



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL7459-2017

Radicación n.º 38705

Acta 08

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ÁNGELA MARITZA MENA PALOMEQUE**, en su nombre y en representación de su menor hijo, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 25 de agosto de 2008, en el proceso que instauró la parte recurrente junto con **ROSA ESNEDA MOSQUERA, YULIZA, SIBELLY, CRUZ ÁNGEL Y DAVID MACHADO MOSQUERA, GRICELLA Y FRANKLYN MACHADO SCARPETA, BENIGNO ANTONIO MACHADO LEMUS Y BERENICE MOSQUERA MOSQUERA** contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P., JAVIER EDUARDO ROSERO LONDOÑO, COMPAÑÍA ASEGURADORA LA FIANZA S.A.** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Acéptese la sucesión procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en los términos del poder obrante a folios 56 y 57 del cuaderno de la Corte.

Reconózcase personería para actuar a Raúl Alejandro Contreras Alfonso como apoderado judicial del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación conforme el poder de folio 60.

Así mismo reconózcase a Jorge Iván Díaz Mena como apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., de acuerdo al documento de folio 68 y siguientes del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

La parte actora pidió que se declarara responsable laboral, civil y solidariamente a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. y al Ingeniero contratista Javier Eduardo Rosero, por el fallecimiento del trabajador Jesús Danny Machado, el 9 de octubre de 2003, con la consecuente condena solidaria de los perjuicios materiales de lucro cesante y daño emergente en su calidad de madre, hijo, compañera permanente y hermanos; así mismo el pago de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional a cargo del ISS, a quien llamaron como litis consorte necesario, todas las sumas debidamente indexadas y las costas procesales.

Se adujo como soporte de lo pedido que el 7 de julio de 2003, el Gerente encargado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. suscribió con Javier Eduardo Rosero Londoño un contrato civil para la *«construcción de tubería 36 y trampa de sólidos en la Quebrada Bedoya en el Barrio Panorama de la ciudad de Pereira»*, que se justificó en el hecho de que la referida quebrada tenía un represamiento de agua *«por aplastamiento de la tubería en el terraplén»* y que *«por el fuerte invierno el nivel de agua embalsamada sigue aumentando, lo que podría ocasionar un desastre de grandes magnitudes si el terraplén de la vía llegase a colapsar»*, de manera que ambos tenían pleno conocimiento de los riesgos de la labor y pudieron prever la amenaza y que por ello la Empresa de Servicios Públicos, en el documento de condiciones técnicas, destacó que correspondía al contratista otorgar suficiente seguridad a los trabajadores exigiendo, entre otros, la colocación de avisos de prevención en horas *«diurnas y luces rojas o mechones encendidos en las horas nocturnas. Ningún trabajo de excavación de zanjas podrá ejecutarse sin que hayan colocado señales visibles de peligro aprobadas por la interventoría»* y con un experto de seguridad de forma permanente, pero tales obligaciones se incumplieron y el interventor no garantizó el acatamiento de tales directrices.

Que la empresa demandada conocía de los riesgos de la labor contratada y que así se lo comunicó a la Alcaldesa encargada de Pereira en su momento en tanto el contratista había tratado de drenar el embalse pero por las condiciones climáticas no contaba con el tiempo suficiente para

encontrar el problema y drenar la Quebrada; que *«la emergencia se generó por el desprendimiento de tierra de un tramo de terraplén produciendo daños en el talud, en las redes de acueducto y alcantarillado y en el andén. Esta emergencia obligó a tomar medidas importantes como el cierre de la vía que une los Barrios Panoramas, efectuar sello de asfalto a las juntas de dilatación del pavimento, cerrar el área de los trabajos para proteger al peatón»*.

Se destacó que, el Ingeniero de Obra también expresó a la Empresa de Acueducto las dificultades en la ejecución de la obra relacionadas con los derrumbes, por el fuerte invierno que incluso había acontecido con desplome de un talud de 300 m³ y que el interventor, al verificar el tema de la seguridad, a lo único que se restringió fue a pedir prórroga del contrato, dadas las dificultades de las aguas subterráneas, inestabilidad del terreno, clima adverso.

Que Jesús Danny Machado Mosquera fue contratado como Obrero en la referida obra; para el 9 de octubre de 2003 se encontraba desarrollando sus labores pero, alrededor de las 6 pm, se desprendió una porción de tierra que lo sepultó y que le causó anoxia, que desencadenó su muerte, al obstruírsele las vías respiratorias; que en la investigación interna de accidentes de salud ocupacional se dejaron consignadas múltiples irregularidades administrativas, entre las que destacan: que no se tenía un sistema de alarmas y que debía mejorarse la terraza del talud y suspender la actividad mientras existieran lluvias altas.

Se aseguró que la negligencia de los demandados se concretó, entre otros, en las precarias condiciones de seguridad que se implementaron, al punto que se permitió continuar en la tarea sin que cesara la lluvia, y con desconocimiento de las condiciones de inestabilidad del terreno y del alto riesgo que este aparejaba, tampoco señalaron el lugar, y la interventoría se restringió a aspectos que no tuvieron en cuenta la seguridad y salud de los trabajadores, menos mostró diligencia la Empresa de Acueducto, pese a tratarse de actividades semejantes a las que desarrolla.

La petición mancomunada se fundó en que comparecían hermanos, hijo, madre y compañera permanente, dado su grado de afecto y en atención a que Jesús Danny Machado Mosquera proveía el sostenimiento de todos ellos, aunado a que estaban afectados por el *«dolor, la angustia, la tristeza y la depresión que produce la muerte y ausencia de un ser querido que apenas empezaba su segunda década de vida y se constituía como una esperanza cierta de aporte y sustento del hogar, dada la condición de pobreza y humildad de la familia a la cual pertenecía»*. Que existió reclamo administrativo pero no se obtuvo respuesta (folios 11 a 22).

Al contestar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A.E.S.P. solicitó que se negaran las peticiones. Frente a los hechos admitió la suscripción del contrato civil, el objeto, pero soportado en un plan para mitigar el represamiento de la Quebrada y no por el invierno; admitió

que no se vinculó a un experto de seguridad de manera permanente, pero que ello en nada hubiera incidido porque se trató de un *alea* y además los trabajadores estaban dirigidos por Ingenieros que tenían la competencia para conocer sobre los eventuales riesgos; aceptó el envío y la existencia de los oficios con el contenido descrito, pero les restó importancia en tanto sostuvo que con ellos nada se aceptaba frente a la particular circunstancia de Machado Mosquera.

Del derrumbe indicó que *«no hay normas de seguridad que valgan, ni personal experto profesional o de obreros que la tragedia respete»*. Aclaró que los elementos de seguridad con que contaba el trabajador eran sus *«botas, guantes, casco, herramientas e instrucciones de seguridad»*; que el informe de la ARP fue un simple formato que relleno un facilitador que no sabía de los pormenores de la obra, los demás los negó. Llamó en garantía a la Compañía de Seguros de Fianzas CONFIANZA S.A. y como litisconsorte necesario al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Planteó la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia (folios 232 a 248).

Por auto de 19 de septiembre de 2006 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira aceptó el llamamiento en garantía de CONFIANZA S.A. y el litisconsorcio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (folio 319).

Al responder el contratista Javier Eduardo Rosero Londoño aceptó el contrato, la existencia del represamiento de la Quebrada, aclaró que el Director de la Obra asumía igualmente el papel de experto en seguridad y que se construyó un campamento para el personal con las dotaciones y siempre hubo monitoreo del talud con campanero, se construyeron terrazas con equipo mecánico y se realizaron adecuaciones que garantizaran el desarrollo de la obra.

Advirtió que si bien el invierno fue un tema condicionante, las aguas represadas no fueron las que originaron el derrumbe; aclaró que el informe de la ARL habla de un caso fortuito y que el sistema de alarmas a viva voz era eficiente; que el trabajador fue quien no acató el llamado y que *«el mismo día del accidente fue construida una terraza al nivel + 5 mts donde se estaba trabajando con el fin de amortiguar la caída de cualquier desprendimiento de tierra»*; que en este caso la fuerza de la naturaleza se desbordó; los demás hechos los negó. Pidió desestimar las pretensiones y para enervarlas propuso las excepciones de ausencia de culpa del empleador, prescripción, cumplimiento efectivo de todas las medidas de seguridad preventivas, fuerza mayor, falta de legitimación por activa de los demandantes, ausencia de compromiso legal para asumir el pago de la pensión de sobrevivientes de origen profesional. Solicitó admitir el llamamiento en garantía del ISS ARP (folios 324 a 333).

El Instituto de Seguros Sociales aceptó los hechos, pero negó que tuviera la obligación de cancelarle alguna prestación pues la fecha de ocurrencia de los hechos el empleador se encontraba en mora para riesgos profesionales. Como excepciones presentó las de inexistencia del accidente de trabajo del demandante, responsabilidad de un tercero a reconocer y pagar al demandante las prestaciones pedidas en la demanda, prescripción y la que denominó genérica (folios 576 a 580).

Por su parte CONFIANZA S.A. negó la viabilidad de lo pedido. De los hechos explicó que la póliza de cumplimiento que suscribió no cobijaba la indemnización reclamada, que aquella estaba vigente para el momento de los hechos, más no para cuando se presentó la demanda. Acudió a las excepciones de falta de cobertura de conceptos y de las pretensiones por expresa exclusión en las condiciones del seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, prescripción del contrato de seguro y consecuente inexigibilidad del mismo, ausencia de culpa del empleador, falta de legitimación del garantizado para efectuar el llamamiento y pretender la afectación del seguro de cumplimiento (folios 610 a 617).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 4 de julio de 2008 absolvió a las

demandadas con costas a cargo de la parte actora (folios 747 a 761).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación de la parte demandada la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en decisión de 25 de agosto de 2008, confirmó la dictada en primer grado, con costas a los accionantes.

