Providencia : Sentencia del 16 de febrero de 2018

Radicación No. : 66001-31-05-004-2014-00466-01

Proceso : Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante : Julián Andrés Gaviria Londoño

Demandado : Mauricio Castro Soriano, Gesep S.C.A. E.S.P., Municipio de Marsella

Juzgado : Juzgado Cuarto Laboral del Circuito

Tema : **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** (…) Se tiene previsto jurisprudencialmente, que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., solo es aplicable cuando aparece comprobada la mala fe del empleador al momento de incumplir con el pago de salarios y la liquidación de prestaciones de un contrato laboral, pues según el alto tribunal, **la condena a esta indemnización no puede ser automática, pues su naturaleza sancionatoria exige que esté precedida de un juicioso examen de la conducta del empleador**, para determinar si actuó de buena o mala fe. **CULPA PATRONAL POR ABSTENSIÓN:** cuando se trata de culpa patronal por abstención, debe quedar acreditado que la falta de elementos de protección “genéricos o especiales” favoreció o agravó la situación del trabajador que, expuesto al riesgo, resultó accidentado. Pero además, en lo que atañe al presente asunto, será necesario establecer si el trabajo en alturas es una actividad de alto riesgo que ameritaba la adopción de medidas extraordinarias de seguridad por parte del empleador. **ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO –TRABAJO EN ALTURAS:** la Resolución No. 3673 del 26 de septiembre de 2008, emitida por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN, vigente a la fecha del accidente sufrido por el demandante, define el trabajo en alturas como una actividad de alto riesgo, y conforme a las estadisticas nacionales, advierte que es primera causa de accidentalidad y de muerte en el trabajo. En esa misma Resolución se establece que el trabajo en alturas es toda labor o desplazamiento que se realice a 1,50 metros o más sobre un nivel inferior y, además se resalta la necesidad de que el empleador garantice al trabajador, no solo los elementos de protección y seguridad para disminuir el riesgo (arneces y punto de anclaje), sino la exigencia de un programa de capacitación y entrenamiento a todo trabajador que esté expuesto al riesgo de trabajo en alturas, antes de iniciar tareas y uno de reentrenamiento, por lo menos una vez al año. **INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS – LUCRO CESANTE:** (…) la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante; el segundo de ellos se refiere, de acuerdo a la terminología del artículo 1614 del Código Civil, a la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del daño ocasionado. La carga de la acreditación del lucro cesante le corresponde a quien lo reclama, por tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión; así, el demandante está llamado no sólo a demostrar el elemento fáctico con cuya base reclama la indemnización, sino también, y para este caso específico, el nexo causal entre el daño funcional (enfermedad profesional) y el beneficio económico dejado de percibir. **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR PERTURBACIÓN A LA SALUD: (…)** en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, existe una presunción a favor del trabajador en estado debilidad manifiesta, que supone que el despido se efectúo por causa de su limitación física y que obliga al empleador a desvirtuarla frente al Ministerio de Trabajo. **SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL:** (…) a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, el beneficiario de la obra será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_\_\_**

**(Septiembre 16 de 2018)**

**Audiencia de juzgamiento**

En la fecha, siendo las (…), la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, procede a decidir el recurso de apelación presentado dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **JULIAN ANDRÉS GAVIRIA LONDOÑA** en contra de **MAURICIO CASTRO SORIANO**, **GESEP S.A. E.S.P.** y **MUNICIPIO DE MARSELLA**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: ………

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión al momento de analizar la ponencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia emitida el pasado 24 de marzo de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, lo mismo que el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia en su conjunto, como quiera que la misma fue adversa a los intereses del Municipio de Marsella – Risaralda.

Se debe aclarar que a la luz del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. no hay grado jurisdiccional de consulta en lo que se refiere a la empresa **GESEP S.A. E.S.P.**, sea cual fuere su composición accionaria o la calidad de sus accionistas, dado que dicha entidad es una sociedad de economía mixta de servicios públicos y no una entidad del orden nacional o territorial.

**PROBLEMA JURIDICO**

Dados los resultados del proceso en sede ordinaria de primera instancia, la revisión de la decisión impone a la Sala, el estudio integral de los siguientes aspectos de la litis:

**1)** La existencia del contrato de trabajo. Para el efecto, necesario resulta verificar si entre el señor **JULIAN ANDRÉS GAVIRIA** (demandante) y el arquitecto **MAURICIO CASTRO SORIANO** (codemandado) existió un verdadero contrato de trabajo, tal y como fue reconocido en sede de primera instancia.

**2)** También será necesario revisar si el municipio de Marsella tiene la calidad de garante, bajo la condición de solidario responsable de las obligaciones laborales emanadas de la eventual existencia del contrato.

**3)** Adentrados en el objeto principal de la demanda, se pasará al análisis de las circunstancias que rodearon el accidente sufrido por el demandante, a efectosde establecer si el mismo es de origen laboral y si media culpa comprobada del empleador en su ocurrencia. De confirmarse la culpa del empleador, será necesario establecer, a su vez, la magnitud del daño sufrido por el trabajador, a efectos de establecer el monto y la naturaleza del resarcimiento por los mismos.

