El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto. Apelación sentencia

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66170-31-05-001-2017-00011-01

Demandante: Héctor Fabio Ceballos Montoya y otros.

Demandado: INFERCAL S.A.

Juzgado de Origen: Laboral del Circuito de Dosquebradas

**TEMAS: CULPA PATRONAL / REQUISITOS / INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS / INAPLICABILIDAD DE LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN ASUNTOS LABORALES / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL Y DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.**

El trabajador dentro de su relación laboral puede ver afectada su salud e integridad personal y pueden generar dos clases de responsabilidad: La objetiva, que se encuentra cubierta por el sistema de seguridad social, y la subjetiva, a cargo del empleador.

Es necesario recordar que para que exista culpa patronal, la misma debe estar suficientemente comprobada en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, que origina para el empleador la obligación de reconocer y pagar la indemnización total y ordinaria de perjuicios al trabajador (artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo).

En relación con el tipo de culpa, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral la ha catalogado como leve, esto es, aquella falta de diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, según la definición que trae el artículo 63 del Código Civil; que es la que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes, como lo es el de trabajo. (…)

Entonces, para que prospere la culpa plena del empleador debe demostrarse los siguientes requisitos:

1. Daño
2. Accidente de trabajo
3. Incumplimiento del empleador
4. Relación causal entre el incumplimiento con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de perjuicio. (…)

Los anteriores argumentos descartan la participación de negligencia o descuido del demandante Héctor Fabio Ceballos en la producción del hecho dañoso, de ahí que tampoco prospere el recurso presentado por la sociedad accionada, en lo que tiene que ver con la culpa exclusiva de la víctima y por obvias razones tampoco la posibilidad de evaluar una compensación de culpas conforme con el artículo 2357 del Código Civil, como quiera que esa figura no tiene aplicabilidad en materia laboral, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación al acoger los lineamientos que al respecto ha fijado la CSJ - Sala Laboral entre otras en sentencia del 10/03/2004, radicación 2149.

Esta Sala ha definido que la fórmula que debe aplicarse para efectos de liquidar el lucro cesante es aquella acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez acudió a la de la Sala Civil, aspecto que no es objeto de controversia.

No obstante, la parte actora considera que al haber sido el señor Héctor Fabio Ceballos Montoya calificado con una PCL del 66.35%, en la formula debe asignarse un 100% por dicho concepto y no el porcentaje asignado en el dictamen; así mismo, que el salario a tener en cuenta es de $1.581.310.

Frente al primer aspecto, advierte la Sala que le asiste la razón al recurrente, toda vez que esa intelección ya fue expuesta en alguna oportunidad por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la que se comparte en su integridad y en la que concretamente se dijo que para “*efectos de la indemnización tratada no es procedente considerar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del actor para determinar su monto, pues en este caso conforme lo señalan funcionarios de la propia empresa su merma física le impide desempeñarse como marinero (…), pues ante el hecho cierto de una invalidez que cierra las puertas al mercado laboral del trabajador, como acontece en este caso, no es admisible tasar la indemnización por lucro cesante de acuerdo al grado de incapacidad dictaminado al afectado, sino por la circunstancia cierta de la imposibilidad de desempeñar la actividad para la cual estaba capacitado*”.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veinte (20) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes frente a la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2017 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso que promueve el señor **Héctor Fabio Ceballos Montoya , Miguel Ángel Ceballos Ortiz, Leonilde Montoya Hernández, Octavio Ceballos Martínez y Andrea del Pilar Acosta Urrea** contra **INFERCAL S.A.** con radicado 66170-31-05-001-2017-00011-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandantes y su apoderado: Demandada y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Se pretende: (i) la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo, vigentes desde el 08/01/2014 al 30/10/2014 entre el señor Héctor Fabio Ceballos Montoya e INFERCAL S.A.; (ii) la ocurrencia de un accidente de trabajo por culpa patronal el 06/02/2014 y, como consecuencia de lo anterior, se disponga la indemnización plena y ordinaria de perjuicios.

Igualmente, se solicita el reconocimiento de perjuicios morales y daño a la vida de relación, para cada uno de los actores la suma de 100 SMLMV, por cada concepto y; por perjuicios materiales para el señor Héctor Fabio Ceballos, la suma de $344´846.891, actualizada a la fecha de la sentencia.

Fundamentan sus pretensiones en que: (i) el 08/01/2014 fue contratado por INFERCAL S.A. mediante un contrato laboral de obra o labor contratada, para desempeñarse como operador de volqueta a fin de desmantelar el campamento El Vergel, en el Municipio de Santa Rosa; (ii) como remuneración se pactó la suma de $744.000, pero en promedio devengó $1.054.146.

(iii) El 06/02/2014 recibió la orden de inyectarle aire a una motoniveladora que se encontraba fuera de servicio, tras haberlo hecho en una llanta y empezar con la siguiente, un aro metálico que hace parte del rin salió expulsado y le golpeó la cabeza; (iv) dicho accidente le causó una PCL del 66.35% y lo ha afectado a él y a su entorno familiar, quienes han sufrido quebrantos emocionales.