Luego de hacer un recuento de los hechos y del trámite procesal, el organismo judicial estimó que se encontraban fuera de controversia el vínculo laboral que ató a Jesús Danny Machado Mosquera con Javier Eduardo Rosero Londoño, la existencia de un accidente con la sucedánea muerte del trabajador y, en ese sentido, delimitó la controversia en establecer si, en este evento, hubo culpa imputable al empleador de la que emanara la obligación de reparar el daño causado, en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

En esa línea recordó que los perjuicios provenientes de un siniestro laboral pueden ser indemnizados de manera objetiva, para la cual solo es necesario que el suceso ocurra por causa o razón del trabajo, origine una lesión orgánica o perturbación funcional y que exista, entre los anteriores, un nexo de causalidad; pero también destacó que la reparación del citado 216 del Estatuto de Trabajo exige fundamentalmente la demostración de la culpa imputable al empleador en el accidente, esto es aquella que trasgrede

la falta de diligencia y cuidado que las personas emplearían ordinariamente en sus propios negocios, según las voces del artículo 63 del Código Civil y se remitió a continuación a una decisión de esta Sala de 29 de noviembre de 1982, que no identificó por número de radicación.

Adujo que el Ingeniero contratista, Javier Eduardo Rosero Londoño suscribió contrato con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. (folio 29) cuyo objeto fue el de *«construcción de tubería 36 y trampa de sólidos en la Quebrada Bedoya en el Barrio Panorama labor que consistía, como se decanta de los múltiples documentos anexos a la actuación y de los interrogatorios efectuados, en reemplazar la tubería que conduce las aguas de dicho afluente a través de un terraplén que comunica los barrios Panorama y Padre Valencia debido al aplastamiento de la misma y a que una cantidad de materia vegetal, talada sin discriminación por la comunidad había taponado dicha tubería con el consecuente represamiento del curso de agua, originando un problema que podría generar una catástrofe por la cantidad de agua acumulada y la existencia de comunidades aguas abajo, razón por la que se acometieron los trabajos bajo la figura de la urgencia manifiesta»*; que se debía ubicar la tubería, cambiarla y construir una cámara de 12 metros de altura.

Sobre el día del siniestro, 9 de octubre de 2003, describió que antes de las 6 de la tarde, mientras varios obreros trabajaban en la cámara de construcción, se desprendió una masa de tierra de 300 metros cúbicos, que

trajo como consecuencia el fallecimiento de Jesús Danny Machado Mosquera y otro de sus compañeros; del testimonio de Jhon Alexander Velásquez Calle, de folio 679, quien también laboraba en la obra, dedujo que les fueron dados cascos e impermeable y que el suceso fue inmediato, que *«había medidas de seguridad pero eso no lo sostenía nadie»* y que *«si existía riesgo»*.

Indicó que el declarante Herney Velásquez Calle dijo haberse retirado de la obra por insegura, al punto que advirtió sobre el derrumbe, y que con los *«peinados que se realizaban cree que no se solucionaba nada»*; y de Jaime Pardo Iza, un Ingeniero con 22 años de experiencia que *«el represamiento amenazaba los barrios aledaños y aguas abajo»* y que las medidas de seguridad tomadas fueron las del cierre de la vía *«sellamiento de juntas de dilatación del pavimento, se señaló la vía, se iluminó la obra, se veían deslizamientos pequeños de noche, de día se mantenía vigilado el talud y se estabilizaba perfilándolo, además se dispuso un trabajador como campanero dedicado exclusivamente a la vigilancia del talud»* que como no fue posible la *«entibación»* se optó por el *«terraceo»* deteniendo las tareas cuando se veían fisuras pero que en el evento debatido estas no se apreciaron y que existían constantes reuniones con el interventor y el maestro de obra, sin que se escatimara en gastos de seguridad.

Refirió del mismo testigo que sostuvo que *«el día del accidente había iluminación natural y artificial, estaba cerrada la vía, perfilando permanentemente el talud, se*

estaba drenando también permanentemente el embalse y los trabajadores estaban utilizando sus elementos de protección individual» y que el desprendimiento de tierra fue el equivalente a 500 toneladas y que por su gran peso, y lo vertical, el talud colapsó; que aunque siempre existió riesgo en la obra este se minimizó por medio de monitoreos y terraceos y que el deslizamiento fue intempestivo; que «un derrumbe previo, el 26 de agosto, demostró la inutilidad de los tablestacados, pues retorció dejando inservibles los que se habían instalado y eran metálicos» y que por ello se optó por el perfilado, que en todo caso «la obra no se podía detener, era un riesgo muy grande para las comunidades».

También extrajo de la declaración de Marco Antonio Saldarriaga Díaz, trabajador de la obra, que en el lugar en el que ocurrieron los hechos no se habían presentado deslizamientos y que en los alrededores se realizaron terrazas, se impidió el tránsito de vehículos, que la dotación que tenían era completa y que por un aviso de un compañero se salvó, pues el deslizamiento no se podía avizorar; que el facilitador de salud ocupacional visitaba la obra 4 veces por semana y cuando llovía suspendían las labores.

De otro lado, Jhon Alexander Álvarez aseveró que la obra tenía «campanero» y que cuando se veía que un barranco podía deslizarse efectuaban telares con perfiles de hierro y en síntesis corroboró lo dicho por los demás con la adición de que el alud no era previsible porque el terreno

era firme y de manera similar extrajo de las declaraciones de Reinaldo Castañeda.

El Tribunal además refirió la exposición de Carlos Augusto Jiménez Matallana, el Especialista en Seguridad Ocupacional, Gerencia y Control de Riesgo, quien era asesor del demandado, el cual dijo, además, que realizaba visitas a la obra, que los trabajadores fueron entrenados en primeros auxilios y extinción de riesgos, que estudiaron las condiciones del terreno acceso y rutas de salida; que *«las condiciones climatológicas debieron cargar mucho el alud»* pero que como los signos de alarma son inmediatos no podía controlarse el medio y que *«inicialmente el riesgo en el talud era alto, perfilándolo bajo a medio hasta que llegó a un nivel de riesgo bajo»*.

El juez plural dio plena credibilidad a tales testimonios salvo el de Herney Velásquez Calle el cual desestimó por haber sido despedido de la obra; luego destacó que los actores nada aportaron al debate de la responsabilidad y en ese sentido discurrió que el demandado Rosero Londoño cumplió con los requerimientos en materia de seguridad, elaboró el programa de seguridad ocupacional (folio 215), el reglamento de higiene y seguridad industrial y dotó de seguridad necesarios a todos sus trabajadores, cesando labores ante la lluvia y realizando los trabajos con diligencia, por lo que estimó que el alud fue intempestivo y por tanto *«el accidente que cobró la vida de Jesús Danny Machado Mosquera se debió a fuerza mayor, o sea algo totalmente imprevisible e irresistible, en una obra que no se*

podía detener, toda vez que estaba en peligro la integridad de un gran grupo de ciudadanos, pues de no paliarse el problema del represamiento de la Quebrada Bedoya se hubiera generado una catástrofe de enormes proporciones, dada la alta densidad poblacional del sector, aguas abajo».

Del documento de folio 98 correspondiente al registro de informe de investigación interna de accidentes, destacó que en el mismo se dejó constancia que se trató de un caso fortuito «causado por el fuerte invierno y en el cual se advirtieron como actos inseguros la confianza del trabajador y el hecho de no acatar la señal de advertencia del campanero»; se remitió al concepto de la Ley 95 de 1890 artículo 1º y al alcance dado por la Sala de Casación Civil de esta Corporación, para a continuación concluir acertada la postura del Juzgado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, fue concedido por el Tribunal únicamente respecto de Ángela Maritza Mena Palomeque y su menor hijo y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la decisión del Tribunal para que en sede de instancia revoque la dictada por el Juzgado y, en su lugar, reconozca la indemnización plena de perjuicios solicitada, junto con las

demás pretensiones de la demanda «*con excepción de la pretensión #3 relacionada con la pensión de sobrevivencia que ya fue reconocida por parte de la ARP del Instituto de Seguros Sociales*».

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que no fueron replicados.

VI. CARGO PRIMERO

Dice así «*acusó la sentencia impugnada por VIOLACIÓN DIRECTA de la ley sustancial laboral del orden nacional, en la modalidad de INTERPRETACIÓN ERRÓNEA del artículo 216 del C.S.T. en relación con los artículos 8º, 9º, 34, 49, 50 y 51 del Decreto 1295 de 1994, 108 y 348 del C.S.T., 47 de la Ley 100 de 1993, 8º de la Ley 153 de 1887, 1 y 12 del Decreto 1771 de 1994; 1604, 1614, 2341 y 2349 del Código Civil*».

Arguye que el fallo del Tribunal se soportó en que la indemnización del artículo 216 del C.S.T. exige la demostración de culpa del empleador en los términos del artículo 63 del Código Civil, sin embargo en apartes de fallo que transcribe, refiere que debe ser el trabajador el que demuestre la culpa del patrono en el accidente, con lo en su criterio el juzgador violenta el sentido de la ley y de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte y para el efecto cita en extenso las decisiones SL 10, mar, 2005, rad. 23656; SL 26, feb, 2004 y rad. 22175 luego de lo cual afirma que la sentencia confutada invirtió la carga de la prueba, lo cual, a su juicio, es errado, dado que correspondía a los

demandados dar cuenta sobre su actuar prudente y la protección que otorgaron a los trabajadores, específicamente a Jesús Danny Machado.