Por último, en lo que atañe al recurso de apelación, se entrará a verificar si el demandante era sujeto de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1993, con las implicaciones que ello implica.

**I – ANTECEDENTES**

El demandante asevera, básicamente, que mientras trabajaba al servicio del señor **MAURICIO CASTRO SORIANO** sufrió un accidente laboral que le dejó secuelas permanentes. En tal sentido, reclama el pago de la indemnización plena de perjuicios (prevista en el artículo 216 del C.S.T.) y de otra serie de emolumentos, todos ellos de orden laboral, como se precisará más adelante.

Tales pretensiones, a su vez, las dirige en contra de la empresa GESEP S.C.A. E.S.P. y del MUNICIPIO DE MARSELLA, a quienes convoca al proceso en calidad de deudoras solidarias, puesto que estas, según se aduce en la demanda, fueron beneficiarias de las obras ejecutadas por su directo empleador.

Señala para el efecto, que el 1º de julio de 2011, celebró contrato de trabajo verbal con el señor MAURICIO CASTRO SORIANO, y que el mismo consistía en la realización de tareas de obra blanca, tales como estuco, enchape y pintura en las instalaciones del Polideportivo del Municipio de Marsella, pactándose como remuneración la suma mensual equivalente al salario mínimo, más todas las prestaciones de ley.

Seguidamente, indica que le encomendaron pintar el techo de la edificación, cuya altura se encontraba a 13 metros del piso, y que en desarrollo de dicha orden sufrió un accidente el 8 de noviembre de 2011, al caer desde esa altura.

Añade que dicho accidente le causó múltiples lesiones: fractura de cadera y codo derecho, y que para su recuperación tuvo que someterse a varias intervenciones quirúrgicas, quedando con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral calculado en 27,81%, según dictamen que le fue practicado.

Finalmente, indica que el señor MAURICIO CASTRO SORIANO le terminó el contrato de trabajo el 1º de enero de 2012, aduciendo la finalización de la obra o labor contratada.

En ese orden de hechos, reclama que se declare la existencia del contrato de trabajo con MAURICIO CASTRO SORIANO, entre el 11 de agosto de 2011 y el 1º de enero de 2012, y que se declare, asimismo, que sufrió un accidente de trabajo por culpa de su patrono el 8 de noviembre de 2011 y en consecuencia se imponga a este último el pago de la suma de 40 salarios mínimos legales a título de perjuicios morales y de la misma suma a título de perjuicios a la vida de relación. Reclama igualmente el pago de la suma de $51.970.248 por concepto de lucro cesante.

En respuesta a la demanda, el señor **MAURICIO CASTRO SORIANO** empezó por reconocer que el demandante sufrió un accidente de trabajo mientras desarrollaba obras de adecuación del **POLIDEPORTIVO DEL MUNICIPIO DE MARSELLA**, pero aclaró, en todo caso, que no se le había encomendado ninguna tarea en el techo de la edificación, en razón de lo cual resultaba innecesario exigírsele certificado de trabajo en alturas. En ese orden, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepción la denominada “culpa exclusiva del trabajador”.

Dentro de los cinco (5) días posteriores al vencimiento del término de traslado para la contestación de la demanda, el demandante presentó escrito de reforma, incluyendo como codemandados a **GESEP S.C.A. E.S.P.** y al **MUNICIPIO DE MARSELLA**, en calidad de responsables solidarios de las acreencias laborales reclamadas, para lo cual señaló, en síntesis, que entre este último y la primera, se celebró el contrato interadministrativo No. 120-2011, cuyo objetivo consistía en la ejecución de varias obras de construcción divididas en tres sectores: escenarios deportivos, vías e infraestructura educativa en el Municipio de Marsella. Señaló, además, que una de las obras a ejecutar era precisamente la reparación y mantenimiento del Polideportivo del pueblo -donde se accidentó- la cual fue subcontratada con el señor MAURICIO CASTRO SORIANO.

Indicó, de otra parte, que a la fecha del despido, se encontraba incapacitado, y que su empleador no solicitó permiso del Ministerio de trabajo para terminar el contrato de trabajo, y que se le adeuda, a la fecha, las primas, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones proporcionales al tiempo laborado.

En ese orden, reclama, además de las pretensiones antes señaladas, que se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, a la luz del artículo 26 de la Ley 361 de 1993, y que se condene a las codemandadas al pago de ciento ochenta (180) días de salario, por concepto de la indemnización prevista en la norma antes citadas, lo mismo que a la indemnización por despido injusto, al pago de las acreencias laborales adeudadas y a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Los nuevos vinculados dieron respuesta a la demanda, así: **GESEP S.C.A. E.S.P.**, por su parte, aceptó la existencia del contrato de obra No. GSO-026-2011 celebrado con el arquitecto MAURICIO CASTRO SORIANO, advirtiendo que en desarrollo del mismo, el contratista contaba con total autonomía técnica y administrativa, de modo que era libre de contratar el personal necesario para llevar a cabo la ejecución de la obra. Asimismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de “culpa exclusiva del trabajador” y la “innominada”

Mientras que el **MUNICIPIO DE MARSELLA**, se defendió de las pretensiones argumentando, a su vez, que en virtud del contrato interadministrativo al que se alude en la demanda, GESEP actuó con autonomía técnica y administrativa y por consiguiente el municipio no adquirió ninguna obligación con relación a los empleados, trabajadores o contratistas que la sociedad vinculó a las obras contratadas. De esta manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra y propuso como excepciones las de “inexistencia del derecho que se reclama” y “prescripción”

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual empezó por indicar que no había duda de la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el arquitecto entre el 1 de julio de 2011 y el 1º de enero de 2012; ni de la relación contractual de este último con **GESEP S.C.A. E.S.P.**, y de esta, a su vez, con el **MUNICIPIO DE PEREIRA**, lo que convierte a las últimas mencionadas en responsables solidarias de las obligaciones laborales de la primera, de acuerdo a lo previsto en el artículo 34 del C.S.T.