**Infercal S.A.** aceptó la vinculación laboral que lo unió con el demandante, la labor desempeñada y las sumas pactadas como salario y la devengada por cuenta de las horas extras laboradas; así mismo, la ocurrencia del accidente de trabajo y las secuelas sufridas por el trabajador. Se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa expresó que la orden de inyectarle aire a las ruedas de la motoniveladora hace parte de las funciones para las cuales fue contratado el demandante, conforme se extrae de la cláusula primera del literal a) del contrato de trabajo que suscribieron. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la culpa patronal”, “Cobro de lo no debido”, “Falta de legitimación por activa de parte de la señora Andrea del Pilar Acosta Urrea”, “Prescripción”, “Compensación” y la “Genérica”.

**2. Síntesis de la sentencia objeto de apelación**

El Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la ocurrencia del accidente de trabajo durante su vigencia atribuible al empleador; en consecuencia, condenó a éste último a cancelarle por perjuicios materiales en sus modalidades de lucro cesante pasado y futuro; perjuicios morales y daño a la vida de relación la suma de $317´757.501,05.

Lo anterior al considerar que el empleador no tomó las precauciones necesarias para prevenir el accidente laboral del que fue víctima el actor, toda vez que no tenía previsto el riesgo al que lo exponía, dado que no existía análisis de este para la tarea de desmantelamiento de campamento y, mucho menos, para la inyección de aire a equipos fuera de servicio, pues tal situación fue una de las conclusiones a las que se llegó en la investigación del accidente de trabajo, emitiéndose la orden en tal sentido y, por tal razón, era imposible que INFERCAL S.A., aportara al proceso la matriz de riesgos y estándares de seguridad existentes para la fecha del accidente.

Aunado a lo anterior, para realizar la labor no se tuvo la precaución de mirar el estado de las llantas, los neumáticos, el gusanillo, el rin y el aro del RIN; que la orden de suministro de aire omitió tener en cuenta el nivel recomendado en la cartilla de mantenimiento para la presión del aire antes de iniciar la jornada sea de 30 libras y, la orden que le dio fue de 30 a 35 libras y, tampoco se disponía de jaula de seguridad para la inyección de aire a las llantas, tal como fue establecido por la empresa, con posterioridad a tal suceso.

Para la liquidación del daño emergente tuvo en cuenta la suma de $1´054.146, como salario promedio mensual devengado, al que le aplicó la fórmula adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo ha acogido este Despacho.

Para la tasación de los perjuicios morales y de daño a la vida de relación a favor del señor Héctor Fabio Ceballos Montoya, hizo uso del arbitrio judicial y, los fijó en 60 y 50 SMLMV, respectivamente; negó respecto de los demás demandantes, tras sostener que no habían logrado acreditarlos.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por la sociedad demandada y la condenó en costas.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión, se alzó la parte demandante en relación con el monto indemnizatorio reconocido a título de lucro cesante, daño moral y vida a la relación y la negativa al reconocimiento de los daños inmateriales a los otros demandantes.

En cuanto a la liquidación del lucro cesante, si bien se tomó la fórmula utilizada por las altas Cortes, se encuentra que al momento de establecer el total del ingreso mensual que percibía Héctor Fabio Ceballos, indexado e incrementado con el 25% del factor prestacional, se le aplicó un porcentaje de 66.35%, que es un yerro porque desconoce las reglas jurisprudenciales en el sentido que hay que distinguir dos tipos de PCL, la permanente parcial y la total, dependiendo si se supera el 50%, de ahí que en caso de serlo, se entiende que ha perdido el 100% de sus ingresos, situación que claramente hizo que el despacho liquidara como factor de incapacidad la suma de $1.049.199 y no $1.581.310, porque aplicó la regla que se tiene para la pérdida de capacidad permanente parcial.

La condena por el daño a la vida de relación debió haber sido mucho mayor y cobijar a los familiares, toda vez que conforme con el artículo 16 de la Ley 446/98, que establece que la reparación de perjuicios debe ser integral y en equidad, es decir, en igualdad, por lo que deben acogerse los lineamientos indemnizatorios de la jurisdicción contenciosa administrativa que son más altos que los aquí aplicados; de tal manera que debió accederse a los 100 SMLMV solicitados en la demanda o en su defecto, haberlo indexado y aplicar el salario mínimo del momento de la sentencia.

Respecto a la negativa de reconocimiento de los perjuicios morales y de daño a la vida de relación para los codemandantes, considera que el daño que ellos percibieron se encuentra probado, dado que el mismo se presume por el hecho del parentesco, la convivencia o la unión familiar.

Por su parte, la demandada expresó su desconcierto respecto a la atribución de culpa del empleador en el accidente sufrido por el demandante, porque conforme con el documento “*evidencia de cierre de los planes de acción sobre la investigación del accidente de trabajo del señor Héctor Fabio Ceballos Montoya, ocurrido el 06/02/2014”,* emitido por SURA (fl. 107), se concluye que esa sociedad cumplió con todo lo propuesto con las medidas de seguridad industrial propuestas por la ARL y con los requerimientos y obligaciones que se le imponen al empleador.

Sostiene que el demandante mintió en su declaración para acomodar que las acciones que desplegó el día del accidente no las conocía y nunca había sido capacitado para realizarla; además antes de empezar con esa labor, el jefe inmediato Manuel Vidarte, le recordó cuales eran las medidas de seguridad y él las obvió.