Cuestiona además que se invocara la fuerza mayor y el caso fortuito, con alusión a una determinación de la Sala de Casación civil y sigue con que aun cuando se acudiera a tales conceptos *«necesariamente se tenía que acoger la interpretación que del artículo 216 del C.S.T. ha demarcado la jurisprudencia nacional en el sentido de tener que demostrarse, por parte del empleador, que actuó con diligencia y cuidado, a la luz del artículo 1604 del Código Civil y no acoger una interpretación errada consistente en afirmar que se trata de una culpa probada sin ninguna otra consideración de la que ordena la Corte»*.

Explica que el hecho de que el trabajador sufra el hecho dañoso por el accidente, pone en cabeza del empleador que pretende la exoneración, demostrar que actuó diligentemente y que no resulta plausible cambiar dicha regla, como lo hizo el juez de alzada, para en cambio exigirle al afectado que demuestre cómo pudo concretarse tal afectación.

VII. CARGO SEGUNDO

Sostiene que el fallo del tribunal viola la ley de manera indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, de los artículos *«216 del C.S.T., en relación con los artículos 8º, 9º, 34, 49, 50 y 51 del Decreto 1295 de 1994, 108 y 348 del*

C.S.T., 47 de la Ley 100 de 1993, 8 de la Ley 153 de 1887, 1 y 12 del Decreto 1771 de 1994, 1604, 1614, 2341 y 2349 del Código Civil».

Refiere como errores manifiestos de hecho en que incurrió el Tribunal:

“1. Dar por establecido, sin estarlo, que en el lugar de la obra donde ocurrió el accidente se contaba con todas las medidas de seguridad posible en el caso concreto como lo afirma el Tribunal a folio 36 del cuaderno de la segunda instancia.

“2. Dar por establecido sin estarlo que no se evidenciaba la posibilidad de un derrumbamiento del talud, que el terreno estaba firme, como se afirma por el ad quem a folio 36 ibídem.

“3. Dar por establecido, sin estarlo que se habían llevado a cabo las labores necesarias para mitigar el riesgo tal como se observa en palabras del Tribunal a folio 36 ibídem.

“4. Dar por establecido, sin estarlo que no más pruebas de las cuales se pueda extractar la culpa del empleador aportaron quienes debían hacerlo, los actores ... según afirmación plasmada en la sentencia de segunda instancia, obrante a folio 36 ibídem.

“5. Dar por establecido, sin estarlo que es evidente que el codemandado Javier Eduardo Rosero Londoño cumplió con lo requerido en materia de seguridad, elaboró el debido programa de salud ocupacional ... (folio 36 ibídem).

“6. Dar por establecido, sin estarlo, que con la elaboración del programa de seguridad ocupacional, el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial, dotación a los trabajadores de elementos de seguridad como cascos, botas, guantes, entre otros, se cumplía a cabalidad con las medidas de seguridad ocupacional que exigía la obra, dadas las condiciones del terreno y atmosféricas (folios 36-37 ibídem).

“7. No dar por establecido, estándolo, que el contratista incumplió con la obligación de mantener de manera permanente un especialista de seguridad ocupacional, tal como lo exigían las condiciones del contrato elaboradas a la luz de las disposiciones legales al respecto.

“8. Dar por establecido sin estarlo que en el caso de marras es evidente que el accidente que trágicamente cobró la vida de

Jesús Danny Machado Mosquera se debió a fuerza mayor, o sea algo totalmente imprevisible e irresistible ... (folio 37 Cuaderno 2ª instancia).

“9. Dar por establecido sin estarlo que es evidente que el codemandado Javier Eduardo Rosero Londoño cumplió con lo requerido en materia de seguridad, elaboró el debido programa de seguridad ocupacional ... (folio 36 ibídem), en concreto con la inducción y capacitación de los trabajadores en prevención de accidentes.

“10. Dar por establecido sin estarlo que es evidente que el codemandado Javier Eduardo Rosero Londoño cumplió con lo requerido en materia de seguridad, elaboró el debido programa de seguridad ocupacional ... (folio 36 ibídem) en relación con el pago de los aportes para riesgos profesionales con el ISS que era la ARP con quien se había contratado este amparo”.

Las pruebas que indica como valoradas con error por el juzgador de alzada son: el Programa de Salud Ocupacional (folio 165), las fotografías aportadas por la demandada (folios 300 a 304), el documento de condiciones técnicas de construcción de tubería de 36” y trampa de sólidos de la Quebrada Bedoya, la contestación de la demanda del ISS en la que consta la ausencia de pago de las obligaciones laborales, el registro de informe de investigación interna de accidentes (folios 98 a 101), el oficio de 15 de septiembre de 2003, dirigido por el contratista a la Empresa de Acueducto (folios 86 y 87) y el interrogatorio de parte (668 a 669).

Aunque alude a que no son pruebas calificadas las testimoniales, se refiere a ellas al considerar que una vez acreditados los errores se hace menester el estudio de las declaraciones de Jaime Pardo Iza, Reinaldo Rincón Castañeda, Herney y Jhon Alexander Velásquez Calle.

En la demostración asevera que las Actividades del Subprograma de Seguridad Industrial, incorporadas en el folio 202 y siguientes exigían que el contratista elaborara el panorama de riesgos, identificara los agentes mediante evaluaciones técnicas, desarrollara programas de mantenimiento preventivo, analizara las características de diseño y calidad de los elementos de protección personal, elaborara y mantuviera actualizadas las estadísticas sobre accidentes de trabajo, promoviera, elaborara desarrollara y evaluara programas de inducción y entrenamiento encaminados a la prevención de accidentes y conocimiento de los riesgos del trabajo, no obstante el Tribunal lo apreció con error en la medida en que estimó que el solo hecho de tener consignadas por escrito tales medidas implicaba su cumplimiento, cuando lo único que de ellas encontró demostradas fue la entrega de botas y guantes que eran irrelevantes frente al riesgo al que estaban sometidos los trabajadores, ante la magnitud de la obra.

Indica que a folio 205 estaban incorporados los elementos de protección personal y que específicamente para el tipo de tarea que adelantaba Jesús Danny Machado requería «*Medidas preventivas debido a posibles derrumbes, tener campaneros, pitos, áreas de evacuación, medidas de seguridad*», las cuales pasó por alto el juez plural al definir que solo cascos y guantes podían contener circunstancias propias del trabajo como los deslizamientos; que al valorar tal documento no se percató que en el numeral 6.4. se indicaba de qué manera debían prepararse para emergencias en las obras, el cual ni siquiera demostró el

contratista haber conformado, pese a que era a él a quien correspondía tal actividad.

Copia un fragmento de una decisión de esta Sala, de 10, mar, 2005, rad. 23656 y a continuación insiste en que el empleador no realizó ninguna actividad tendiente a la protección del trabajador frente a los derrumbes y menos estableció el Comité Paritario de Salud Ocupacional (folios 209 y 210) pese a que era su obligación.

Alude a que «Si el Tribunal tuvo en cuenta que el ingeniero contratista cumplió con la elaboración del programa de seguridad ocupacional, resaltando que se encontraba debidamente aprobado por el Ministerio de la Protección Social (folios 36-37 cuaderno Tribunal) como en efecto sucedió (folios 294-295 C2) incurrió en error de hecho que amerita el ataque por la vía indirecta al omitir cualquier tipo de consideración respecto de esta prueba documental».

De las fotografías incorporadas por la propia demandada, (folios 300 a 304), destaca que en las mismas se constataban las precarias y peligrosas condiciones en las que se desarrollaba la obra, la presencia de fisuras que amenazaban derrumbe y el hecho de que con antelación ya uno se había presentado, así mismo que no habían mayores medidas de prevención y en ellas se consigna que solo se tuvieron como medidas las del cierre de la vía, el perfilado y la colocación de perfiles metálicos, algunos de los cuales se encontraban torcidos por el derrumbe del 26 de agosto de 2003.

En cuanto al documento sobre condiciones técnicas y construcción de tubería de 36 pulgadas y trampa de sólidos de la Quebrada Bedoya manifiesta que pese a que el Tribunal echó de menos la existencia de un Experto de Seguridad de manera permanente, según las propias exigencias de la obra, no le dio mayor importancia y afirmó, contra la evidencia, que *«se contaba con todas las medidas de seguridad posible en el caso concreto»*, pese a que procesalmente no había certeza *«de la persona que de acuerdo con sus conocimientos especializados en seguridad detectara cualquier inminencia de peligro de manera oportuna, por cuanto es ante estos fenómenos que se debe ser prudente y tomar las medidas de seguridad necesarias, como lo exigen las normas citadas»*.

Refiere que, en la contestación de la demanda, el propio Instituto de Seguros Sociales hizo alusión al incumplimiento en las obligaciones del trabajador y que así se refleja en el reporte por medio magnético de folios 576 a 580; así como el de folio 339 en el que se destaca que para cuando sufrió el accidente Jesús Danny Machado estaba sin pagar el mes de octubre, el cual solo se canceló hasta el 19 de noviembre de 2003, según radicado 19020402008272 y que dan cuenta que no hubo tal diligencia cuando ni siquiera le interesó proteger al trabajador frente a los riesgos laborales con su aseguramiento obligatorio.

Explica que el Tribunal derivó, del documento de Registro de Informe de Investigación Interna de Accidentes, obrante de folios 98 a 101, que el trabajador realizó actos

inseguros y que no acató la advertencia del campanero, pese a que eso resultaba incompatible con su propia conclusión de que se trató de un hecho invencible e imprevisible; que, en el informe de la Fiscalía, de folios 719 a 745, quedó constancia de que otro compañero si alcanzó a salir con vida a las 11 pm.

