresa no hacían capacitaciones y que *cuando estaban haciendo la certificación del ISO, la señora María Teresa les hacía firmar unas capacitaciones que nunca recibieron, esa era la realidad y nunca tuvo unas pausas activas* (Min. 27:50). Manifestó que recibió recomendaciones médicas por parte del traumatólogo de la Nueva EPS; que, desde el momento en que notificó sobre su enfermedad, la reubicaron del puesto.

- En el testimonio de la señora **Esmeralda Hernández**, gerente administrativa de Damis S.A. Señaló que la demandante ejercía funciones secretariales, como elaborar órdenes de producción, requerimientos, archivo, seguimiento a inventarios, asistencia a los jefes de producción y todo el proceso documental de la planta (Min. 38:05). Manifestó que después de las recomendaciones del médico a causa de la enfermedad del STC, se trasladó a la demandante para que ejerciera la función de control de inventarios con almacenistas, revisar el *cárdex*, disminuyeron sus funciones de secretaria de producción y la pasaron para que apoyara el archivo y control de inventarios por los dos últimos años a Toxcani. Sobre este último aspecto, aclaró que *Damis es una planta grande que tiene 65 empleados y Toxcani 37, es de la misma compañía, la pasamos a la pequeña por las recomendaciones. Es menos volumen de trabajo.* (Min.40:00).

Informó que desconoce las causas de la enfermedad de la actora, ya que en la compañía trabaja otra operaria que también tuvo una operación por motivo del Túnel del Carpio, pero sigue trabajando sin problemas en la empresa como costurera (Min. 43:37). Cuando se le preguntó sobre las capacitaciones, puestos ergonómicos y pausas activas que ejercía Damis S.A., afirmó que la demandante sí participó de las capacitaciones de salud ocupacional igual que todos los empleados, que con Gestionarsa se efectúan seguimientos, conferencias, charlas y ejercicios de 10 a 15 minutos con pausas activas, además los empleados cuentan con 10 minutos de descanso en las horas de la mañana y en la tarde su tiempo de almuerzo; que las constancias de todas las acciones encaminadas a proteger y prevenir enfermedades y accidentes quedaban plasmadas en actas del programa de salud ocupacional del cual existe un comité encargado y una persona encargada, la señora María Teresa (Min. 45:00)

Advirtió que entre las funciones de la demandante no tenía la obligación de cargar objetos pesados, pues se limitaba a *levantar el teléfono, manejar hojas y mirar la pantalla del computador, dar indicaciones y digitar órdenes de producción*. (Min. 49:41) Advirtió que las capacitaciones se hacían siempre para todos los empleados, dirigidos por programa de COPASO y de salud ocupacional. No obstante, señaló que no vio alguna constancia de asistencia firmada por la actora, ya que estaba vinculada a Gestionarsa (Min. 55:30). Mencionó el comité paritario efectuaba reuniones que quedaban plasmadas en actas, que los puestos de trabajo se encuentran condicionados para todos los trabajadores, *siempre se hacen recomendaciones de como sentarse bien y estar bien posicionados* (Min. 57:39).

Sobre el trabajo de la demandante, señaló que no era un trabajo repetitivo, pues era un trabajo secretarial que consistía en ingresar órdenes de producción. Agregó que la actora tuvo muchos llamados de atención, pues *una vez no digitó 26 órdenes y se atrasó*, mencionó que eran funciones livianas.

Finalmente, insistió en que en la empresa todos los empleados hacen pausas activas, pero no hay constancias de que la demandante las realizara, de igualmente, todos los empleados tenían el deber de participar en las capacitaciones de salud ocupacional, sin embargo, si la demandante no participaba se debía a su constante ausencia en el lugar de trabajo. Que llevan unas estadísticas de las enfermedades de los trabajadores, pero sólo de aquellos que se encuentran en nómina directa con la empresa, pues frente a los que están vinculados por Gestionarsa, dicha entidad es la encargada de los controles pertinentes (Min. 59:46)

- En cuanto el testimonio rendido por la señora **María Teresa Arango**, encargada del Programa de Gestión y Seguridad en el Trabajo de la empresa Damis S.A., señaló que la demandante recibía capacitaciones semanalmente, pues se daban hasta dos horas de capacitaciones a todo el personal, incluido el personal administrativo y de planta. Dichas capacitaciones se daban dos veces por semana y quedaba constancia en unos registros, los cuales se evalúan y se incluyen en el acta mensual. Advirtió que todos los trabajadores firman las actas; pero, en el caso de la

demandante, no sabe o recuerda si asistía a las mismas, debido a sus constantes permisos (Min. 1:12:13). Agregó que Damis, en compañía con Gestionarsa, las temporales y la ARL efectuaban capacitaciones para el personal.

Manifestó que conoce el estado de salud de la actora y que después de la cirugía se reintegró a sus labores con una serie de recomendaciones del médico laboral, entre ellas, no hacer fuerza, tener pausas, no hacer muchos movimientos repetitivos como la digitación de incluir materiales de cada pedido (Min. 1:14:48). Señaló que antes de la patología de la actora, no se había efectuado un análisis del puesto de la trabajadora. Expresó que la labor no era 100% digitando, pues la demandante tenía tiempo de descansar, tenía 15 minutos para desayunar y su periodo en el medio día, además, tenía la oportunidad de pararse del puesto y hacer estiramiento (Min. 1:20:58)

Posteriormente, la testigo reconoció no ser especialista en salud ocupacional, pues no posee una licencia que la certifica, no obstante, lleva trabajando más de 30 años en ello y la ARL presta toda su asesoría en lo pertinente (Min.1:27:12) Indicó que no posee actas o constancias del estudio del puesto en riesgos ergonómicos, no obstante, antes del 2013 la empresa Damis S.A. hizo una adecuación de las oficinas y los puestos de trabajo.