De otra parte, en documento firmado por el demandante el 24/11/12, dice conocer la forma de prevención de riesgos en la que se encuentra expuesto, entonces no puede ahora decir que no los conocía, por lo tanto, hay una culpa exclusiva de la víctima o en su defecto una concurrencia de culpas, por lo que debe aplicarse el artículo 2357 del C.C.

En caso de no prosperar lo anterior, presenta reparos frente a la liquidación del lucro cesante, pues si bien la fórmula aplicada es la correcta, no se tuvo en cuenta que el tipo de contrato era por labor u obra determinada, la que culminó el 18/02/2014, es decir, 12 días después del accidente, esto quiere decir, que la liquidación no se podía hacer por el total del valor del salario que venía percibiendo el demandante porque el contrato terminaba en esa fecha y el salario era de $744.000 mensuales, y no había trabajo adicional para incrementar ese valor.

Por último, indicó que todos los testigos dijeron que Andrea era la novia, por lo que no es parte integral de la familia y fue de tan poco incidencia el hecho, que contrajeron matrimonio poco tiempo después.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con lo anterior, la Sala se plantea los siguientes:

1.1 ¿Demostró la parte demandante que el accidente de trabajo ocurrido el 06/02/2014 lo fue por culpa suficientemente comprobada del empleador, al no prever los riesgos ni contar con los elementos de protección necesarios, para proceder a inyectarle aire a una motoniveladora desde la volqueta que manejaba y estaba dotada de compresor que permitía esa actividad?

1.2.¿En materia laboral es procedente la aplicación del artículo 2357 del Código Civil, que establece la concurrencia o compensación de culpas?

1.3. ¿De existir culpa patronal en el accidente de trabajo que sufrió el actor, cuáles son los parámetros para liquidar el lucro cesante consolidado y futuro?

1.4. ¿Logró demostrar la parte actora la ocurrencia del perjuicio moral y el daño a la vida de relación que se alega sufrieron los señores Leonilde Montoya Hernández, Octavio Ceballos Martínez, Miguel Ángel Ceballos Ortiz y Andrea del Pilar Acosta Urrea?

1.5. ¿El artículo 16 de la Ley 446/98, justifica que esta Corporación se aparte de los criterios jurisprudenciales de la Sala Laboral de la CSJ y en su lugar, acoja los del Consejo de Estado, para establecer el monto que debe reconocerse por concepto de perjuicios morales y por daño a la vida de relación?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Fundamentos jurídicos**

**Culpa patronal**

El trabajador dentro de su relación laboral puede ver afectada su salud e integridad personal y pueden generar dos clases de responsabilidad: La objetiva, que se encuentra cubierta por el sistema de seguridad social, y la subjetiva, a cargo del empleador.

Es necesario recordar que para que exista culpa patronal, la misma debe estar suficientemente comprobada en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, que origina para el empleador la obligación de reconocer y pagar la indemnización total y ordinaria de perjuicios al trabajador. (Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo).

En relación con el tipo de culpa, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral[[1]](#footnote-1) la ha catalogado como leve, esto es, aquella falta de diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, según la definición que trae el artículo 63 del Código Civil; que es la que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes, como lo es el de trabajo.

Así las cosas, debe el trabajador demostrar la culpa leve del empleador, pues según la línea del órgano de cierre de esta especialidad[[2]](#footnote-2), no se presume ni siquiera en aquellos casos en que se realicen actividades peligrosas.

Ahora, el empleador para exonerarse de ella, debe acreditar que tuvo la diligencia y cuidado requerido, lo que se ha denominado *“culpa por abstención”,* la que no releva al trabajador de su actividad probatoria; por el contrario, reafirma el deber de demostrar el incumplimiento patronal y el nexo de causalidad del mismo con la ocurrencia del accidente.

En torno a lo anterior, la Sala de Casación Laboral reiteró[[3]](#footnote-3): *“(…) corresponde a quien pretende el pago de la indemnización demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, que como se anotó también derivan del pacto contractual, y la plena incidencia que tuvo en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, en tanto corresponde atenderse la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó”.*

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 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. 2 R. 2400/1979).

En esa misma línea el artículo 84 de la Ley 9 de 1979 estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

También en lo referente a la causalidad manifestó que[[4]](#footnote-4) “*la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa”.*

Entonces, para que prospere la culpa plena del empleador debe demostrarse los siguientes requisitos:

1. Daño
2. Accidente de trabajo
3. Incumplimiento del empleador
4. Relación causal entre el incumplimiento con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de perjuicio.

**2.2 Fundamentos fácticos**

2.1. Respecto a los dos primeros requisitos –daño y accidente de trabajo-, no existe dubitación, en tanto se acreditó que el actor fue calificado con una PCL del 66.35% con fecha de estructuración del 12/08/2014, catalogada de origen profesional, según dictamen emitido por Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. –fl. 85 y s.s. del cd. 1- , en el que se registró en motivo de consulta: *“refiere que sufrió accidente de trabajo el 06/02/2014, inflando llanta de doble troque, se desprendió el aro y le causó trauma cráneo encefálico…”.*

2.2. Por su parte, el accidente de trabajo, también cuenta con soporte documental (historia clínica, informes de la ARL Sura) y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente declaró el testigo Manuel Agustín Vidarte Claros, amen que el mismo fue admitido por la entidad accionada.