Ratifica el error del sentenciador al afirmar que todo se ajustó a las reglas de seguridad, sin decir nada sobre el hecho de que el talud se había derrumbado varias veces, de donde era ilógico advertir sobre la imprevisibilidad y luego sobre el oficio de 15 de septiembre de 2003, dirigido por el contratista a la Empresa de Acueducto; destaca que estaban demostrados tales hechos, que sin embargo pasaron sin consideración por el sentenciador y que además se podía analizar que los perfilamientos realizados eran para prever derrumbes de 100 metros cúbicos y no de 300, como el que se había presentado el 26 de agosto y que se volvería a presentar con las consecuencias nefastas para el trabajador.

Dice que el Ingeniero Javier Eduardo Rosero Londoño confesó, en el interrogatorio de parte, que no hubo un experto en seguridad permanente en la obra sino solo estuvo mientras se elaboró el programa de salud ocupacional y que él permanentemente se había quedado encargado de la obra pero no estuvo al momento de los hechos, lo que deja sin piso el supuesto de la sentencia, de que se cumplió con todo lo requerido.

Luego estudia las pruebas testimoniales, tras considerar haber derruido la legalidad de la sentencia cuestionada y ratifica los errores mayúsculos que no pueden persistir, máxime cuando fue evidente el incumplimiento de normas básicas, lo que trajo consigo la muerte del trabajador, con las consecuencias para su familia.

VIII. CONSIDERACIONES

Los cargos se estudiaran de manera conjunta porque presentan idéntica finalidad, se complementan y se soportan en similares argumentos jurídicos, relacionados con la equivocada conclusión del ad quem al absolver, sin percatarse de las probanzas que no permitían exculpar la actuación de las demandadas, máxime cuando el predicado de la fuerza mayor no se pudo concretar.

Para el sentenciador de segundo grado el accidente que se presentó no podía generar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, toda vez que en este caso se presentó una fuerza mayor, que describe por igual como caso fortuito, pues ante la imprevisibilidad e inevitabilidad del evento no era posible adjudicarle a la parte demandada el pago pretendido, pero además también refirió que los actores no hicieron un debate probatorio eficiente para demostrar la culpa comprobada del empleador en el hecho, y sumó tales argumentos para fundar la absolución en la que ponderó

que, de otro modo, la obra contratada no se hubiese podido llevar a cabo con las consecuencias en la comunidad.

Al efecto consideró que no estaba acreditado que al momento del accidente, el 9 de octubre de 2003 a las 6:00 p.m., estuviese lloviendo, además destacó que era de día y que el derrumbe aconteció en un lugar en el que previamente no había ocurrido ningún desastre, que al trabajador se le entregó la dotación pertinente, de allí que reforzó su tesis.

Con el objeto de quebrantar tales conclusiones, el censor estima que en el plenario existían suficientes elementos de juicio para dar cuenta de las falencias en que incurrió el empleador, el cual no adoptó todas las medidas de seguridad para proteger a sus trabajadores, pese a que a ello se había comprometido y destaca que no pudo existir fuerza mayor pues el derrumbe no se trató de un hecho imprevisto, ni menos inevitable, máxime cuando estaban todos advertidos, inclusive la Empresa de Acueducto de Pereira, sobre las difíciles condiciones del terreno, e incluso el propio Tribunal para quien esas obras eran más que necesarias para evitar una tragedia de mayores proporciones, como si la muerte del trabajador no constituyera una para su familia.

En principio habrá de decirse que la indemnización plena de perjuicios se genera en el derecho del trabajo cuando quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la

adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella, y está soportado jurídicamente en que quien aspira a beneficiarse del trabajo asalariado debe asumir las consecuencias de los riesgos inherentes a él, entre otras razones, porque es quien obtiene su principal rédito en el proceso productivo.

Una de las formas de enervar tal condena, o más bien de impedir que no nazca a la vida jurídica es la existencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el cual fue considerado por el juzgador en el caso concreto, quien, como atrás se dijo, estimó que el derrumbe fue un evento de magnitudes inesperadas y que por tanto era inevitable, además de imprevisible, argumento que sumó para negar las condenas pretendidas y que se discute en las acusaciones.

Para la confrontación sobre la legalidad de la sentencia que aquí se realiza, y en atención a que es aspecto medular que se debate en las acusaciones, previo al estudio de las pruebas denunciadas debe clarificarse que para que la fuerza mayor se constituya en causa de exoneración de responsabilidad debe ser de una naturaleza tal que, en principio, no guarde ninguna relación con el trabajo contratado al ocurrir el accidente, pues la deuda de seguridad que corresponde al empleador empieza por no ubicar al trabajador en una circunstancia que no pueda controlar, o de la que desde el inicio entienda va a causar

daño, así que cuando además del grave peligro al que lo expone, utiliza elementos de seguridad incipientes, es evidente que se genera la obligación de indemnizar.

Aunque suele confundirse con habitualidad que todo desastre natural tiene el carácter de fuerza mayor ello no es acertado, menos en el ámbito laboral en el que es cada vez más frecuente la irrupción del trabajo humano en ámbitos productivos, que hasta hace un tiempo eran impensables, y que están ligados a eventos de la naturaleza, por ello la protección de la salud y la seguridad en el trabajo toma un lugar preponderante, porque además de estar vinculadas a aspectos de desarrollo de la sociedad, se liga a los derechos de la vida, en condiciones dignas para los trabajadores.

La fuerza mayor entonces no puede ser resuelta a través de una clasificación simple o abstracta, sino que debe ser vista a trasluz de los acontecimientos, teniendo siempre como referente que aquella solo podrá predicarse en la medida en que se presente un obstáculo insuperable en el que el empleador no tenga culpa, pues desplegó toda la gestión protectora, siendo por tanto en ese evento imposible comprometer su responsabilidad.

En ese sentido lo primero que debe advertirse es que la fuerza mayor debe tener un carácter de imprevisible, es decir que en condiciones normales sea improbable la ocurrencia del hecho en las labores ordinarias que se contraten, al punto que la frecuencia de su realización, de haberse contemplado, sea insular y en ese sentido pueda

predicarse sobre su carácter excepcional y por tanto sorpresiva.

Además de tal criterio, es evidente que el hecho debe ser irresistible, pese a que el empleador haya intentado sobreponerse tomando todas las medidas de seguridad en el trabajo, en últimas significa la imposibilidad de eludir sus efectos por lo intempestiva e inesperada, de ahí que no tenga ese carácter cuando aquel ha podido planificarlo, contenerlo, eludir o resolver sobre sus consecuencias, pues la exoneración de la responsabilidad por la fuerza mayor impone que, como carácter excepcional, esta sea de una magnitud y gravedad que no suceda habitualmente ni sea esperable, pero además, se insiste, tenga un carácter de inevitable.

Ahora bien, entre los documentos denunciados, que constituyen prueba calificada, está el *«registro de informe de investigación interna de accidentes»* de folios 98 y 99 suscrito por el facilitador de salud ocupacional, que integra la empresa, allí se dejó consignado que Jesús Danny Machado Mosquera, de 23 años de edad, y cuyo oficio habitual era el de Ayudante de Construcción de Obras Civiles, realizaba, en el momento del accidente *«construcción de las cámaras de tubería de 36»* y que *“cuando el trabajador se encontraba trabajando en la construcción de una cámara de la Quebrada Bedoya el sr. Alberto Saldarriaga avisó que venía un talud de tierra y el señor Machado salió de la cámara corriendo hacia el sector izquierdo pero el talud lo alcanzó y lo tapó ocasionándole la muerte del trabajador»*

como causa del accidente indicó «*caso fortuito*» y como «*causas directas o inmediatas: fuerte invierno en el sector*», el clima también lo destacó en el aparte de condiciones inseguras, pero fundamentalmente advirtió «*ya se había derrumbado varias veces el talud*» y también el «*estado del suelo*», así mismo indicó que el trabajador había demostrado confianza pues no acató la señal de advertencia cuando se empezó a venir el derrumbe; como causas indirectas destacó que no se advirtió sobre el alto riesgo y que «*no se tenía un sistema de alarma, fue a viva voz*», como factores psicolaborales señaló «*miedo por desprendimientos anteriores, stress y jornada de trabajo*» esto último atendiendo que a que en el Programa de Salud Ocupacional se estableció que el horario iría hasta las 5 pm y se recomendaron como acciones correctivas realizar un estudio de suelos del talud, mejorar la terraza y suspender la actividad ante la lluvia.

Tal registro fue visto parcialmente por el juzgador quien, con fundamento en él adujo que existió caso fortuito y que no había razón para la condena; sin embargo esa conclusión es precipitada, en principio porque confunde tal figura con la de fuerza mayor, a la que alude con posterioridad, y desconoce que el fundamento de ambas es el de la imprevisibilidad o en todo caso la inevitabilidad del suceso que hacen que, al margen de las medidas que son obligatorias, y que se deben cumplir, el hecho dañoso se produzca, y que vistas las demás probanzas ninguno de estos elementos esté presente para calificar el derrumbe.