Aclaró que las capacitaciones en materia de salud ocupacional se hacen dos veces por semana, las que comenzaron en el mes de febrero; las reuniones del COPASO se hacen una vez al mes y las de convivencia se realizan cada 3 meses, al igual que las brigadas. (Min. 1:31:02). Que, en el caso específico de las secretarías y las acciones para evitar enfermedades como el túnel carpiano, señaló que se llevan a cabo capacitaciones de riesgo ergonómico y riesgo mecánico, las mismas se desarrollan desde hace más de 20 años y que la actora participa de todo ello, pero, no sabe si tiene constancia de su asistencia, a causa de los constantes permisos que solicita a la empresa, tampoco recuerda que haya asistido a las reuniones del comité paritario (Min. 1:34:16)

De acuerdo con lo anterior, para esta Sala de decisión, la demandada Damis S.A., no logra demostrar que no incurrió en negligencia y que adoptó medidas para evitar o tan siquiera disminuir el riesgo laboral de la demandante, en el cargo de secretaria

de producción en la compañía. Ya que si bien, los testigos insisten en que se llevaron a cabo un sin número de capacitaciones y charlas sobre la prevención de enfermedades y accidentes de trabajo en materia de salud ocupacional, especialmente, en el caso trabajadores administrativos, que prevengan enfermedades comunes como el del Síndrome del Túnel del Carpo, lo cierto es que en el plenario no obra prueba de dichas charlas, ni constancia de la existencia de un comité paritario, ni de las capacitaciones realizadas dos veces a la semana que afirman los testigos efectuaba Damis S.A., en compañía de Gestionarsa S.A. y la ARL Sura.

Conforme a las reglas de la carga de la prueba y sobre la culpa patronal, el empleador debía demostrar las acciones con diligencia y cuidado que desarrolló en aras de prevenir las enfermedades laborales y salvaguardar la salud de sus trabajadores dentro de la empresa Damis S.A., no obstante, echa de menos la Sala pruebas o constancias documentales de las capacitaciones o recomendaciones efectuadas a la demandante sobre los riesgos y peligros en el puesto de trabajo, pues la cuota probatoria se redujo a simples afirmaciones de la gerente financiera, la gerente administrativa y la persona encargada del Programa de Gestión y Seguridad en el Trabajo, sin ningún soporte que obre en el expediente.

En el Informe de Estudio de Puesto de Trabajo para Definición de Riesgo Osteomuscular, efectuado por la ARL Sura el 04 de mayo de 2013 (Fls. 470 a 486), se establece que la trabajadora labora como secretaria de producción y contaba con dos puestos de trabajo, uno en el que ejercía funciones propias del cargo y el segundo en el que efectuaba la digitación de materiales. Que laboraba de lunes a viernes de 7 a 5pm y en diciembre aumentaba la producción, por tanto, la jornada se extendía de 5pm a 8pm, con 30 minutos de almuerzo, y que contaba con una serie de elementos propios de oficina para desempeñar sus tareas. En dicho informe se menciona una serie de repeticiones las cuales debía realizar la actora para la ejecución de sus labores, especialmente de digitación. Para la Sala es evidente que, para llevar a cabo sus tareas, se necesita realizar una serie de movimientos repetitivos de manos y muñeca, durante largas jornadas con solo 30 minutos de descanso al medio día y 10 minutos de reposo en la mañana, durante todo el año, excepto el tiempo vacacional. Lo anterior, conlleva, consecuente y naturalmente, el riesgo de generar la enfermedad del túnel carpiano que hoy padece la actora.

Así las cosas, ante la ausencia de material probatorio dirigido a demostrar las conductas de la empresa Damis S.A., con el objetivo de aminorar los riesgos en la salud de los trabajadores, como ejercicios terapéuticos, capacitaciones, restricciones laborales y en general, el cumplimiento de las obligaciones en cabeza del empleador, en los términos de los artículos 56, 57 numeral 2 y el 58 numeral 8 del Código Sustantivo de Trabajo, no queda otro camino que endilgarle la responsabilidad de la enfermedad laboral que padece la señora María Elena Góngora, del Túnel del Carpo, la cual, fue calificada con una PCL del 19,43% y cuya fecha de estructuración de la invalidez data del 26 de febrero de 2014; es decir, dentro del término de ejecución y vigencia del contrato laboral entre la actora y la sociedad Damis S.A.

Ahora, no son de recibo los argumentos de la apoderada cuando asegura que los padecimientos de la actora son preexistentes al inicio de la relación laboral, puesto que, a pesar de que la demandante laboró desde más de 14 años como secretaria, iniciando en mayo de 1996 como secretaria auxiliar contable en Magrin Concesionario Mazda (Fl. 471), la demandante no presentó problemas en sus extremidades superiores en dichas épocas, sino desde 2012 aproximadamente, pues en toda su historia clínica, soportes y citas médicas allegadas en los folios del 42 al 176 no se reportan molestias en la mano derecha previas a la anualidad indicada. Y en caso de ser así, ello no eximiría a la demandada Damis de efectuar planes de prevención y procurar que sus trabajadores utilicen elementos y prácticas adecuadas de protección que garanticen razonablemente la seguridad y la salud en el lugar de trabajo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en su totalidad.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas en esta instancia a la parte apelante Damis S.A.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte apelante Damis S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
ases judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)