2.3. Ahora, en relación con el incumplimiento del empleador,esto es, que no actuó con la diligencia y cuidado debido; para lo cual no basta, como lo dijo el órgano de cierre de esta jurisdicción *“la sola afirmación genérica de la falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió el incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador el cual, a su vez, ha de tener nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de los perjuicios, las que igualmente deben ser precisadas en la demanda”* [[5]](#footnote-5)*.*

Para este caso, se afirmó por parte del actor en los hechos 11 a 16 de la demanda y su reforma, sobre el accidente de trabajo donde refirió como incumplimiento en que incurrió el empleador: el ejercicio de una labor que no tenía el actor y la falta de mantenimiento de la maquinaria.

Por su parte, la sociedad accionada en la alzada, refirió que cumplió con las medidas de seguridad industrial propuestas y las obligaciones que se le imponen como empleador, aunado a que el actor fue asesorado por su jefe inmediato para realizar la labor desencadenante del accidente y previamente había sido capacitado en la forma de prevención de riesgos.

De tal manera que para poder determinar la existencia del incumplimiento del patrono, según la sentencia del Órgano de cierre de esta especialidad, debe consultarse en primer lugar la naturaleza de la actividad del demandante y su riesgo.

Se tiene entonces que el actor fue contratado por la empresa INFERCAL S.A., como operador de vehículo para el desmantelamiento del campamento El Vergel y como obligaciones se plasmó que debía poner a disposición de la empresa su capacidad de trabajo en el desempeño de la funciones o labores propias del cargo, así como aquellas anexas y complementarias del mismo cargo. de conformidad con lo estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo, órdenes de sus superiores o jefes inmediatos.

Sumado a lo anterior, se cuenta con el documento titulado “perfil de cargo” –fl. 31 cd. 1-, en el que de manera general se consagró que la misión del cargo era la de realizar el transporte de materia prima y como funciones se enlistó igualmente esa labor, además de estar atento de la custodia y estado del vehículo y las demás que le sean asignadas de acuerdo al nivel de desempeño del cargo; por último, en la parte final del mismo escrito, en lo que tiene que ver con los “riesgos” de ese cargo se estableció como de “Inseguridad” la explosión e incendio como consecuencia de gases comprimidos –fl. 32 *ibídem*- como lo es el aire[[6]](#footnote-6) que se inyecta a las llantas.

El vehículo asignado al demandante era un doble troque - volqueta[[7]](#footnote-7) y no se probó cuáles eran los elementos de protección que debía utilizar para el cumplimiento de sus funciones, pues muy a pesar de que obra registro de la “Entrega de elementos de bioseguridad personal” con fecha de 20/09/2013 –fl. 156 del cd. 1, no se detalla qué elementos fueron entregadas y además, ello se hizo por fuera de la vigencia del contrato en el que se presentó el accidente, que recuérdese tiene como hito inicial el 08/01/2014.

No obstante, conforme con el análisis de riesgos por tarea y estándares de seguridad elaborado por INFERCAL S.A. para el cargo de operador de volqueta –*fls. 315 a 324 cd. 1-* el 10/12/2014*-,* lo que evidencia que se realizó con posterioridad al accidente laboral sufrido por el actor, se relacionaron como tales: casco de seguridad, gafas de seguridad, protección auditiva, guantes de vaqueta o tipo ingeniero, chaleco reflectivo, botas con puntera reforzada y traje de invierno.

Y, más adelante, en los “*pasos básicos que componen el proceso de trabajo*” y en lo atinente a “revisión general” se detalla lo relacionado con explosión de llantas, que es la actividad más cercana a la función que le fue asignada al demandante y que supone el llenado de las mismas, lo que a su vez tiene que ver con una función relacionada con los montallantas y, en el punto 1.2.2. se determinó como estándar de seguridad “*realizar la inspección de las llantas antes de iniciar la jornada laboral, verifique desgaste o cortes, pestaña y aros reventados y/o golpeados, llantas cortadas, agrietadas, vena o pestaña desprendida”* y, en el punto 1.2.4. que al inflar las llantas ubicarse dentro de las jaulas protectoras y sobre el lateral.

Ahora, según lo manifestó el testigo Manuel Vidarte –*jefe inmediato*-, las instrucciones que le dio al señor Héctor Fabio Ceballos fue “*dónde debía parquear la volqueta, que trabajara con su manguera por la parte de atrás del vehículo, hiciera la calibración de las ruedas”*; más adelante refirió que la empresa en varias ocasiones había realizado capacitación acerca del llenado de llantas *–pero no hay prueba sobre ello-* y más adelante, cuando se le preguntó si la empresa contaba con las jaulas protectoras dijo que no lo recordaba y que el día del accidente no utilizaron el mallado, por eso le dijo que el trabajo lo hiciera por la parte de atrás y él de lado.

Por su parte, Héctor Fabio Ceballos al momento de absolver su interrogatorio de parte, refirió que su vehículo contaba con compresor -*el que se utiliza para echarle aire a las llantas-* y seguidamente dijo que para ello no se requiere cursos, pues bastaba con conocer la cantidad de aire que deben llevar aquellas, manifestación de la que infiere la Sala que ya había realizado en anterior oportunidad dicha labor, por lo menos en lo que al vehículo que operaba se refiere.