Lo anterior se puede explicar en principio teniendo en cuenta el folio 165, aportado por la demandada Empresa de Acueducto de Pereira y que corresponde al Programa de Salud Ocupacional que el contratista le extendió y en el que le indicaba, específicamente, las medidas que se tomarían para la realización de la obra «*CONSTRUCCIÓN DE TUBERÍA DE 36” Y TRAMPA DE SOLIDOS EN LA QUEBRADA BEDOYA EN EL BARRIO PANORAMA*»; está consignado allí que el objetivo era el de «*minimizar o eliminar los factores de riesgo con potencialidad de ocasionar enfermedades o lesiones a los trabajadores*» y específicamente «*elaborar el panorama de factores de riesgo basado en la inspección directa a los puestos de trabajo ...*» y además «*desarrollar los planes de medicina preventiva y del trabajo, higiene y seguridad industrial*», también se refleja que, en total, entre trabajadores administrativos, operativos y temporales sería 13, de los cuales 8 eran operativos, quienes debía realizar el campamento, excavaciones a mano y a máquina, llenos de afirmado con material de piedra, suministro e instalación de tubería, estructura de retención de sólidos, aceros, capa vegetal y siembra, retiros del material, acabados, lleno, reposición de trabajos especiales, organización de las partes afectadas.

Fuera de describir los principios de la salud ocupacional, las nociones básicas de factores de riesgo y su descripción general, conforme al objetivo de la obra en tal documento se clasificaron los riesgos de cada una de las labores, específicamente encuentra como factores altos de riesgos: en la adecuación del terreno los ruidos por

máquinas y equipos de herramientas; también en la construcción de la obra negra identificó «trabajos en alturas» y «riesgos de caídas o derrumbes»; detectó además dicho Programa como riesgo «ALTO» el de «organización del trabajo» específicamente “conductas inseguras” con la posibilidad de «accidentes y muertes».

Ese mismo escrito, en la fase de «construcción de infraestructura de concreto» detectó como factor de riesgo «ALTO» nuevamente el trabajo en alturas, la manipulación de equipos energizados, el «riesgo de derrumbe de taludes» y los polvos y humos de vapores. Es decir que, desde el inicio tanto la contratante como el contratista conocían, a partir de ese panorama de riesgos, que las actividades tenían ALTO grado de incidencia en la seguridad de los trabajadores y que los derrumbes eran altamente probables en la tarea contratada. Ello deja por fuera la conclusión del juez colectivo según la cual el derrumbe fue imprevisible.

Inclusive en el acápite 6.4. del referido Plan, denominado “PREPARACIÓN PARA EMERGENCIAS EN LA OBRA” se estimó que:

“Las actividades tecnológicas y los fenómenos naturales por lo general dejan experiencias desagradables es importante desarrollar actividades relacionadas con la preparación para emergencias, que permita organizar un grupo humano, entrenándolo, que sea capaz de afrontar las emergencias para ello se realizó un plan de emergencia que existe en la obra. Por medio de la implementación de un programa de preparación para emergencias se facilita la intervención de los medios de socorro externos, como pueden ser los cuerpos de bomberos, Cruz Roja, centros de salud, y defensa civil”.

Ahora bien, siendo probable la exposición de los trabajadores al riesgo del derrumbe, fue que se propuso el plan de contingencia y un grupo de emergencia que actuara mientras llegaban los servicios de urgencia, pero estos no se concretaron.

Pero además de lo anterior, según el documento de folio 86 y 87, el propio Contratista había anticipado a la Empresa de Acueducto de Alcantarillado las dificultades de la obra y los riesgos que ella tenía, con los constantes derrumbes y así lo describió:

Desde el 24 de agosto del año en curso se han venido acometiendo trabajos de bombeo de la zona. Solo hasta el pasado 31 de agosto se logró llegar a un nivel que permitiera el trabajo con la retroexcavadora. Desde esa fecha hasta el día de hoy se ha tratado de destapar el tubo con el equipo, llegando incluso a encontrarlo y cortar la parte aplastada, pero la presencia de aguas de infiltración que no permiten dar una superficie de apoyo adecuada a la retroexcavadora y el fuerte invierno que ha afectado la ciudad han generado constantes derrumbes que han impedido vaciar el piso y el cuerpo de la cámara de inspección que está proyectada.

El pasado sábado en horas de la tarde se produjo un fuerte aguacero y como consecuencia se desplomó una parte del talud superior en aproximadamente 300 m³. Se debe entonces reiniciar la excavación en busca de la tubería con las dificultades de excavación antes mencionadas.

Teniendo en cuenta las causas anteriormente expuestas me veo en la necesidad de solicitarle se estudie la posibilidad de una prórroga en el plazo de ejecución de los 30 días calendario”.

El memorando que acompaña dicho documento, de folio 88, que se refiere en la demanda, corresponde a la comunicación que hace el interventor del contrato en la que se ratifica la viabilidad de la prórroga de la siguiente manera:

Analizada la solicitud del contratista la interventoría considera que la solicitud está fundamentada básicamente en la dificultad que se ha tenido para la ejecución de la obra por las siguientes razones:

- *Las fuertes lluvias esporádicas en la zona han desestabilizado el talud de la banca vial ocasionando pequeños y constantes derrumbes al sitio donde se encontró la tubería metálica aplastada.*
- *Un nacimiento importante de agua que aflora en el sitio de inicio de la obra ha dificultado la construcción de la cámara inicial.*

Los trabajos que actualmente se están ejecutando con equipos de bombeo de buenas especificaciones, la construcción de un tablestacado para ejecutar la excavación y las obras necesarios para que el equipo pesado de retroexcavadora tenga un piso de sustentación firme, hacen proyectar que el inicio de los ítem Construcción de cámara de inspección y Suministro e instalación de tubería de 36”, inicien en el transcurso de esta semana, por lo tanto, la interventoría considera apropiada la solicitud de prorrogar el contrato en 30 días calendario para la culminación de trabajos”.

Significativo resulta, tal como lo destaca el censor, y para efectos de la acusación, el hecho de que los derrumbes y el talud se clasificaron con un grado de peligrosidad 7 que según allí se describe «es completamente posible, nada extraño. Tiene una probabilidad de actualización del 50%» y con una exposición frecuente; por ello en punto a los taludes y como «medidas preventivas debido a posibles derrumbes tener campaneros», estableció como elementos necesarios: pitos, áreas de evacuación y medidas de seguridad, además de las gafas de seguridad, mascarillas, guantes de carnaza, botas de caucho, cascos de seguridad y tapa oídos; no obstante el Tribunal halló que solo haberlos incorporado en el Plan era suficiente, igual la dotación de cascos y botas, lo que hizo que dejara por fuera advertir que también era menester contar con pitos, áreas de evacuación y otras medidas como la del grupo humano, lo que corrobora también el referido reporte que hizo salud

ocupacional, en tanto destacó que «no se tenía un sistema de alarma» pues el llamado fue a «viva voz» pese a la magnitud de la obra que se describe en el contrato, y en el que era insuficiente un grito para alertar, teniendo en cuenta el trabajo en sitio con agua y en la intervención de otros factores, al punto que era un compromiso establecer lo de los pitos y las rutas de evacuación y no simplemente un campanero, aspecto que también soslayó el organismo judicial en la providencia confutada.

Tampoco tuvo en cuenta el juzgador el hecho de la ampliación de la jornada de trabajo, que también sumaba, en tanto según el documento descrito refería un nivel alto de riesgo el estrés y el desgaste en la realización de la tarea, y nada se advirtió sobre las medidas tomadas luego de la ampliación del tiempo de trabajo para disminuir los riesgos, máxime que, como se ha destacado, no era cualquier tipo de labor la que se encontraban adelantando, al punto de haberse tenido que prorrogar por las múltiples dificultades del terreno y por lo que se describió en el informe interno como «miedo por desprendimientos anteriores».

Se evidencia además que el propio demandado, en el interrogatorio de parte rendido, el cual se reprochó como no valorado en el cargo, confesó no haber provisto el Experto en Salud Ocupacional al que se había comprometido con la empresa al suscribir el contrato, así lo dijo:

“PREGUNTA CUATRO: Manifieste al despacho si usted mantuvo permanentemente en la obra un experto en seguridad con el propósito de salvaguardar la integridad física de sus

trabajadores. CONTESTÓ. El experto en seguridad se contrató para la elaboración del programa de salud ocupacional, la presencia permanente en obra de una persona experta en este tipo de trabajos que pudiera dar recomendaciones técnicas y ajustadas a las necesidades de la obra la asumí personalmente porque las condiciones exigían una presencia mía permanentemente en la zona de los trabajos y exigían que alguien con experiencia específica en trabajos de ingeniería diera constantemente las recomendaciones dando cumplimiento a las especificaciones y a la protección de la integridad de los trabajadores. Es de anotar que ese tipo de recomendaciones son más del resorte de un profesional de la ingeniería que de un especialista en salud ocupacional”.

Para más adelante recabar en tal circunstancia y clarificarla:

PREGUNTA SIETE: Siendo usted el encargado de la seguridad de la obra, manifieste al despacho, como es cierto sí o no, que en el momento del accidente que cobró la vida del señor Jesús Danny Machado Mosquera usted se encontraba en la obra. CONTESTÓ. No, pero la presencia durante todo el desarrollo de la obra fue constante.

Si es visto en perspectiva con el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial, que también se denuncia en la acusación consta que Javier Eduardo Rosero Londoño se comprometía, y así quedó también en la resolución del Ministerio de Trabajo, a dar cumplimiento a la totalidad de las medidas para disminuir o eliminar los riesgos referidos, por eso es clarificador que no existiese sistema de alarmas, rutas de evacuación, grupo de emergencia, ni experto en seguridad, pese a su compromiso, lo que resta fuerza a la conclusión de la sentencia en la que se alude a todo lo contrario como cumplidor de los deberes, cuando no actuó como se exigía, menos cuando entendió que podía suplir los perfiles de trabajo, restándole importancia al Experto en Seguridad Ocupacional.