Indicó igualmente, que al finalizar la relación laboral, le habían quedado adeudando al demandante la suma **$729.406** por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima servicios y vacaciones proporcionales al tiempo laborado, en virtud de lo cual condenó a su pago. Asimismo, condenó al pago de la suma de $18.890 diarios a título indemnización moratoria, desde el 2 de enero de 2012 y hasta que se haga efectivo el pago de las prestaciones sociales reconocidas en el presente asunto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 del C.S.T.

En relación a la pretendida indemnización total y ordinaria de perjuicios, concluyó, básicamente, que el accidente sufrido por el demandante se produjo con causa y por ocasión del contrato de trabajo, mediando culpa plena del empleador en su ocurrencia, debido a que el trabajador no estaba capacitado para trabajo en alturas y no había sido dotado de los elementos mínimos de seguridad para disminuir el riesgo de la tarea que le fue impuesta. En vista de ello, condenó al señor **MAURICIO CASTRO SORIANO**, y solidariamente al resto de los demandados, al pago de la suma de $51.794.532 de lucro cesante y $15.000.000 por daño a la vida de relación, absolviendo del pago de perjuicios morales, al considerar que no había sido acreditado un verdadero daño moral, sino un perjuicios de orden fisiológico.

Finalmente, en lo que corresponde a la terminación del contrato de trabajo, con apoyo en las pruebas, señaló que el mismo finalizó por la culminación de la obra o labor contratada, por ende no había lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1993, ya que no puede afirmarse que el contrato hubiese finalizado en razón de situación de salud del demandante.

**III – RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la decisión acabada de resumir interpone recurso de apelación la parte actora, en procura de que en sede de segunda instancia: **1)** se incremente el monto de la indemnización por lucro cesante, **2)** se condene al pago de los perjuicios morales y **3)** se imponga el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1993, atendiendo a los siguientes argumentos:

Frente a la fórmula empleada para el cálculo del lucro cesante futuro o proyectado, indicó que no había lugar al descuento del 25% imputado a gastos personales, puesto que dicho descuento solo es procedente en eventos en los cuales la víctima no sobrevive, porque se entiende que en vida destinaba ese porcentaje de sus ingresos al sostenimiento propio.

En lo que atañe a la exoneración por el daño moral, indicó que es necesario que la justicia ordinaria actualice las categorías del daño, e incorpore el denominado daño fisiológico, aceptado ampliamente en la jurisprudencia del consejo de Estado, pero además, que tome en cuenta que dicha Corporación admite que el daño moral es, ante todo, la afectación a esa esfera interna de la órbita del ser, que se presume por el solo hecho de que la víctima tenga una disminución permanente en su capacidad física.

Por último, en relación con el pedido de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1993, equivalente a 180 días de salarios, por haber sido despedido estando en estado de incapacidad, señaló que si el contrato fue verbal, debe entenderse a término indefinido, luego su finalización no estaba supeditada a la culminación de ninguna obra o labor contratada, de modo que ha de presumirse que el despido obedeció a la situación calamitosa por la que estaba pasando el trabajador, y no a la finalización de la obra.

**IV - CONSIDERACIONES**

**4.1. DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Es del caso anotar que el señor CASTRO SORIANO aceptó no solo en la contestación a la demanda (Fls. 123 y s.s.) sino también en el interrogatorio de parte, haber sido el empleador del demandante.

Valga anotar igualmente, que también aceptó que estuvo a cargo del desarrollo de las obras de mantenimiento y adecuación del polideportivo del municipio de Marsella, contratado por GESEP S.C.A. E.S.P.; y que, en el interrogatorio de parte, indicó, además, que había decidido terminarle el contrato de trabajo al demandante, por sugerencia de la ARL y ante la finalización de las obras para las cuales había sido contratado.

Ello así, no hay duda alguna de que el demandante laboró al servicio del señor CASTRO SORIANO, como ayudante de construcción en la aludida obra, devengando la suma de un salario mínimo, como fue igualmente aceptado en la respuesta a la demanda.

No sobra subrayar que el señor CASTRO SORIANO se enteró del accidente sufrido por el demandante, y según puede verse entre los folios 129 y 140 del expediente, le brindó la ayuda económica necesaria para su manutención y para los traslados a la ciudad de Pereira, a las terapias y demás tratamientos médicos posteriores al infortunado suceso.

Dichos folios corresponden a constancias de pagos irrogados al demandante, un total de 11 desembolsos, de valores que oscilan entre $80.000 y $230.000, y que sumadas resultan en la cifra total de $1.850.000 pesos.

**4.2. LIQUIDACIÓN DE LAS ACREENCIAS LABORALES E INDEMNIZACIÓN MORATORIA ANTE LA FALTA DE PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES**

El demandante afirma en el escrito genitor de la demanda, que su empleador jamás le pagó las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones. Dicha negación indefinida no fue atacada por el demandado, de modo que la jueza accedió a condenar por dichos concepto, concretando la condena en la suma $729.406.

Realizados los cálculos en sede jurisdiccional de consulta, la Sala encuentra que dicha suma es correcta, tomando como base un total de 140 días laborados (4 meses y 20 días) entre el 11 de agosto de 2011 y el 1º de enero de 2012 y una remuneración mensual equivalente al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (más el auxilio de transporte) para un total de $729.406. Por lo que se confirma este punto de la sentencia.

De otra parte, se tiene previsto jurisprudencialmente, que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., solo es aplicable cuando aparece comprobada la mala fe del empleador al momento de incumplir con el pago de salarios y la liquidación de prestaciones de un contrato laboral, pues según el alto tribunal, **la condena a esta indemnización no puede ser automática, pues su naturaleza sancionatoria exige que esté precedida de un juicioso examen de la conducta del empleador,** para determinar si actuó de buena o mala fe.

A propósito del concepto de buena fe, de antaño se ha precisado que esta *“equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud".* Así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 16 de 2005, expediente No. 23987, rememorando una vieja sentencia del 23 de junio del año 1958. - *Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223).*

Bajo tales premisas, ha de confirmarse este punto de la sentencia objeto de consulta, dado que el empleador omitió el pago prestaciones sociales a su cargo, y no demostró, ni tan siquiera alegó alguna justificación atendible para ello, de modo que, ante la ausencia de tales razones, necesarias para verificar un comportamiento desprovisto de mala fe, forzoso resulta, como se había anticipado, confirmar la sanción moratoria impuesta al empleador.

**4.3. CULPA PATRONAL**

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

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

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

No obstante, frente a la última de dichas exigencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que: *“(…) en la indemnización total y ordinaria de perjuicios corresponde al demandante demostrar el incumplimiento por parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, evento en el cual traslada a aquel la carga de demostrar que actuó con diligencia y cuidado para que pueda exonerarse de la responsabilidad”.* (SL 13653 del 07 de octubre de 2015)

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

Así mismo ha señalado dicha Corporación, en la sentencia No. 22656 del30 de junio 2005, M.P.ISAURA VARGAS DÍAZ, que (…) *esta responsabilidad contractual nace de la existencia misma del contrato de trabajo por el incumplimiento del deber de protección y seguridad que tiene el empleador para con su trabajador los cuales, a su vez, le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo*.

Pues bien, el ámbito de responsabilidad a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por versar este precepto sobre los riesgos genéricos y específicos del trabajo que dan lugar a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por razón de la llamada culpa leve del empleador, esto es, la que se opone al cuidado mediano u ordinario que debe emplearse en la administración de los propios negocios, como el exigido de un buen padre de familia (artículo 63 del Código Civil)**,** hace indispensable que se evidencie un patente comportamiento omisivo o negligente del empleador antes de la ocurrencia de los hechos, para ser condenado a la indemnización plena de perjuicios**.**

A propósito de lo anterior, conviene anotar quelos deberes de protección y seguridad son aquellos señalados expresamente en los artículos 56 y 57- numeral 2º- del Código Sustantivo del Trabajo, y son de medio, no de resultado, pues es imposible eliminar totalmente, en la práctica, los infortunios del trabajo. Sin embargo, en virtud de tales normativas, al empleador le incumbe la obligación de protección y seguridad para con sus trabajadores, a quienes debe procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud. Esto nos lleva a entender, que si el empleador es conocedor de un determinado peligro al que está expuesto su colaborador en el desempeño de sus labores, es su deber adoptar todas las medidas a su alcance, tendientes a evitarlo o corregir tales situaciones riesgosas, porque de no ser así - es decir, que pudiendo prevenir un daño, no lo hace-, debe responder por dicha omisión.

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a *«suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»* y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de *«proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad»* (art. 2º R. 2400/1979).

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

Lo anterior no implica que al trabajador solo le basta plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria adicional, porque, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva, como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y, además, *“…que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente…”* (Ver, entre otras, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

Luego entonces, como conclusión, antes de pasar a la evaluación de los medios de convicción arrimados al proceso, conviene subrayar que cuando se trata de culpa patronal por abstención, debe quedar acreditado que la falta de elementos de protección “genéricos o especiales” favoreció o agravó la situación del trabajador que, expuesto al riesgo, resultó accidentado. Pero además, en lo que atañe al presente asunto, será necesario establecer si el trabajo en alturas es una actividad de alto riesgo que ameritaba la adopción de medidas extraordinarias de seguridad por parte del empleador.

En ese orden, es del caso anotar que la Resolución No. 3673 del 26 de septiembre de 2008, emitida por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN, vigente a la fecha del accidente sufrido por el demandante, define el trabajo en alturas como una actividad de alto riesgo, y conforme a las estadisticas nacionales, advierte que es primera causa de accidentalidad y de muerte en el trabajo. En esa misma Resolución se establece que el trabajo en alturas es toda labor o desplazamiento que se realice a 1,50 metros o más sobre un nivel inferior y además se resalta la necesidad de que el empleador garantice al trabajador, no solo los elementos de protección y seguridad para disminuir el riesgo (arneses y punto de anclaje), sino la exigencia de un programa de capacitación y entrenamiento a todo trabajador que esté expuesto al riesgo de trabajo en alturas, antes de iniciar tareas, y uno de reentrenamiento, por lo menos una vez al año.

Llegados al caso concreto, se encuentra por fuera de toda discusión que el señor WILLIAN HONORIO ESTRADA, maestro de la obra en la que trabajó el demandante, le pidió a este que junto a otro compañero, ROLANDO CRISTOFER ALZATE MEJIA, pintaran una estructura metálica (o cercha) que se encontraba encima del techo del coliseo del polideportivo, a una altura aproximada de 10 metros. En ello coinciden precisamente los actores que intervinieron en dicha escena de realidad, ya que ambos -el maestro y el ROLANDO CRISTOFER- anotan en sus relatos que el demandante se encontraba en cumplimiento de una tarea, desarrollando una actividad inmanente a su cargo de ayudante de construcción.

El citado maestro de obra describió el accidente así*: “eso fue en el 2011, estaban pintando una estructura metalica encima de un techo, yo solo vi cuando el cayó, se desfondó el techo y cayó, quedó colgado de un lazo que se había amarrado al cinto, la linea no aguantó el peso y cayó*”. Cuando se le preguntó que medidas de protección se habían adoptado para que el demandante trabajara sobre esa altura, indicó: *“yo les dije, muchachos, mucho cuidado arriba, tienen que estar bien asegurados”.* Seguidamente se le preguntó si habia arneses en la obra, dijo: *“eso estaba ahí, en la bodega”*.

Por su parte, el señor ALZATE MEJÍA, testigo presencial del accidente, dijo *“yo estaba al lado de él cuando se desplomó ese techo, llevavamos 8 días trabajando en el coliseo”*. Al preguntársele acerca de las razones que en su opinión habian llevado al accidente, dijo: *“porque no teniamos los elementos correctos para subirnos a esa altura, nos tocaba amarrarnos como podiamos con unos lazos, porque ni siquiera había arnes. El techo estaba a 10 o 12 metros del suelo”.* Y explicó que el accidente se presentó mientras pintaban unas “cerchas”, dijo: “*subimos por los andamios y estabamos parados encima de las hojas de eternit del techo, yo traté de cogerlo cuando se desfondó el techo, pero no pude*, y agregó que no tenían curso de alturas y que luego de ocurrido el accidente, a los dos días llevaron unos arneses”, puntualizó. No sobra anotar que al maestro de obra le preguntaron si el demandante tenía curso de alturas y se limitó a señalar *“eso como en esa época no molestaban por eso”.*

Todo lo anterior pone de relieve que el demandante no solo no había recibido capacitación para desarrollar la tarea de alto riesgo que se le había asignado, sino que tampoco lo dotaron de los mínimos elementos de seguridad para reducir el riesgo de una caida. Y eso que la obra estaba a cargo de un arquitecto, e involucraba dineros públicos, lo cual hace aún más inexcusable tal descuido, cuyo desenlace pudo ser la muerte del trabajador.

Como consecuencia de lo anterior, se impone el pago de la indemnización plena de perjuicio al empleador, al haber mediado culpa suya en la ocurrencia del accidente que produjo lesiones al demandante.

**4.4. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

Recordemos que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante; el segundo de ellos se refiere, de acuerdo a la terminología del artículo 1614 del Código Civil, a la *“ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del daño ocasionado*”. La carga de la acreditación del lucro cesante le corresponde a quien lo reclama, por tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión. Así, el demandante está llamado no sólo a demostrar el elemento fáctico con cuya base reclama la indemnización, sino también, y para este caso específico, el nexo causal entre el daño funcional (enfermedad profesional) y el beneficio económico dejado de percibir.

De otro lado, no debe perderse de vista la diferencia entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión, pues el lucro cesante no está referido a un hecho pretérito sino a uno que podría haber acontecido y que no se produjo. Ciertamente, la prueba del lucro cesante ha de ser indirecta, a través de indicios, ya que, obviamente, no puede existir un medio de prueba directo de un evento futuro.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, el actor persigue el pago del lucro cesante –consolidado y futuro- y aunque nada se dice en los hechos de la demanda acerca de la manera como el daño afecta (o afectará) la esfera laboral y económica del demandante, puede verse que, en el ejercicio de tasación del daño, visible en el punto 5.2.1. de la demanda (Fl. 149), se anota que los mismos surgen por la pérdida total de la capacidad laboral del actor.

Es del caso subrayar que dicha afirmación es contraevidente, puesto que el actor conserva todavía un amplio porcentaje residual de capacidad laboral (recordemos que la pérdida de la capacidad laboral en su caso es del 27,85%) tanto que volvió a ocuparse de actividades que requiere un amplio despliegue físico, tales como la construcción o el trabajo en el campo; y en esta última etapa de su vida se ha desempeñado como chofer, y no ha dejado de jugar fútbol, tal y como lo afirman sus amigos declarantes.

De modo que no aparece prueba alguna que le permita al despacho cuantificar las ganancias que el actor dejaría de reportar a su patrimonio durante toda su vida laboral, y aunque probablemente tendrá dificultades para ocuparse en tareas que exijan la plenitud de su capacidad física, la concreción de la condena no puede hacerse sobre la base de suposiciones edificadas por fuera de la realidad de los hechos o de la situación en la que se encontraba el trabajador antes de sufrir el accidente.

El derecho al pago del lucro cesante surge de la hipótesis de que, de no haberse producido el daño, en el orden normal de las cosas, el actor obtendría una ganancia significativamente diferente, siendo esas las apreciaciones subjetivas a tomar en cuenta a efectos de valorar el daño a la luz del precepto legal previsto en el artículo 283 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), en el que se dispone: *“en todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.*

En este orden de ideas, queda claro que la víctima, pese a haber sufrido una incapacidad permanente parcial, ha tenido, con posterioridad al accidente, varios trabajos remunerados, lo que significa que no ha sufrido pérdida laboral total hacia el futuro. Ahora bien, ese mayor esfuerzo, o en otras palabras, el mayor riesgo que supone a la salud del actor desarrollar actividades laborales de alto impacto físico, como puede ser la construcción, luego haber sufrido las lesiones ocasionadas en el accidente, debe ser reparado a la luz del artículo 2341 del código civil, que dispone que todo daño imputable por culpa del demandado, debe repararse por este. Sin embargo, en eventos en que el perjudicado queda con una incapacidad permanente parcial, y pese a ello desempeña un trabajo remunerado, tiene derecho a una ganancia ulterior, indemnización que equivale a lo que la doctrina ha denominado “pérdida de la oportunidad” y no lucro cesante futuro, pues en puridad del término, este último se refiere fundamentalmente al provecho que de no producirse el daño debió entrar al patrimonio de la víctima, pues el quebranto de ese interés que se deja de percibir obedece a una situación fáctica real *“susceptible de constatación física, material y objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente remota”* (Así lo explica la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 2005-00103 del 9 de septiembre de 2010)[[1]](#footnote-1).

La jurisprudencia ha tratado la “pérdida de oportunidad” como un asunto parecido al lucro cesante, que no idéntico u homogéneo, definiéndolo como *“la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio, asunto de tiempo atrás analizado por los comentaristas desde la certidumbre del quebranto, la relación de causalidad y la injusticia del daño”[[2]](#footnote-2).* Aclarando que, para la valuación pecuniaria de dicha pérdida, al operador judicial debe presentársele pruebas, al menos indiciarias, acerca del “*valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada”* de modo tal que pueda edificarse una razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la ganancia o provecho que deja de reportarse, (artículo 1614 del Código Civil), en ella (en la pérdida de oportunidad) no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida.

Para resumir, la diferencia entre uno y otro perjuicio, estriba en que la “pérdida de oportunidad” no implica la desaparición de una ganancia, provecho o beneficio, propiamente dichos, sino de la oportunidad de obtenerlos. Ello así, la pérdida de una oportunidad, como lo entiende la jurisprudencia, *atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio[[3]](#footnote-3).*, al tiempo que con el lucro cesante futuro no se indemniza la pérdida de una probabilidad sino la obtención de dividendos a los cuales tendría derecho una víctima, pero bajo el esquema de privación de una ganancia cierta[[4]](#footnote-4).

A partir de las reflexiones memoradas, descendiendo al caso concreto, es evidente que el perjuicio médico por la lesión del demandante quedó plenamente acreditado con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, así como la culpa y el nexo causal, siendo únicamente motivo de discusión, hasta este punto de la sentencia, la cuantificación del daño, pero no a título de lucro cesante futuro, como fue planteado en la demanda, sino de pérdida de la oportunidad, como quiera que el demandante retornó a sus actividades laborales habituales luego de superar la convalecencia tras el accidente, de modo que no puede hablarse de la desaparición cierta de una fuente de ingresos en su caso, sino, eventualmente, del menoscabo de sus capacidades físicas para seguir desempeñándose con normalidad en el área de la construcción.

Sin embargo, ni en la demanda, ni en la sentencia de primera instancia, ni el recurso de apelación, se esgrimió la causación de un daño por la pérdida de oportunidad, de modo que en esta instancia no puede imponerse el pago de un rubro no perseguido, menos en este caso en que este punto de la sentencia se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

Definido lo anterior, frente a las condenas perseguidas por la parte actora por razón de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios que aquí se analiza, específicamente en relación con el lucro cesante, consolidado y futuro, considera la Sala que no aparece claro de qué manera y en qué grado la aparición de las secuelas físicas tras el accidente sufrido por el actor le ha reportado pérdidas económicas medibles más allá del tiempo que estuvo incapacitado, como quiera que después de 8 meses de convalecencia, como fue informado por sus amigos declarantes, logró vincularse de nuevo al mercado laboral, trabajando incluso en la misma actividad en la que se desempeñaba al momento del accidente[[5]](#footnote-5).

En ese orden de ideas, la condena por lucro cesante únicamente puede reducirse al tiempo que el demandante estuvo impedido físicamente para trabajar, que, según el dicho de los declarantes, específicamente de Hildelbray López Cardona, fue de 8 meses, a razón de un salario mínimo, más el 25% del componente prestacional, que era lo que devengaba al momento del accidente, lo cual asciende a la suma de $5.356.000, que indexado a la fecha de la sentencia asciende a la suma de $6.676.291.

Se debe aclarar, dándole la razón al apelante, que no hay lugar al descuento del 25% por gastos personales, puesto que dicha deducción se tiene prevista única y exclusivamente en aquellos eventos en que el daño deriva de un accidente mortal, sobre la base de que el difunto destinaba ese porcentaje al sostenimiento propio.

No sobra anotar que en otros asuntos la Sala ha accedido a reconocer el lucro cesante futuro a personas con incapacidad permanente parcial, incluso de menor grado que la registrada por el actor. En uno de aquellos casos, se presentó a reclamar la indemnización plena de perjuicios una trabajadora de una empresa textil, que había perdido el 16,97% de su capacidad laboral por la afectación permanente de ambas extremidades superiores, y con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, se tuvo en cuenta que la actora era mayor de 50 años y llevaba más de diez (10) años desempeñándose en el área de la confección, adquiriendo destreza, habilidad y experiencia en la realización de una actividad determinada que le reportaba ganancias, de modo que al verse comprometida la movilidad de sus manos, había perdido la oportunidad de seguir explotando una actividad que le había generado ingresos por más de diez (10) años, en razón de lo cual se accedió al lucro cesante consolidado y futuro, amén de que no obraba prueba en el proceso de que hubiera vuelto a trabajar, contrario a lo que ocurrió en este caso[[6]](#footnote-6).

En cuanto al monto de la indemnización por el perjuicio moral y el daño fisiológico o daño a la vida de relación, sufridos por el actor con la traumática transformación de su vida personal, laboral, familiar y social, y frente al grado de disminución de su capacidad laboral, aun cuando el precio del dolor es inconmensurable, se fija conforme al prudente juicio en la suma de 30 S.M.L.M.V., a título de daño moral, y se confirma la suma de $15.000.000, a título de daño a la vida de relación o daño fisiológico. El primero por la frustración, el dolor, la ansiedad y la zozobra que pudo haberle causado al actor el accidente que por poco le cuesta la vida y por el tiempo que duró su angustiosa recuperación, y el segundo por las secuelas permanentes derivadas de la misma experiencia, teniendo en cuenta que aunque, por ejemplo, puede seguir jugando futbol, una de sus pasiones, según lo descrito por sus amigos, ya no puede hacerlo con la misma calidad, intensidad y resistencia de antes.

No sobra anotar en lo tocante al daño moral subjetivado -que recordemos, había sido negado en primera instancia- que necio resultaría negar que las secuelas permanentes, producto del accidente, produjo en la víctima, natural desasosiego, angustia y dolor, que lo hace acreedor a un paliativo económico, a modo de compensación de ese dolor, así no se demuestre que haya tenido que asistir a tratamientos sicológicos o psiquiátricos, pues, de la definición jurisprudencial de dicho perjuicio, se deduce que lo que origina la indemnización, son aquellos sentimientos que se anidan en lo más profundo del ser y que no son fáciles de describir o definir, sin que para ello sea preciso un tratamiento médico, dado que ningún ser humano, por fuerte que sea, sería ajeno a ese dolor, tal y como lo ha precisado este Tribunal en otros casos (Verbigracia en la sentencia del 15 de mayo de 2014, Rad. *2012-00197, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares –en el caso de un trabajador que perdió un ojo luego de un accidente de trabajo).*

En esa oportunidad, se consideró que frente a lesiones de carácter grave y con secuelas permanentes, era prudente condenar al pago de la suma de $20.000.000 de pesos a título de perjuicios morales a la víctima directa, lo cual equivale a 32 salarios mínimos legales mensuales vigentes de aquella época. Siguiendo ese derrotero, consideramos que en este caso razonable resulta condenar al pago de 30 salarios mínimos, y a la misma suma se condenaría a título de daño fisiológico, sin embargo el monto impuesto en sede de primera instancia por ese concepto no fue objeto de apelación, por lo que se deja en la suma de $15.000.000.

**4.5.** **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR PERTURBACIÓN A LA SALUD.**

En virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, existe una presunción a favor del trabajador en estado debilidad manifiesta, que supone que el despido se efectúo por causa de su limitación física y que obliga al empleador a desvirtuarla frente al Ministerio de Trabajo.

En el presente caso el empleador no solicitó el mentado permiso al Ministerio de Trabajo para finalizar el contrato al trabajador, cuyo estado de debilidad manifiesta, producto de un accidente laboral acaecido en vigencia del contrato, tiene sustento nada más y nada menos que en una calificación del estado de invalidez, que en su caso arroja un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 25% (27,85%, para ser exactos), lo que equivale a un grado de limitación severa, según la clasificación prevista en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamenta el artículo 5º de la Ley 361 de 1997.

Bajo las anteriores circunstancias, el demandante tiene derecho al pago de la suma de 180 días de salario a título de indemnización, ya que es bien sabido que la jurisprudencia tiene un sentido unánime respecto a que dentro de los contratos a término fijo o de obra o labor contratada la causal de vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra no constituye razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, como en este caso.

**4.6. SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL**

En el ordenamiento legal colombiano no aparece proscrita la posibilidad de que los empresarios y entidades públicas contraten, bajo la modalidad que escojan, a otras empresas (a terceras personas) para la prestación de uno o varios servicios relacionados o no con su objeto social, caso en el cual la denominada empresa “usuaria” no llega a ser considerada, en ningún caso, empleadora, obviamente, siempre que no ejerza subordinación sobre los empleados vinculados por el contratista encargado de la obra o labor contratada, caso en el cual el contratista pasaría a convertirse en un mero intermediario en los términos del artículo 35 del mismo código.

Ahora bien, en virtud del artículo 34 del C.S.T., *a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio,* el beneficiario de la obra será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

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

Por demás, para que la solidaridad opere, además de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario de la obra o el trabajo, se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. Igualmente, vale añadir que la Sala Laboral ha admitido la posibilidad de que opere la solidaridad tomando en cuenta para ello la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra. Así lo dispuso en la sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135[[7]](#footnote-7).

Resulta también necesario precisar que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el artículo 34 del C.S.T., de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de esos subcontratistas.

Frente a este último tema, conviene traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 17573 del 12 de junio de 2002, ponencia del magistrado Germán Valdés, en la que dijo: *“jurídicamente la norma impone la solidaridad a los subcontratistas sin limitación alguna. Toda la cadena de subcontratos es, en la práctica mercantil o de negocios, una delegación del servicio o de la ejecución de la obra; y como es el trabajador quien realiza el trabajo, ni siquiera cuando se prohíbe subcontratar la ley permite que desaparezca la garantía que para el subordinado ofrece la institución de las obligaciones solidarias”.*

De lo que viene de decirse, en el caso que ocupa la atención de la Sala, es evidente que el MUNICIPIO DE MARSELLA contrató un servicio que podía prestar de manera directa y acudiendo a su propia planta de personal (Fl. 273), según se lo permite la misma constitución en su artículo 311, que en lo que interesa a este asunto, señala: *(…) al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde* (además de) *prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, etc.* Pero además, teniendo en cuenta que en virtud del Decreto 1333 de 1986 (código del Régimen Municipal), los municipios pueden vincular a través de contrato a trabajadores para que se ocupen de tareas relacionadas directamente con la construcción y mantenimiento de obras públicas.

En vista de lo anterior, sin más que agregar, se confirma también este punto de la sentencia, como quiera que el municipio debe responder en este caso por las obligaciones labores impuesta al señor CASTRO SORIANO en calidad de subcontratistas de las obras de adecuación del polideportivo de Marsella. Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso al apelante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia objeto de estudio en segunda instancia, en el sentido de aclarar que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador se dio sin justa causa.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la condena por lucro cesante asciende a la suma de **$6.676.291,** por el daño moral 30 S.M.L.M.V. (vigentes a la fecha de su pago) y $15.000.000 por el daño fisiológico, como fue dicho en la parte considerativa de la sentencia.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral **QUINTO** de la sentencia, adicionando la condena por despido en estado de incapacidad a favor del demandante, en la suma de 180 días de salario (lo que equivale a la suma de $3.400.200), tal como fue expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo demás la sentencia de primera instancia.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS. CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

1. . Sobre las diferencias entre una y otra modalidad del daño, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil, ha razonado de la siguiente manera: *(…) procede la reparación de esta clase de daño (refiriéndose al lucro cesante) en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad del daño y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido”* explicando que “*una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, (…) y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla sin obstáculos. Trátese, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia (…)”* (Fallo del 24 de junio de 2008, expediente 200-0114101). [↑](#footnote-ref-1)
2. . Sentencia de 9 de septiembre de 2010 Referencia: 17042-3103-001-2005-00103-01 [↑](#footnote-ref-2)
3. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable” [↑](#footnote-ref-3)
4. Ahora bien, el juicio de probabilidad exige la acreditación de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance u oportunidad” debe ser seria, verídica y actual. Además, la jurisprudencia a la que se viene haciendo referencia, considera que como daño indemnizable, es necesario que se acredite **1)** la *“imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente*; y **2)** *la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos.* Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. [↑](#footnote-ref-4)
5. . Sus amigos indicaron que tras su recuperación, había trabajado en construcción, en fincas y más recientemente de chofer. [↑](#footnote-ref-5)
6. para la tasación del mismo se obtuvo la base salarial (o la constante real) del porcentaje equivalente al grado de pérdida de la capacidad laboral (dictaminado por la Junta de Calificación) aplicado sobre la suma correspondiente al promedio de los ingresos comprobados en el proceso por la demandante (sentencia del 3 de julio de 2015, Rad. 2008-00092) [↑](#footnote-ref-6)
7. 1-En esta misma sentencia La Corte precisó que *“lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará solidaridad establecida en el artículo citado”.* [↑](#footnote-ref-7)