Frente a ello, el señor Manuel Vidarte indicó que la única diferencia entre el llenado de llantas de la volqueta y la motoniveladora es el número de libras a inyectar, pues la primera requería entre 100 a 115 libras y, la segunda 60 libras, precisando que de todas maneras esa capacidad era difícil de alcanzar con el compresor, por lo que la motoniveladora debía quedar por debajo de su nivel normal y específicamente, al minuto 2:59:59 de la audiencia de trámite y juzgamiento, reiteró que normalmente una motoniveladora de esas lleva 60 libras de presión, pero estaban trabajando con 30-35 libras.

Con la prueba documental obrante a folio 252 a 273 del cuaderno 1, que corresponde al control de mantenimiento de la motoniveladora a la que el actor le inyectó aire, respecto a las “llantas delanteras y traseras” se dejó como observación que “se debe revisar la presión de las llantas antes de iniciar la jornada con 30 libras”, así mismo, que los últimos mantenimientos reportados datan de los años 2002 y 2003.

De lo relatado hasta este momento, se puede concluir lo siguiente:

* No se puede equiparar el llenado de llantas de una volqueta y una motoniveladora, pues por lo menos en cuanto al número de libras a inyectar existe una diferencia y por ende, no puede entenderse que el actor se encontraba capacitado o contaba con la pericia necesaria para hacerlo, máxime cuando se carece de medio probatorio que así lo acredite.
* Dados los estándares de seguridad que se exigían para esa labor, fácilmente puede advertirse que se trataba de una maniobra altamente riesgosa para la vida e integridad personal de quien la desarrollara, que incluso ameritaba la utilización de una jaula de protección o mallado, la que no se utilizó al momento del accidente.
* No existía con anterioridad al accidente de trabajo un protocolo o manual de instrucciones que guiara al trabajador en la forma en que debía proceder con el llenado de aire de las llantas de una motoniveladora que estaba sin uso por mucho tiempo y ello se confirma al haber requerido la ARL que se diera cumplimiento a las obligaciones que se le imponen al empleador.
* La falta de los referidos protocolos o manuales, constituye un indicio acerca de que hubo una falencia, negligencia u omisión de parte del empleador, que llevó consigo que se generara el accidente que aquí se conoce.
* La motoniveladora, se encontraba fuera de servicios por lo menos 10 años antes del accidente, lo que ameritaba que con mayor razón se hiciera una revisión del estado de las llantas, rines y aros, para evitar que salieran expulsados.
* Las indicaciones y/o instrucciones que el jefe inmediato le impartió al señor Héctor Fabio Ceballos, fueron imprecisas en cuanto a la capacidad de libras que podía inyectársele a las llantas de la motoniveladora, pues dijo que entre 30 y 35 libras, cuando lo máximo es de 30, conforme con el “control de mantenimiento” de esta.
* En la asignación de dicha actividad, el jefe inmediato, omitió instruir a su trabajador sobre la utilización de la jaula de seguridad como elemento prioritario de protección, pues este ni siquiera se contaba en el campamento.
* Del mismo modo omitió cerciorarse por cuenta propia o por intermedio de su trabajador y previo a la inyección de aire, que las llantas de la motoniveladora, los rines y demás elementos que tuvieran relación con las primeras, estuvieran en buen estado al encontrarse a la intemperie y sin mantenimiento por más de 10 años la máquina aquí mencionada.
* El trabajador acató las órdenes dirigidas por su jefe inmediato, sin que estuviera a su cargo la revisión del estado de llantas y rines, pues se trata de acciones o precauciones que fueron fijadas a través del análisis de riesgos por tarea y estándares de seguridad elaborado por INFERCAL S.A., pero con posterioridad al accidente, de ahí que no las podía conocer y aplicar el actor.

De conformidad con lo brevemente indicado, puede sostenerse que el empleador sometió de manera negligente a su trabajador a un riesgo extraordinario al que corrientemente estaba expuesto en el ejercicio de sus funciones generales como operador de vehículo; por lo que se desestimarán los argumentos de la alzada de la parte accionada en cuanto a la inexistencia de la culpa patronal.

Y es que, pese a que se trajo abundante prueba documental que da cuenta de las constantes “capacitaciones” y actividades del sistema del riesgo brindadas al personal que laboraba en la sociedad accionada, ninguna de ellas está relacionada con la función que le ocasionó el accidente al demandante, pues fueron en salud pública de ojos, alergias generales (fl. 152, 154.), manejo de extintores –fl. 153-, entrega de elementos de bioseguridad personal –fl. 156-, manipulación de alimentos –fl. 157-, entrenamiento sobre planillas de viajes –fl. 166-, comité de convivencia –fl. 171-, promoción y prevención en higiene oral –fl. 173-, conductas de acoso laboral –fl. 176-, entre otras.

Siendo así las cosas, se avizora que la accionada no actuó con la diligencia y cuidado debidos, incumpliendo por lo tanto, con los deberes y obligaciones de seguridad para con el señor Héctor Fabio Ceballos, por lo que está plenamente acreditada su culpa en el accidente que este sufrió, tal como lo exige el artículo 216 del CST.

Los anteriores argumentos descartan la participación de negligencia o descuido del demandante Héctor Fabio Ceballos en la producción del hecho dañoso, de ahí que tampoco prospere el recurso presentado por la sociedad accionada, en lo que tiene que ver con la culpa exclusiva de la víctima y por obvias razones tampoco la posibilidad de evaluar una compensación de culpas conforme con el artículo 2357 del Código Civil, como quiera que esa figura no tiene aplicabilidad en materia laboral, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación[[8]](#footnote-8) al acoger los lineamientos que al respecto ha fijado la CSJ - Sala Laboral entre otras en sentencia del 10/03/2004, radicación 2149.

2.4. Finalmente, respecto del nexo de causalidad entre el hecho generador de perjuicio y el incumplimiento de los deberes del empleador se encuentra más que acreditado, en tanto la labor desplegada por el actor lo fue en acatamiento de las órdenes impartidas por su jefe directo, empleado a su vez de INFERCAL S.A.

**3.1. De la liquidación del lucro cesante**

Esta Sala ha definido que la fórmula que debe aplicarse para efectos de liquidar el lucro cesante es aquella acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez acudió a la de la Sala Civil, aspecto que no es objeto de controversia.

No obstante, la parte actora considera que al haber sido el señor Héctor Fabio Ceballos Montoya calificado con una PCL del 66.35%, en la formula debe asignarse un 100% por dicho concepto y no el porcentaje asignado en el dictamen; así mismo, que el salario a tener en cuenta es de $1.581.310.

Frente al primer aspecto, advierte la Sala que le asiste la razón al recurrente, toda vez que esa intelección ya fue expuesta en alguna oportunidad por la Sala de Casación Laboral de la CSJ[[9]](#footnote-9), la que se comparte en su integridad y en la que concretamente se dijo que para “*efectos de la indemnización tratada no es procedente considerar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del actor para determinar su monto, pues en este caso conforme lo señalan funcionarios de la propia empresa su merma física le impide desempeñarse como marinero (…), pues ante el hecho cierto de una invalidez que cierra las puertas al mercado laboral del trabajador, como acontece en este caso, no es admisible tasar la indemnización por lucro cesante de acuerdo al grado de incapacidad dictaminado al afectado, sino por la circunstancia cierta de la imposibilidad de desempeñar la actividad para la cual estaba capacitado”.*

Ahora, en relación con el salario base de la liquidación, el mismo deberá corresponder al último devengado por el empleado, el que en el presente asunto quedó establecido en $1.054.146, pues así lo confesó la accionada al contestar la demanda, de ahí que ahora al recurrir la decisión del a-quo no es procedente que intente desconocer dicho monto, por lo que fracasa en este punto la alzada.

Por otro lado y atendiendo los pedimentos del actor, ese valor deberá a su vez ser incrementado con el 25% del factor prestacional y luego indexado desde la fecha de ocurrencia del accidente de trabajo y hasta la fecha de esta decisión, de ahí que corresponda a la suma de $1´631.040,80, con el que se establecerá el lucro cesante consolidado y el futuro, parámetro fijado por el órgano de cierre de esta especialidad[[10]](#footnote-10), como lo argumenta la parte actora.

Resulta importante precisar que esa suma resulta un poco superior a la indicada por la parte actora, pero ello se genera porque la indexación se extendió hasta la fecha de emisión de esta providencia y no de la sentencia de primera instancia; lo que implica a su vez reducir las mesadas a liquidar por concepto de lucro cesante futuro.

Siendo así las cosas, prosperan estos segmentos de la apelación y en consecuencia, deberán modificarse los respectivos valores en la fórmula aplicada para concretar la condena por lucro cesante.

Por lo tanto, la condena por lucro cesante consolidado es de $107´921.795,96 y el futuro de $302´166.542,23, para un total de $410´088.338,19 conforme a la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

**4.1. De los perjuicios morales – Prueba de su ocurrencia y parámetros para liquidarlos**

**4.1. Fundamento jurídico**

Para reclamar esta clase de perjuicios de encuentra legitimada cualquier persona, pero el reconocimiento de los mismos depende de la acreditación del daño que el infortunio le pudo haber causado, de ahí que le corresponde a quien lo pide la carga de probarlo; no obstante, cuando se trata de familiares cercanos de la víctima (padres, hijos, hermanos o cónyuge), el parentesco hace presumir tal afectación (indicio), invirtiéndose la carga de la prueba al obligado a reconocer la indemnización, quien por lo tanto, deberá probar que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar del afectado, no existía entre ellos fraternidad y cercanía que les generara la angustia o zozobra propias del hecho dañino. Al respecto puede consultarse entre otras, la sentencia SL13074-2014, radicado 36306 del 27/08/2014.

**4.2. Fundamento fáctico**

Como anexos de la demanda se allegaron copias de los registros civiles de nacimiento: (i) del señor Héctor Fabio Ceballos Montoya –fl. 26 del cd. 1- donde se hace constar que es hijo de Leonilde Montoya Hernández y Octavio Ceballos Martínez y; (ii) del menor Miguel Ángel Ceballos Ortiz –fl. 27 del cd. 1- en el que consta que es hijo de Héctor Fabio Ceballos Montoya; por lo tanto, al acreditarse el parentesco entre ellos, nace a su favor la presunción judicial o de hombre (indicio) del daño y por ende, debe tenerse por acreditado que padecieron los perjuicios morales, con ocasión del accidente laboral que sufrió su hijo y padre, respectivamente; aspecto que no logró desvirtuar la sociedad demandada, dado que conforme a las reglas de la experiencia se da por sentado que por el afecto existente entre ellos se presume el dolor, la aflicción, la congoja por los padecimientos que sufrió su pariente.

Así las cosas, lo procedente es señalar el monto que debe serles reconocido, para lo cual debe considerarse que ni los testigos ni ellos mismos al absolver interrogatorio de parte, indicaron la intensidad del daño moral que se les irrogó con el accidente de su hijo y padre, pues se omitió hacer referencia concretamente a la forma en que se configuró la afectación, por lo que se considera justo y acorde con el principio de igualdad señalar para cada uno de ellos el equivalente a 10 SMLMV vigentes a la fecha de emisión de esta sentencia ($7´812.429), sin que sea viable acudir a los parámetros señalados por el Consejo de Estado, como lo implora la parte actora amparado en el artículo 16 de la Ley 446/98, toda vez que dichos montos se avienen con los determinados por la Sala Laboral de la CSJ, que es el órgano de cierre de esta especialidad y al cual debemos acatar.

Frente al señor Héctor Fabio Ceballos Montoya, considera la Sala que no hay lugar a incrementar el monto reconocido a su favor en la instancia anterior, por las razones que a continuación se señalarán.

Como lo indicó el a-quo, los mismos se fijan de conformidad al *arbitrium judicis*, esto es, a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1º y 5º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido la SCL de la CSJ “*para ello deberán evaluarse las consecuencias sicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño”.*

Bien. En relación con ello, los testigos[[11]](#footnote-11) fueron claros en señalar que después de accidente el señor Héctor Fabio Ceballos Montoya quedó con dolores de cabeza y que a veces se le olvidan las cosas; secuelas del accidente que a juicio de esta Sala resultan incómodas para el desarrollo normal de la vida y la relación con sus familiares y amigos, pero que no reviste una gravedad significativa que amerite el reconocimiento de una tarifa superior a la señalada a su favor por el a-quo, por lo que dichos valores se mantendrán.

Por último, respecto a la señora Andrea del Pilar Acosta, pues aunque se allegó el registro civil de matrimonio que la acredita como cónyuge del trabajador accidentado, dicha calidad solo la adquirió el 07/11/2015, es decir, con posterioridad al accidente, sin que tampoco pueda considerarse como compañera permanente de aquel para ese momento como lo sugiere el recurrente en la apelación, dado que de ningún elemento probatorio puede arribarse a esa conclusión, pues los testigos solo la señalaron como la novia del señor Héctor Fabio Ceballos, condición insuficiencia para aplicar la anterior presunción o acomodar las argumentaciones de la alzada; de ahí que debía acreditar por los medios de prueba permitidos que sufrió alteraciones sicológicas y personales, así como angustias o trastornos emocionales, omisión que le acarrea la negativa de sus pretensiones.

**4.2. Del daño a la vida de relación o Perjuicio fisiológico**

**4.2.1 Fundamento jurídico**

El daño a la vida de relación, se entiende como la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia, incluso, puede considerarse la realización de actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse o requieren de un esfuerzo excesivo, incomodidades o dificultades.

En términos de la SCL de la CSJ[[12]](#footnote-12) “*conviene recordar que según la Sala de Casación Civil de esta Corporación, el daño fisiológico consiste en el mismo «daño a la vida de relación», definido como «la afectación a la «vida exterior, a la intimidad, a las relaciones interpersonales» producto de las secuelas que las lesiones dejaron en las condiciones de existencia de la víctima» (CSJ SC5885-2016)”.*

Así mismo, tiene sentado que “*… los daños en la vida relación se generan por el “menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial[[13]](#footnote-13)”.*

De ahí, que al ser totalmente diferentes a los perjuicios morales, no pueda extenderse para su acreditación la presunción judicial que opera para estos, sino que corresponda a la víctima indirecta la carga de probarlos.

**4.2.2. Fundamento fáctico**

Partiendo de lo anterior, correspondía a los señores Leonilde Montoya Hernández, Octavio Ceballos Martínez y al menor Miguel Ángel Ceballos Ortiz demostrar cuáles fueron las alteraciones de las condiciones de vida que el accidente laboral sufrido por Héctor Fabio Ceballos Montoya les produjo, pues se itera, la prueba testimonial solo refirió las molestias de orden médico padecidas por este (dolores de cabeza, falta de memoria), pero de ninguna manera refirieron cambios en la vida cotidiana, familiar o social de los parientes que aquí demandan; salvo lo que tímidamente dijo la señora Leonilde al absolver interrogatorio de parte que *“a veces salíamos a piscina (…) desde que se accidentó no porque le duele mucho la cabeza”,* manifestación que no logra ser suficiente para dar por acreditado este perjuicio.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo expuesto, se modificará el numeral 2º de la sentencia apelada para incrementar el valor de las indemnizaciones reconocidas a favor de Héctor Fabio Ceballos Montoya y se revocarán parcialmente el numeral 4º para acceder a la condena por perjuicios morales a favor de los codemandantes Miguel Ángel Ceballos Ortiz, Leonilde Montoya Hernández y Octavio Ceballos Martínez, pero se mantendrá la negativa frente a ese concepto respecto a la señora Andrea del Pilar Acosta, así como la absolución por daño a la vida de relación de todos ellos y, el numeral 5º parcialmente, para condenar en costas en un 50% a la demandada y a favor de Miguel Ángel Ceballos Ortiz, Leonilde Montoya Hernández y Octavio Ceballos Martínez, al prosperar parcialmente sus pretensiones.

**Costas.** Hay lugarimponerlas en esta instancia a cargo de la parte demandada y en favor de los demandantes Héctor Fabio Ceballos Montoya, Miguel Ángel Ceballos Ortiz, Leonilde Montoya Hernández, Octavio Ceballos Martínez, al no salir avante el recurso respecto de sus pretensiones. Así mismo, se condenará en costas a la señora Andrea del Pilar Acosta y en favor de la sociedad accionada, por fracasar su alzada.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, Sala Segunda Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia del 18 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso que promueve el señor **Héctor Fabio Ceballos Montoya, Miguel Ángel Ceballos Ortiz, Leonilde Montoya Hernández, Octavio Ceballos Martínez y Andrea del Pilar Acosta Urrea** contra **INFERCAL S.A.,** salvo el numeral 2º que quedará así:

*SEGUNDO: CONDENAR a INFERCAL S.A, a pagar a favor de HECTOR FABIO CEBALOS MONTOYA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, la suma de $410´088.338,19, por concepto de perjuicios materiales, en sus conceptos lucro cesante pasado y futuro, perjuicios morales y daños en vida de relación o daño fisiológico, según lo dicho en precedencia.*

**SEGUNDO. REVOCAR** parcialmente el numeral cuarto, para en su lugar CONDENAR aINFERCAL S.A., a pagar a favor OCTAVIO CEBALLOS MARTÍNEZ, LEONILDE MONTOYA HERNÁNDEZ y MIGUEL ÁNGEL CEBALLOS ORTÍZ la suma de $7´812.429 para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales.

La absolución de la demandada en relación con las pretensiones dirigidas en su contra por ANDREA DEL PILAR ACOSTA, así como la de reconocimiento del daño a la vida de relación de todos ellos, permanece incólume.

**TERCERO: REVOCAR** parcialmente el numeral quinto, que para mayor comprensión quedará así:

*“QUINTO: CONDENAR en costas a la sociedad demandada y a favor del demandante Héctor Fabio Ceballos Montoya, en un ochenta por ciento (80%) y a favor de Octavio Ceballos Martínez, Leonilde Montoya Hernández y Miguel Ángel Ceballos Ortiz en un cincuenta por ciento (50%). Así mismo, se condena en costas a ANDREA DEL PILAR ACOSTA y a favor de la sociedad demandada en un ciento por ciento (100%)*

**CUARTO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandada y en favor de los demandantes Héctor Fabio Ceballos Montoya, Miguel Ángel Ceballos Ortiz, Leonilde Montoya Hernández, Octavio Ceballos Martínez y; a la señora Andrea del Pilar Acosta y en favor de la sociedad accionada, por lo considerado en la parte motiva.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

(Salva voto)

*ANEXO 1*

 *LIQUIDACION LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO*



***OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA***

*Magistrada*

1. CSJ, SCL, Sentencia del16-11-2016. Radicado 39333. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, SCL, Sentencia del 20/06/2012, radicación 42374, que trajo a colación sentencia del 05/09/2000, radicación 14718 que a su vez rememora, entre otras, la proferida el 30/03/2000. Sentencia 23-10-1996, rad.7995, MP Rafael Méndez Arango; 13-12-2001, rad.16782 [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ- SCL, Sentencias SL17216 de 2014 y SL4350 de 2015 reiteradas en sentencia del7-10-2015. Radicado 49681. M.P. Rigoberto Echeverry Bueno. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia de 30-07-2014. Radicado 42532. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-5)
6. <https://es.wikipedia.org/wiki/Aire> [↑](#footnote-ref-6)
7. Así se afirmó en el hecho 7 de la demanda –fl. 6- y fue aceptado en la contestación de la misma –fl. 98- [↑](#footnote-ref-7)
8. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares sentencia del 25/05/2017, radicado 2014-00096, Demandante Luis Horacio Ballesteros Muñoz. y otros vs Egidio Tique A. y Arquidiócesis de Pereira. [↑](#footnote-ref-8)
9. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Radicado 23643 del 24/06/2015, reiterada en la SL1401-2018, Radicación 55119 del 11/04/2018, Sala de Descongestión N° 3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sala de Descongestión N° 2. M.P. Cecilia Margarita Durán Ujueta. SL2395-2018. Radicado N° 49912 del 26/06/2018 [↑](#footnote-ref-10)
11. Álvaro Rodríguez, Cruz Alexander Marín Suaza [↑](#footnote-ref-11)
12. Sala de Descongestión N° 3. M.P. Jorge Prada Sánchez. SL1110-2018. Rad. 49835 del 11/04/2018. Puede consultarse igualmente la sentencia CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 39631. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ SL 30621, 22 en. 2008, reiterada en la SL12740 del 23/08/2017. [↑](#footnote-ref-13)