Si a lo anterior se suma que en el documento de «CONDICIONES TÉCNICAS CONSTRUCCIÓN TUBERÍA 36» Y TRAMPA DE SÓLIDOS EN LA QUEBRADA BEDOYA EN EL BARRIO PANORAMA» existía una «*exigencia de los sistemas de entibación y protección de las superficies excavadas*», según la cual:

“Todos los trabajos de excavación se adelantarán optimizando las medidas de seguridad para el personal, las construcciones existentes y la obra. Todo talud vertical con una profundidad mayor de 2,00 metros llevará obligatoriamente entibado, de acuerdo con los tipos de sistemas estipulados en el numeral 1.3.8. del libro de especificaciones técnicas generales de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA. El contratista será responsable por la estabilidad de los taludes y deberá soportar y proteger todas las superficies expuestas por las excavaciones hasta la iniciación de los trabajos de relleno requeridos. Para proteger adecuadamente las superficies deberá adelantar el manejo de agua superficial y la evacuación de agua subterránea, manteniendo los sistemas de drenaje y bombeo que se requieran para estabilizar los taludes, según lo establecido en la ficha”.

Y que el mismo fue eludido por estimarse que había otros métodos más eficientes, sin que así constara, es evidente que lejos de cumplir con el deber legal que le imponía al contratista tener para con sus trabajadores, lo que hizo fue descuidarlo, incurriendo en la culpa leve necesaria para causar la indemnización plena de perjuicios.

En tal sentido, y vistas las probanzas en su conjunto, es claro que el sentenciador de segundo grado se equivocó al valorarlas y ello lo condujo a concluir, contra lo acreditado, que no hubo negligencia por parte del contratista pese a haber incumplido reglas básicas a las que se había comprometido, si además a ello se suma el

hecho de que el juzgador consideró que el derrumbe, por solo tratarse de un hecho de la naturaleza, tenía el carácter de fuerza mayor, se añade otro argumento desacertado que no le permitió valorar las pruebas de manera objetiva, pues aceptar que en el trabajo de la construcción de obras, como la que aquí se estudió, un deslizamiento tenga ese carácter implicaría negar que para ello se han desarrollado toda una suerte de protocolos que garantizan la seguridad de los empleados ante una actividad que ha sido protegida desde que se conformó la disciplina del trabajo e inclusive, del Convenio 167 de la OIT, incorporado por la Ley 52 de 1993, al que el propio contratista se comprometió a cumplir y en el que se acogen parámetros desde el año 1937, sobre la necesidad de que en las obras de estas características, se tomen una serie de medidas como *«apuntalamientos apropiados recurriendo a otros medios para evitar a los trabajadores el riesgo de desmoronamiento o desprendimiento de tierras, rocas u otros materiales ... para prevenir caídas de personas, materiales u objetos o de irrupción de agua en la excavación, pozo, terraplén, obra subterránea o túnel, para asegurar la ventilación suficiente en todos los lugares de trabajo a fin de mantener una atmosfera apta para la respiración y de mantener lejos los gases, los vapores, el polvo u otras impurezas a niveles que no sean peligrosos o nocivos para la salud y sean conformes a los límites fijados por la legislación nacionales ...»*, disposición que, según las pruebas atrás referidas no se acataron y que da cuenta, nuevamente que no actuó con la diligencia debida y por lo cual es claro que debía responder, siendo insuficiente la provisión de cascos, guantes y botas.

Por lo anterior prosperan los cargos.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Adicional a los argumentos referidos en sede de casación, cabe indicar que, conforme a las demás pruebas que se encuentran en el plenario, es posible extraer que el contratista Ingeniero Javier Eduardo Rosero Londoño en el desarrollo de la «*CONSTRUCCIÓN DE TUBERÍA DE 36”Y TRAMPA DE SÓLIDOS EN LA QUEBRADA BEDOYA EN EL BARRIO PANORAMA*» pactó con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira, según se extrae de folios 29 y siguientes, cumplir con las directrices de la interventoría obligándose a acatar las normas técnicas, empleo de medidas de seguridad y de señales; en ese sentido también está demostrado, con el documento de «*PERMISO DE OCUPACIÓN DE CAUCE QUEBRADA BEDOYA*», correspondiente a la licitación que hizo el municipio, que se trataba de una labor riesgosa, al punto que así quedó explícito al decir «*por el fuerte invierno el nivel de agua embalsamada sigue aumentando lo que podría ocasionar un desastre de grandes magnitudes si el terraplén de la vía llegase a colapsar*» y por eso se previó que «*el contratista deberá hacer las provisiones necesarias para garantizar la estabilidad de los taludes de las excavaciones y de las construcciones aledañas*» así como que «*durante la ejecución de la obra el CONTRATISTA deberá colocar las señales de prevención: avisos de peligro en las horas diurnas y luces rojas o mechones encendidos en las horas nocturnas. Ningún trabajo de excavación de zanjas podrá ejecutarse sin que se*

hayan colocado señales visibles de peligro aprobadas por la INTERVENTORÍA» y además algo relevante en atención a que el accidente, conforme quedó en el registro de accidente, fue a las 6 de la tarde «cuando los trabajos se realicen sin iluminación natural suficiente el CONTRATISTA suministrará iluminación eléctrica en todos los sitios de trabajo».

En esas mismas especificaciones que realizó la Empresa de Acueducto quedó la exigencia de que *«todos los trabajos de excavación se adelantarán optimizando las medidas de seguridad para el personal, las construcciones existentes y la obra. Todo talud vertical con una profundidad mayor de 2,00 metros llevará obligatoriamente entibado, de acuerdo a los tipos y sistemas estipulados en el numeral 1.3.8. del libro de especificaciones técnicas generales de la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE ALCANTARILLADO DE PEREIRA. El contratista será responsable por la estabilidad de los taludes y deberá soportar y proteger todas las superficies expuestas por las excavaciones hasta la iniciación de los trabajos de relleno requeridos. Para proteger adecuadamente las superficies deberá adelantar el manejo de agua superficial y la evacuación del agua subterránea, manteniendo los sistemas de drenaje y bombeo que se requieran para estabilizar los taludes, según lo establecido en la ficha»* con la claridad de que, en todo caso, cualquier modificación de tales especificaciones debería constar por el interventor.

Aun así, el testimonio de Jaime Pardo Iza admite que *«obras tales como el entibado, el tablestacado no funcionan*

en este tipo de taludes porque no existe algo al otro lado que sirva de apoyo como es el caso de una brecha que sirva para instalar una tubería o el entibado que se hizo para acometer los trabajos de la cámara en los cuales se tenían paredes paralelas, en una de las fotos presentadas como pruebas se demuestra que el derrumbe ocurrido el 26 de agosto retorció hasta dejarlos inservibles los perfiles metálicos en Y instalados como tablestacados para prevenir el riesgo de derrumbes ya fisurados por efectos de pesos, humedades» y en contravía a lo dicho por el Ingeniero Javier Rosero Londoño, refiere que el Experto en Seguridad era el campanero, aunque no da razón sobre el tipo de estudios que este tenía para determinar cuándo se encontraba en riesgo el trabajo o de qué manera podía avisar, a viva voz, teniendo en cuenta que, como el mismo lo refiere, se trataba de una gran profundidad y Jesús Danny Machado desarrollaba en algunas oportunidades labores con la motobomba; también deja en entredicho que admita que existía alguien permanentemente en la obra, pero el día del accidente ello no fue así, pues ni él, ni el Ingeniero contratista, se encontraban presentes, siendo por tanto irrelevante su consideración sobre que el derrumbe fue de imprevisto, cuando ni siquiera estuvo en el momento y pese a que admite que días antes uno de las mismas magnitudes se había presentado en el terreno.

Del testimonio de Jhon Alexander Velásquez Calle, quien trabajaba también en la obra, se extrae que Jesús Danny Machado realizaba dentro de sus labores el «*bombear agua, a operar la motobomba que es lo que hace que el agua*

salga a un desagüe» y describe que el fallecimiento se produjo por el derrumbe; frente a las medidas de seguridad tomadas por el contratista indicó que «el contratista decía hay que estar pilas que si veíamos que se venía un poquito, porque eso se venía pero poquito, entonces que saliéramos corriendo» y que en el accidente «otro se salvó porque se metió en un tubo madre que es grandísimo ... uno de los que estaba en ese momento, pero retirado, nos llamó para que ayudáramos a desenterrar a Danny me dijo que el contratista les dijo corran, corran, y entonces el que me contó eso me dijo Danny se tapó eso es cerquita» y que quienes los auxiliaron fueron un grupo de vecinos, lo que evidencia, que no solo la labor que para el momento desarrollaba el trabajador, le hacía imposible escuchar los gritos de cualquier campanero y por lo que requería un sistema de alarmas más sofisticado, sino fundamentalmente que, contrario a las previsiones de salud y seguridad industrial incorporadas en las normas y en el propio plan que comprometió a cumplir el contratista, requería un grupo de trabajadores que estuviera capacitado para atender ese tipo de emergencias, pero al punto no existía que ni siquiera supieron de qué manera afrontar la contingencia y la ayuda vino de la vecindad, lo que da cuenta del nivel de precariedad en la protección del trabajo riesgoso, y en el que se evidenciaba el peligro del derrumbe.

Incluso describe el mismo testigo que la obra debió suspenderse *«porque iban a linchar al contratista la gente del barrio y toda la comunidad, los trabajadores rasos porque ese señor era muy tirano y la gente decía que el negrito, así*

le decían a Danny, que se había muerto por culpa de él, porque él lo hacía trabajar a uno así fuera lloviendo o hasta media noche en esa oscuridad había una luz que no daba la capacidad para toda el área»; el mismo declarante refiere que todos sabían del carácter peligroso de la obra e incluso que les daban múltiples enfermedades por el agua de la Quebrada refiriendo que no podía detenerse la montaña porque «eran unos costalitos con arena y peinaban el terreno, eso lo hacían cuando el Ingeniero se iba y le decía al contratista entonces nos llamaban para que peináramos el terreno que porque así no se venía, eso lo hacíamos no sé con qué frecuencia» y que el único llamado de atención que recibían de seguridad era tener puesto el casco y que en su criterio la obra era mejor realizada en verano, para evitar los múltiples riesgos (folios 680 y 681).

Esa declaración es coincidente con la rendida por Herney Velasquez Calle, el cual solo trabajó por mes y medio en la obra y asegura que renunció debido a las irregularidades, específicamente al hecho de que no se tomaron medidas de seguridad para detener el terreno que se encontraba agrietado *«yo vi cuando una grieta arriba en la parte de encima lindando con la carretera entonces llamé al señor Albeiro y le mostré cómo estaba jalando ese talud de tierra para abajo donde está Jesús Danny, lo único que hizo él fue mandarnos a sacar un poquito de terraplén o sea como medio peinar el barranco, entonces de ahí yo viendo esa cosa así pues yo me retiré, más o menos a los dos días fue que se vino el alud de tierra ... por no tener medidas de seguridad de atrancar el terreno, el Ingeniero simplemente iba a darnos*

la vuelta por la mañana y por la tarde la daba el señor Albeiro», y esa historia es creíble en la medida en que es conteste con la anterior y con las restantes pruebas estudiadas.

También el testigo Alberto Antonio Saldarriaga Díaz, que era uno de los encargados, coincide en que Jesús Danny Machado realizaba labores con la motobomba y aunque refiere que se trató de un hecho imprevisto, lo cierto es que estaban haciendo una intervención sobre el terreno de magnitud y que una persona, a 20 metros, era la encargada de gritar en caso de que se viniera el deslizamiento, pero también admitió que este no tenía exclusividad en su labor, pues lo ponían a hacer otras tareas (folios 696 y 697).

Es evidente que los declarantes de la demandada incurren en imprecisiones sobre los hechos, en contravía de lo dicho por los Ingenieros y el maestro de obra, refiere que ese día sí llovió, que les habían puesto luz, aunque el maestro admitió que no porque no era necesario, pero eso si deja en claro que en el desarrollo de la obra con antelación se habían presentado dos derrumbes.

La versión de quien fungía como campanero y quien supuestamente solo tenía esa labor indicó que *«ese trabajo que llevábamos ahí era de mover tierra, era trabajar con cemento, varillas, teníamos el equipo, cascos, botas, todo lo que necesitábamos para eso»* pero que en el momento del hecho el verificaba que no *«se viniera el barranco»* pero que

en todo caso para ver la grieta debía subir cada 20 minutos y que el lugar era peligroso porque *«nosotros estábamos abajo y el barranco arriba y era como tierra movida»*.

El encargado de salud ocupacional que también declaró advirtió que solo iba una vez por semana a la obra y que daba sus comentarios al Ingeniero, vía telefónica, por la que también lo inquiría sobre su cumplimiento y refiere haber calificado el hecho como caso fortuito porque nada hubiera evitado que el terreno se desprendiera, solo que para el efecto el asunto no tenía que ver con eso, sino en la manera en que se evitara, sabiendo ese hecho, el daño a los trabajadores.

No pasa inadvertida la contestación de la demanda de la empresa, en la que admite que no se vinculó a la obra a un experto en seguridad, porque estaban dirigidos por Ingenieros, y que el trabajador tuvo como medidas de seguridad las botas, el casco y las herramientas; sin embargo además de esto era necesario un sistema de alarmas eficiente, un control más específico sobre el trabajo, un equipo entrenado para resolver las contingencias ante los derrumbes y áreas de evacuación que no se demostraron haberse realizado.

Lo que trasluce el material probatorio, contrario a la tesis sostenida por el Juzgado, es que el derrumbe era claramente previsible y que ello imponía al contratista extremar las medidas de seguridad, no solo ante las propias condiciones climáticas, sino ante el propio terreno que ya

había cedido con la misma magnitud de los 300 metros cúbicos de tierra a tan solo 200 metros en el área que ellos debían intervenir, de ahí que solo decir que, en ese específico lugar, no se había presentado ningún agrietamiento resulta bastante ingenuo, menos atendiendo que todos, incluso la Empresa de Acueducto, conocían de las dificultades del terreno y de la inminencia de cualquier desastre.

En ese sentido, permitir que los trabajadores solo estuvieran con cascos, botas y guantes y un campanero gritándoles si a su juicio veía grietas, lejos de aparecer como una fuerza mayor eximente de responsabilidad se presenta como una actuación negligente si a ella se le suma que no se dispuso un grupo de contingencia, no existía un Experto en Seguridad, función que se arrogó sin anunciarlo el Ingeniero, el cual no tenía asiento permanente en la obra, que el sistema de alarmas era precario, que no se establecieron nuevos parámetros ante la ampliación de los horarios, ni se discriminaron las labores en las que no era eficiente el campanero, como en el caso de quien manipulaba la motobomba dado los altos decibeles que esta produce.

Si se entiende, como se explicó en sede de casación, que la fuerza mayor y el caso fortuito son situaciones claramente excepcionales en las que ni siquiera se prevé el acontecimiento dada la labor contratada y en la que no se exime, en forma alguna al empleador, por el hecho de

esperar que ocurra, es evidente que según lo explicado, no era posible predicarla en este asunto.

En efecto, no es admisible entender que si es una zona de derrumbes nada pudiera hacerse, pues ello sería admitir que, en los sitios de trabajo peligroso, nadie debe responder, cuando lo que se exige allí son mayores medidas para prevenir accidentes.

La Sala de Casación Civil de esta Corporación, realizó la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, que vienen a apoyar la tesis de esta Sala, según se explica en la sentencia CSJ SC 27 feb. 2009, rad 2001-00013-01:

2.2. Por otra parte, en el fallo proferido el 29 de abril de 2005 (expediente No. 0829-92), la Sala consignó las apreciaciones que a continuación se compendian: a) En primer lugar, reiteró que "la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es el imprevisto a que no es posible resistir" (art. 64 C.C., sub. art. Ío Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos...No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de A.S.R. EXP. 2001-00013-01 33 uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular -in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, 12 pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no (...).

Esto es distinto a lo acreditado, en cuanto lo advertido son elementos incipientes de seguridad que no se

acompañaban con el tipo de actividad desarrollada, y que sin duda elevó el riesgo del trabajador, con las consecuencias conocidas y por tanto es claro que se demuestra la culpa, en el grado de leve, que se ha exigido en la jurisprudencia para imponer la indemnización plena de perjuicios, e incluso en eventos similares se ha establecido la culpa grave.

En efecto así se ha discurrido entre otras en decisión CSJ SL 6497-2015:

(...) el artículo 216 del C.S.T., es del siguiente tenor:

ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono [empleador] en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo (se resalta).

Como se observa, la norma no hace referencia a cuál es la culpa que debe acreditarse para tener derecho a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios. Por ello, y dado que el contrato de trabajo es bilateral en tanto reporta beneficios recíprocos para las partes, necesariamente debe acudirse a lo previsto por el artículo 1604 del C.C., que al efecto consagra:

ARTICULO 1604. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; **es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.**

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. (...)(se resalta y subraya).

Así las cosas, la correcta intelección de la norma implica que la culpa derivada del contrato de trabajo –conmutativo– es la «leve» que al tenor del artículo 63 del C.C. se define en los siguientes términos:

ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (se resalta).

En este orden de ideas, bajo ninguna perspectiva puede aceptarse que la responsabilidad de los empleadores, en lo que respecta a la culpa patronal en materia de accidentes de trabajo, deriva de la «culpa levísima», pues como lo enseña el citado art. 1604 del C.C. opera sólo en los contratos en los cuales «el deudor es el único que reporta beneficio», que no es el caso del contrato de trabajo en el que los beneficios son recíprocos para trabajador y empleador.

El anterior criterio, encuentra soporte jurisprudencial, no sólo en la sentencia que atinadamente cita el Tribunal; también en la providencia CSJ SL, 30 jun 2005, rad. 22656, reiterada recientemente en la CSJ SL5832-2014, cuando al efecto se dijo:

Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.

Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios (se resalta).

No obstante lo anterior, y a manera de simple ilustración, considera pertinente la Sala recordar que en caso muy específicos, la Corporación ha admitido que la culpa «suficientemente comprobada» a que refiere el art. 216 del C.S.T., equivale a la «culpa grave», o como la denomina el C.C., en su art. 63 «culpa lata». Ejemplo de ello es el caso en el que el empleador, a sabiendas del peligro inminente que deben afrontar sus trabajadores en zonas de conflicto armado, deliberadamente los envía a laborar sin haber tomado las medidas de seguridad necesarias.

Así lo adocrinó recientemente en sentencia CSJ SL16367-2014, en la que enseñó:

*No empece, el no haberse pronunciado el Tribunal sobre ese particular aspecto no impide a la Corte precisar que aun cuando es cierto que no es responsabilidad de los empleadores particulares el orden público de la Nación, por ser éste de cargo de las autoridades competentes del Estado; como también, que las alteraciones de dicho orden público propiciadas por grupos armados al margen de la ley poniendo en riesgo la vida, honra y bienes de las personas no se caracterizan por ser públicas, programadas, ordenadas y sometidas a un mínimo de guarda y respeto por los derechos humanos de quienes ante su fuerza se pueden ver afectados por razón de su naturaleza sorpresiva, clandestina y violenta, lo cual conlleva para los particulares una obvia y absoluta impotencia para evitarlas, resistirlas o rechazarlas, todo lo cual, en principio, daría lugar a considerar que los empleadores ninguna responsabilidad deben asumir frente a las contingencias que afectan la vida o integridad personal de sus servidores cuando se ven expuestos a tales eventualidades, también lo es que tal clase de riesgos, que no resulta jurídicamente posible tenerlos como parte de los **riesgos genéricos** del trabajo, así éstos se produzcan por el mero hecho de la prestación personal de servicios; como tampoco de los denominados por la jurisprudencia de la Sala como **riesgos***

específicos, referidos ellos como propios a la actividad particular y concreta de cada trabajador, sí constituyen **riesgos excepcionales** que, **por regla general**, escapan del ámbito de responsabilidad a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por versar éste 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), pero que, **por excepción**, y bajo ciertas circunstancias, como cuando a pesar del conocimiento cierto y previo del empleador sobre su peligro y magnitud se le expone a ellos deliberadamente al trabajador, deben considerarse como generadores de la misma responsabilidad patronal, caso para el cual el grado de culpa exigida sobre los hechos o sucesos que afecten la vida o integridad del trabajador requieren acreditarse desde el concepto de **culpa grave**, esto es, desde la llamada 'culpa lata' por el citado artículo 63 del Código Civil Colombiano, por traducir un actuar con negligencia grave, como cuando no se manejan los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios, es decir, cuando se actúa de manera equiparable a la del dolo civil.”.

Establecida la viabilidad de la indemnización plena, de perjuicios de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de Ángela Maritza Mena Palomeque y su menor hijo D.A.M.M, únicos recurrentes en casación, cabe indicar que lo pedido es el pago del daño emergente y el lucro cesante, consolidado y futuro, y los perjuicios morales, debidamente indexados.

Ahora bien, en el expediente no obra dictamen pericial que contenga la tasación de dichos reclamos; el lucro cesante, en este caso, está dado por cuanto en el proceso está demostrado que la compañera e hijo dependían principalmente del salario del trabajador, de manera que su pérdida les genera una evidente afectación.

Sin embargo, está acreditado que Jesús Danny Machado nació el 18 de diciembre de 1979 y falleció el 9 de octubre de 2003; que para esta última fecha su salario era de \$332.000 (folio 103), así mismo que su compañera Ángela Maritza Mena Palomeque nació el 11 de diciembre de 1982 (folio 124) y el menor D.A.M.M el 12 de diciembre de 2002 (folio 122), que vivían juntos y procedían del Departamento del Chocó, así como que éstos dependían de aquel.

	ESPOSA	HIJO MENOR
Fecha actual	= 31/01/2017	31/01/2017
Fecha fallecimiento	= 09/10/2003	09/10/2003
Fecha de Nacimiento (Hombre)	= 18/12/1979	18/12/1979
Ultimo Salario	= \$ 332.000,00	\$ 332.000,00
Salario actualizado	= \$ 737.717,00	\$ 737.717,00
Gastos personales	= 25%	25%
LCM	= \$ 276.643,88	\$ 276.643,88
Nº de Meses	= 159,73	159,73
Tasa de Interes	= 0,5%	0,5%
LCM	= \$276.643,88	\$276.643,88
Sn	= $\frac{(1+i)^n - 1}{i}$	$\frac{(1+i)^n - 1}{i}$
Lucro Cesante Consolidado	= \$67.399.129,63	\$67.399.129,63
LCM	= \$276.643,88	\$276.643,88
an	= $\frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$	$\frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$
Lucro Cesante Futuro:	= \$51.282.380,05	\$25.950.534,68
Total	\$118.681.509,68	\$93.349.664,31

Sobre los perjuicios morales sufridos por los demandantes con la muerte de su padre y compañero, esta Sala de la Corte Suprema, de manera reiterada, ha considerado la gran dificultad de hacer una valoración del daño moral y por eso, reconociendo que se produce bajo determinadas circunstancias y frente a particulares personas, como sucede en un caso como el presente, deja al arbitrio del juez la prudente estimación del valor del que produce la pérdida de un ser querido.

En efecto la pérdida de un ser querido trae consigo la aflicción por la ausencia, y la obvia afectación espiritual ante la desaparición, y ante la evidente dificultad de evaluarse monetariamente, debe acudirse a evidenciar las consecuencias emocionales de quienes lo sufren, y que en este evento están más que demostrados pues Ángela Maritza Mena Palomeque y su menor hijo dependían del trabajador fallecido que era quien velaba por ellos, de allí que su muerte les causó inmensa pena y angustia, por lo que esta Sala tendrá como suma representativa de los mismos la de veinticinco millones de pesos por hijo, y también por la esposa para un total de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

Respecto de la solidaridad que pide se declare con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira es claro que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra existe *«a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio»*, caso en el que tal obligación deja de operar y debe responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega.

Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le

resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en cualquier caso, el espíritu de la norma es propugnar por una mayor protección a los derechos que se generan de la relación de trabajo.

En todo caso de acuerdo a las labores conexas que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado contrató del Ingeniero Javier Rosero Londoño, relacionadas con la operación de la tubería en el Barrio Panorama, es evidente que debe responder de manera solidaria en los términos de que trata el referido artículo 34 del C.S.T. y así se declarará, pues de lo que se extrae del certificado de existencia y representación de aquella, dentro de su objeto social está la «*DISTRIBUCIÓN MUNICIPAL DE AGUA APTA PARA EL CONSUMO HUMANO INCLUIDA SU CONEXIÓN Y MEDICIÓN Y LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS TALES COMO LA CAPTACIÓN DE AGUA Y SU PROCESAMIENTO, TRATAMIENTO, ALMACENAMIENTO, CONDUCCIÓN Y TRANSPORTE ... LA RECOLECCIÓN MUNICIPAL DE RESIDUOS, PRINCIPALMENTE LIQUIDOS, POR MEDIO DE TUBERÍAS Y CONDUCTOS Y LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DE TRANSPORTE DE CUALQUIER OTRO OBJETO O ACTIVIDAD QUE NO ESTÉ INCLUIDO DENTRO DE LOS ANTERIORES Y QUE SE ASIMILE A ELLOS SIEMPRE Y CUANDO SEA LEGALMENTE PERMITIDO. 3.4- CONSTRUIR TODA CLASE DE EDIFICACIONES EN TERRENOS...*», de manera que es evidente que la labor contratada de la construcción de tubería para el transporte del líquido tenía relación conexas con la actividad misional del acueducto y, por tanto, se refuerza la obligación solidaria que deberá declararse.

En lo relacionado con la llamada en garantía, CONFIANZA S.A., advierte esta Sala de la Corte que según

se desprende de la póliza que obra de folios 618 a 619, de acuerdo con el numeral 2 que dice *«los amparos previstos en la presente póliza no se extiende a los perjuicios derivados de (...) 2.7. Los perjuicios diferentes a los directos, sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contratista, tales como los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, consecuenciales, subjetivos, etc»*, frente a la exclusión por los daños causados por el contratista entre otros a su personal, no es posible imponerle ningún pago, en la medida en que estos rubros se encontraban por fuera del seguro contratado, según de allí se desprende.

En consecuencia, se revocará la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, de 4 de julio de 2008, para en su lugar declarar que Javier Eduardo Rosero Londoño y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. son solidariamente responsables por el fallecimiento del trabajador Jesús Danny Machado Mena y en consecuencia corresponde el pago de lucro cesante en favor de Ángela Maritza Mena Palomeque y D.A.M.M por \$118.681.509,68 y \$93.349.664,31, respectivamente. Así mismo el valor de los perjuicios morales en cuantía de \$25.000.000 para Ángela Maritza Mena Palomeque y \$25.000.000 para D.A.M.M.

Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la llamada en Garantía CONFIANZA S.A. por las consideraciones expuestas, no declarar probadas las restantes excepciones.

Sin costas en el recurso dada su prosperidad.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el veinticinco (25) de agosto de dos mil ocho (2008) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ÁNGELA MARITZA MENA PALOMEQUE** en su nombre y en representación del menor **D. A. M. M., ROSA ESNEDA MOSQUERA, YULIZA, SIBELLY, CRUZ ÁNGEL Y DAVID MACHADO MOSQUERA, GRICELLA Y FRANKLYN MACHADO SCARPETA, BENIGNO ANTONIO MACHADO LEMUS Y BERENICE MOSQUERA MOSQUERA** contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P., JAVIER EDUARDO ROSERO LONDOÑO, COMPAÑÍA ASEGURADORA LA FIANZA S.A.** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**. En consecuencia se revoca la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, de 4 de julio de 2008 y en su lugar se declara que Javier Eduardo Rosero Londoño y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. son solidariamente responsables por el fallecimiento del trabajador Jesús Danny Machado Mena.

En consecuencia corresponde el pago de lucro cesante en favor de Ángela Maritza Mena Palomeque y D.A.M.M. por \$118.681.509,68 y \$93.349.664,31, respectivamente. Así mismo el valor de los perjuicios morales en cuantía de \$25.000.000 para Ángela Maritza Mena Palomeque y \$25.000.000 para D.A.M.M.

Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la llamada en Garantía CONFIANZA S.A. por las consideraciones expuestas, no declarar probadas las restantes excepciones.

Sin costas en casación. En instancia a cargo de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P.**, y **JAVIER EDUARDO ROSERO LONDOÑO**.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN