

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: **Ordinario**
Radicación No. **25843-31-03-001-2018-00125-01**
Demandante: **ZORAIDA ARAQUE GARCIA Y OTROS**
Demandado: **ELIAS VELAZCO LOPEZ**

En Bogotá D.C. a los **8 DIAS DEL MES DE JULIO DE 2021** la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

ZORAIDA ARAQUE GARCIA, MYRIAM ARAQUE GARCIA, EPIFANIO ARAQUE GARCIA, JOSE ALIRIO ARAQUE GARCIA, MARY ARAQUE GARCIA, MARIA ESTHER ARAQUE GARCIA e ISABELINA ARAQUE GARCÍA demandaron a **ELIAS VELAZCO LOPEZ**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que entre **JOSE MANUEL ARAQUE GARCIA** y el accionado existió un contrato de trabajo laboral a término indefinido desde el 1 de enero de 2000 hasta el 18 de febrero de 2017 que terminó por muerte del trabajador, la que ocurrió por culpa del empleador, en consecuencia solicitan se condene al demandado a pagar a cada uno de los demandantes la suma de 3.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por

concepto de indemnización por daños morales y psicológicos, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, expuso la parte demandante que ELIAS VELASCO tiene como actividad económica la explotación minera, uno de sus colaboradores era JOSE MANUEL ARAQUE GARCIA quien falleció el 18 de febrero de 2017, por causa violenta por inhalación de gas tóxico, una vez ocurrido el accidente no le prestaron apoyo médico, solo se limitaron a sacarlo de la mina y dejarlo morir, que el trabajador tenía la edad de 56 años y una esperanza de vida de 24.7 años, no sufría de quebrantos de salud, cumplía las funciones de minero y cumplió a cabalidad las indicaciones del trabajo; el demandado no tiene plan de prevención de accidentes en el sitio de trabajo, no da cumplimiento al régimen de riesgos laborales; como hermanos del trabajador fallecido se encuentran afectados por su muerte, pues tenían trato continuo desde niños y era común entre ellos el trato social en celebraciones, mantenían comunicación por medios electrónicos, por lo que su pérdida prematura ha sido una tragedia para la familia, el demandado no ha acreditado cumplir con los requisitos de Ingeominas, no realizó capacitaciones al trabajador al ingreso ni periódicamente, tampoco le entregó elementos de protección personal, por lo tanto, faltó al cuidado mínimo de tener un estudio geológico sobre el terreno explotado, tampoco cumple con los requisitos de seguridad y salud en el trabajo pues no implementó el sistema correspondiente regulado por el decreto 1443 de 2014.

La demanda fue presentada el 5 de julio de 2018. El Juzgado de conocimiento mediante auto del 3 de agosto de 2018 la admitió y ordenó notificar al demandado.

Como quiera que no se logró la notificación en los términos de los artículos 291 y 292 del CGP, se ordenó emplazar al demandado y designarle curador en los términos del artículo 29 del CPTSS (fl. 67).

Notificado el curador, presentó contestación a la demanda, no admitió ninguno de los hechos y se opuso a las pretensiones con fundamento en la inexistencia del contrato de trabajo, y tampoco existe la culpa y la responsabilidad objetiva del demandado, tampoco se demuestran los perjuicios sufridos por los accionantes. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, prescripción e insuficiencia de poder (fls. 73 – 87).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, mediante sentencia del 25 de enero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. (Audio y archivo 13 ACTA SENTENCIA ART. 80 CPTSS.pdf).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la sentencia de primera instancia el apoderado de los demandantes presentó recurso de apelación, el cual sustentó afirmando:

“en esta oportunidad procesal para los presentes efectos presento el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho, donde lo resumo en los siguientes puntos: en cuanto al contrato de trabajo, a través del camino probatorio demostrado y a través de los medios probatorios aportados, que existió un vínculo de índole laboral entre el demandado y el señor José Manuel Araque García, al igual que el informe aportado por el funcionario de la fiscalía, seccional primera de investigación de Ubaté, donde indica que el demandado Elías Velasco López, quien fungía como empleador, ya que los hechos redactados en la demanda se desarrolla en la mina de este, de igual forma se acreditó, que el hermano de los demandantes se encontraba el día de su muerte realizando actividades laborales en las minas o en la mina de Tachica de la vereda de Pueblo Viejo en Cucunuba. Es desatinado indicar que los demandantes debían saber con precisión el salario y la actividad que realizaba el señor José Manuel, ya que los demandados no trabajaban, ni en el mismo lugar, ni tampoco prestaban sus servicios laborales del demandado. De la misma forma, se puede indicar que estos no sabían de esta información, no tenían como concluir de manera intrínseca que efectivamente haya existido tales conceptos. En este mismo y orden de ideas, el informe pericial mencionado, el cual hace alusión a los compañeros de trabajo de José Manuel que en paz descansen, ya que estos fueron quienes aportaron la información del deceso del trabajador, ahora cabe mencionar que la muerte de José Manuel no se dio por causas naturales con forme al espíritu de ampliación del informe preliminar aportado por la autoridad competente, quien acredita que el deceso se dio por sofocación, de agente 5 o por inhalación de sustancias tóxicas, dióxido de carbono asociado por el bajo nivel de oxígeno que había en el socavón de la mina de carbón, situación a la que constantemente deben estar expuestos los trabajadores de este sector, cuando no se tiene la implementación de seguridad en el trabajo o de salud ocupacional que la misma ley obliga a los empleadores, en la misma dirección no existe prueba alguna dentro del plenario que conduzca a la pericia del empleador, en la disminución del riesgo a la actividad minera a favor de sus trabajadores. Hago alusión a los interrogatorios de parte, se puede observar que indicaron la existencia de un contrato laboral frente al demandado y el señor Juan Manuel, tan así que en contra del demandado quien de oficio la fiscalía, según los documentos aportados por ellos, inician una investigación por la muerte del hermano fallecido de los demandantes, que allí concurre la compañera permanente del occiso, incluso en la audiencia de conciliación, ante esta autoridad el demandado acepta la vinculación el señor Juan Manuel Araque García. En cuanto a la afectación emocional de los hermanos para Araque García es indudable, que debido al grado de consanguinidad que los unía y la cercanía que través de los interrogatorios de parte se pudieron demostrar la entrañable y cercanía que tenía con el señor Juan Manuel, la frecuencia con que se encontraban, especialmente las fechas especiales para la familia Araque impactó, no es posible pensar que los demandantes para demostrar la afectación emocional, impacto psicológico deba encontrarse en un lugar especial para personas afectadas de salud mental o que tengan que tener una medicación psiquiátrica, la afectación se evidencia en el vacío, en la profunda tristeza que deja el señor

Manuel en los hermanos Araque cuando tienen sus reuniones o las reuniones mencionadas en las fechas de cada año. Es así como su señoría sustentó mi recurso y solicito, que se modifique en todos sus apartes la decisión de primera instancia y de manera contraria se tengan en cuenta las pretensiones, los hechos y efectivamente se condene a la parte demandante...”

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido para alegar en segunda instancia, las partes no presentaron escritos de alegatos.

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación la controversia en esta instancia resulta en determinar si entre JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCÍA y ELIAS VELAZCO LÓPEZ existió contrato de trabajo entre el 1 de enero de 2000 y el 18 de febrero de 2017, y en caso afirmativo establecer si la muerte del primero ocurrió por culpa del empleador, en los términos del artículo 216 del CST.

Para resolver lo correspondiente, debe tenerse en cuenta que el artículo 23 del CST, consagra los elementos esenciales del mismo, tales como la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario; respecto a la subordinación y dependencia, se debe advertir que el artículo 24 del CST, consagra la presunción consistente en que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, se debe tener en cuenta el artículo 53 de la CP, que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo,

según el cual el juez debe darle primacía a lo que se deduzca de la manera como materialmente se desarrolló la prestación de servicios sobre los documentos que suscribieron.

Con la demanda se allegaron los siguientes documentos: (i) INFORME EJECUTIVO - FPJ-3- de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se registró la muerte de JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCÍA ocurrida el 18 de febrero de 2017 en la mina BETACHICA ubicada en la vereda Pueblo Viejo del municipio de Cucunubá (fls. 9-11); (ii) INSPECCIÓN TÉCNICA A CADAVER -FPJ-10- de la Fiscalía General en la que se dejó constancia de la forma como se encontró el cuerpo sin vida de JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA y el traslado a la morgue del Hospital El Salvador de Ubaté (fls. 12–17); (iii) INFORME PERICIAL DE NECROPSIA expedida por la ESE CENTRO DE SALUD DE CUCUNUBÁ en el cual se expone en el resumen de hechos que se encontraba realizando labores de minería remuneradas dentro del socavón y fue encontrado sin vida y se indica que la manera de la causa de muerte quedará en estudio (fls. 18 - 23); (iv) Respuesta emitida por la Fiscalía General de la Nación a María Esther Araque García en la que informa el estado de la investigación por la muerte de José Manuel Araque García y se hace relación al Informe pericial de toxicología forense No. DRB-LTOF-0002992-2017 del 22 de mayo de 2017 en el que se encontró como resultado de examen de sangre concentración de carboxihemoglobina entre el 5 % y 10% de saturación y que se considera tóxica cuando la saturación se encuentra entre el 10% y el 50% y letal cuando es mayor al 50% de saturación (fls. 26 – 28), y (v) CONSTANCIA DE ACUERDO NO CONCILIATORIO ante la Fiscalía General de la Nación del 17 de abril de 2017, se advierte en este documento que los hermanos del fallecido y la compañera permanente aparecen como denunciantes y como denunciado ELIAS VELAZCO LÓPEZ en calidad de propietario de la mina Betachica ubicada en la vereda Pueblo Viejo. La diligencia se realizó con el fin de obtener reparación simbólica y económica del denunciado por considerar que es el responsable como empleador, ante la solicitud el convocado manifestó: *“Respecto de la pretensión económica realizada por los hermanos del señor JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA no hago ningún ofrecimiento económico ya que yo estaba cumpliendo con toda la normatividad y todo lo que exige INGEOMINAS y demás autoridades competentes y además tengo en regla todo lo de salud ocupacional y demás.”* (fls. 38 – 42).

Los demandantes absolvieron interrogatorios de parte, quienes en sus declaraciones manifestaron que JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCÍA trabajaba en una mina, se les indagó sobre el nombre del empleador o del propietario de la mina, respondiendo que fue ELIAS VELAZCO, sin embargo no ofrecieron detalles del vínculo que existió entre su hermano fallecido y esta persona; en las declaraciones no se obtuvo confesión en los términos del artículo 191 del CGP, por lo que lo narrado se tomará como declaración de parte y será valorada de acuerdo con las reglas generales de la apreciación de los medios de prueba. No sobra reiterar que conforme al numeral segundo de la norma citada el dicho de la parte solo tiene la connotación de confesión en cuanto afirme hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o favorezcan a la parte contraria, motivo por el cual afirmado por los demandantes en cuanto los favorece no tiene el carácter de confesión.

Se recibió el testimonio de JULY ANDREA CRUZ ARAQUE quien fue llamada como testigo por la demandante. Afirmó que es sobrina de los demandantes y del fallecido JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCÍA. Al preguntársele quién fue el empleador de su tío contestó: *“se llama don Elías algo así, pues he escuchado, pues personalmente no lo conozco...”*. Por su parte LEIDY JOHANA CRUZ ARAQUE indicó sobre la vinculación del fallecido que el deceso ocurrió en una mina, que el responsable de la mina era ELIAS VELAZCO, que ella no fue a la mina, sobre el cargo que desempeñaba indicó: *“en específico no, sé que trabajaba en la mina si, pero no en específico el cargo, pues minero, minero, cargo en específico, pues supongo que era minero, porque trabajaba en la mina...”*. SINDI LORENA TÓPAGA ARAQUE relató que José Manuel trabajaba en la vereda Pueblo Viejo en el municipio de Cucunubá, sobre el oficio desarrollado por él, afirmó: *“no sé, sé que era trabajador de la mina, la verdad con exactitud lo que él realizaba no, sé que es minero, era minero.”*; agregó que el empleador se llama Elías pero no recuerda el apellido. MILENA TORRES ARAQUE manifestó que se enteró después de la muerte del José Manuel que el patrón fue Elías y que no conoció el sitio donde laboró el fallecido.

Como puede observarse, los testigos quienes fueron sobrinos de JOSÉ MANUEL ARAQUE, en las declaraciones no ofrecieron certeza sobre la prestación del servicio

de éste a ELIAS VELAZCO LOPEZ, solamente se limitaron a indicar su nombre cuando se les preguntó quién era el responsable de la mina o del empleador, pero no fueron testigos presenciales de las labores desarrolladas en la mina y se enteraron por comentarios realizados por los hermanos de José Manuel luego de ocurrido el fallecimiento.

Con auto del 28 de abril de 2021 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del CPTSS, la Sala ordenó oficiar a COLPENSIONES con el fin de que informara si JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA había estado afiliado en ese fondo y en respuesta al requerimiento la entidad remitió la historia laboral en la cual figuran cotizaciones realizadas por ELIAS VELAZCO LOPEZ durante los períodos del 1 de enero al 31 de marzo de 2013, del 1 al 31 de julio de 2014 y del 1º de julio de 2015 a 28 de febrero de 2017.

De los medios de prueba antes mencionados, analizados en conjunto atendiendo la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Art. 61 del CPTSS), no es posible concluir la existencia del contrato de trabajo en los términos señalados en la demanda, en la que se indicó que JOSÉ MANUEL ARAQUE laboró para el accionado desde el 1º de enero de 2000 hasta el 18 de febrero de 2017; sin embargo con la respuesta de COLPENSIONES se logró establecer que estuvo vinculado con el demandado por lo menos durante los tiempos de cotización que aparecen registrados en la historia laboral, es decir del 1 de enero al 31 de marzo de 2013, del 1 al 31 de julio de 2014 y del 1º de julio de 2015 a 18 de febrero de 2017 y que para la fecha de su fallecimiento el vínculo se encontraba vigente. Si bien los documentos allegados con la demanda no evidencian de manera clara la prestación del servicio de JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA a ELIAS VELAZCO LÓPEZ, debe tenerse en cuenta que los testigos e incluso los demandantes relatan en las declaraciones que trabajaba en la mina de propiedad del demandado, de igual manera, tanto en el informe de necropsia emitido por el Instituto de Medicina Legal y en la diligencia llevada a cabo ante la Fiscalía General de la Nación se hace alusión a que el fallecido se encontraba realizando labores de minería remuneradas en la mina de propiedad del accionado. Al respecto debe

recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la afiliación al sistema de seguridad social es un indicio de la existencia de relación laboral, lo que apareja la necesidad de que su eficacia probatoria se complemente con otros medios de prueba que lleven el convencimiento al juez laboral sobre la existencia de un contrato de trabajo (CSJ SL, 6 de marzo de 2003, radicación 19248).

Así las cosas, se tendrá que JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA, estuvo vinculado laboralmente en tres oportunidades con el accionado, la primera desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2013, la segunda del 1 al 31 de julio de 2014 y la última del 1º de julio de 2015 hasta el 18 de febrero de 2017, fecha de su fallecimiento que ocurrió en la mina de propiedad de ELIAS VELAZCO LOPEZ. Como en primera instancia se declaró la inexistencia de la relación laboral, se revocará en este punto.

Establecido lo anterior, debe analizar la Sala si el fallecimiento fue consecuencia de un accidente de trabajo y si este sucedió por culpa suficientemente comprobada del demandante.

Sobre el primer cuestionamiento, debe recordarse que conforme el artículo 3 de la Ley 1562 de 11 de julio de 2012 *"Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional"*, accidente de trabajo es *"...todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo..."*.

En el presente caso, no hay duda de que se trató de accidente de trabajo pues de acuerdo con el INFORME PERICIAL DE NECROPSIA MEDICO LEGAL No 2017010125843000006 en el resumen de hechos se indicó: *"Según acta de inspección técnica a cadáver se encuentra cuerpo de occiso JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA el día 18/02/2017 en vereda PUEBLO VIEJO mina BETACHICA (EL CUCHARO), en el municipio de CUCUNUBA.*

Compañeros de trabajo refieren que se encontraba realizando labores de minería remunerados dentro del socavón y es encontrado sin vida, realizan extracción. El grupo de turno de la unidad básica de investigación criminal de Ubaté realizan inspección técnica al lugar de los hechos y a cadáver. Realizan embalaje y rotulación de cadáver para ser trasladado a morgue de Hospital El Salvador de Ubaté para realización de la respectiva necropsia médico legal y análisis toxicológico”. (fl. 18).

Ahora, corresponde determinar si dicho siniestro es imputable a culpa patronal, conforme al artículo 216 del CST, que prevé: *“...Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria de 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...”*; que se configura, entre otros supuestos, cuando hay incumplimiento de las normas de seguridad industrial o salud ocupacional, siendo la causa que origina el siniestro, sin que se pierda de vista que la noción de culpa tiene que ver con la falta de *“...aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios...”*, como lo asentó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sent. del 10 de abril de 1975), en el cual retomó, sin duda, la definición consagrada en el artículo 63 del Código Civil, que se refiere a diversas clases de culpa como la grave y la leve, siendo del caso precisar desde ahora que como el artículo 216 del CST no hace ninguna calificación sobre el grado de culpa, se refiere a todas, incluso a la denominada culpa o descuido leve que se define como *“...aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes...”*.

De igual manera hay que tener en cuenta que la responsabilidad en estos casos es esencialmente de orden contractual, por cuanto son obligaciones especiales del patrono *“...Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores”*; *“Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud...”*, como lo establece el artículo 57 del CST, del mismo modo, no hay que dejar de lado que una de las acepciones de la culpa tiene que ver con aquellas conductas en las que el agente no prevé el daño que

puede causar un acto suyo, pero que hubiera podido preverlo dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, en el que la culpa se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como ejemplo.

Por consiguiente, para que surja la obligación de indemnización plena de perjuicios hay que demostrar por parte de quien la alega, la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono o sus representantes, o el deber general de prudencia, que emana del vínculo laboral; así como la plena incidencia que tuvo la omisión en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, por cuanto corresponde atender 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, pues al empleador le corresponde probar que está exento de responsabilidad debido a que tanto él como sus representantes obraron con el cuidado y la diligencia que les corresponde.

Así, uno de los elementos decisivos en este tipo de responsabilidad es la existencia de un nexo causal entre el daño y la omisión del empleador, que es tanto como decir que esta tuvo una incidencia directa y necesaria en la ocurrencia del accidente; como lo ha adoctrinado la jurisprudencia legal al señalar *“...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...”* (Sentencia SL 2799-2014, reiterada en la SL13653 de 2015, radicado 49681 MP Rigoberto Echeverri Bueno); providencia en la que igualmente se manifestó:

“(...) Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...» (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.)

En torno a lo anterior, en la sentencia CSJ SL17216- 2014 la Corte insistió en que «...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.»

En igual dirección, en la sentencia CSJ SL4350-2015, la Sala precisó:

La censura se duele de que, según su decir, el ad quem no aplicó el artículo 1604 del CC que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, esto es a la empresa; reproche jurídico que no se aviene a la situación del sublite, puesto que, para beneficiarse el trabajador de los efectos de esta norma del Código Civil, primero él debe probar el incumplimiento de parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, en cuyo evento le traslada a aquel la carga de probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales como el presente

Al decir el recurrente que acepta las conclusiones fácticas a las que arribó el ad quem, pareciera que la censura fundamenta la supuesta aplicación indebida, por la vía directa, del artículo 216 del CST que le atribuye al ad quem en que, si bien comparte que esta disposición exige «la culpa suficientemente comprobada» cuando se persiga obtener la indemnización plena de perjuicios, lo admite en el entendido de que la empresa siempre tiene a su cargo la prueba de que actuó con la debida diligencia y cuidado, so pena de resultar condenada a la indemnización plena de perjuicios.

Se equivoca el impugnante en su argumento, por cuanto la jurisprudencia tiene asentado, de vieja data, que al exigir el artículo 216 del CST la culpa suficientemente comprobada, le corresponde al trabajador demostrar el incumplimiento de una de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, lo cual, según el ad quem, no ocurrió y, para ello, se ha de precisar esta vez que no basta 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. (Resalta la Sala)”.

Revisados los medios de prueba relacionados con el fallecimiento del trabajador, esto es, el informe de levantamiento de cadáver, informe de necropsia y la respuesta emitida por la Fiscalía General de la Nación a la demandante MARIA ESTHER ARAQUE GARCIA, no es posible establecer que la muerte de JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCÍA ocurriera por culpa del accionado, pues en el informe de necropsia la causa y la manera de la muerte quedó en estudio y en el informe que la fiscalía emitió se observa que se hace referencia al hallazgo en muestra de sangre de “carboxihemoglobina en una concentración entre el 5% y el 10% de saturación”; sin embargo el documento únicamente se refiere de manera parcial al Informe Pericial de Toxicología Forense No. DRB-LTOF-0002992 de fecha 22 de mayo de 2017. De otra parte, se observa que en el documento emitido por la Fiscalía se

plasmó que la sustancia hallada es tóxica cuando la concentración se encuentra entre el 10% y 50% y letal cuando es mayor a 50%.

Ahora bien, mediante auto del 18 de mayo del año en curso esta Sala ordenó oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que remitiera todas las actuaciones adelantadas en la investigación penal adelantadas por presuntos hechos constitutivos del delito de homicidio culposo por el fallecimiento de JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA. La entidad oficiada mediante comunicación remitida el 25 de junio de esta anualidad remitió copia del proceso 258436109163201780017 que cursa en la Fiscalía Primera Seccional de Indagación e Investigación de la Unidad de Fiscalías de Ubaté (archivo 14RespuestaFiscalía.pdf), en el cual reposa copia del informe pericial No. DRB-LTOF-0002992-2017, sobre análisis toxicológico, en el que se anotó como conclusión: *“En la muestra de sangre analizada se encontró carboxihemoglobina en una concentración entre 5% y 10% de saturación. Nota: Concentración Tóxica 10-50% de Saturación de carboxihemoglobina. Nota: Concentración Letal Mayor de 50% Saturación carboxihemoglobina”*. Se encuentra además, el dictamen de fecha 8 de noviembre de 2017 emitido por la ARL POSITIVA con ocasión del fallecimiento de JOSÉ MANUEL ARAQUE GARCIA, en la que se relaciona la investigación del accidente realizada por la empresa y en la cual se dejó constancia que se hizo medición de detección de gases de marca industrial en la mina en la que ocurrió el accidente, concluyendo que en la bocamina se detectó el 21% de oxígeno y cero en los demás gases; en el inclinado de primer nivel 20.8 de oxígeno y 0.2 de metano, en el inclinado de segundo nivel 20.7 en oxígeno y 0.3 de metano; en el frente de la explotación a 110 metros se encontró 20.8 de oxígeno y sobre el sitio donde fue encontrado el trabajador a 60 metros del inclinado sobre el nivel sur y a unos 6 metros del tambor la atmósfera registró: *“oxígeno 20.7 y metano 0.3 no se registra presencia de otros gases, la temperatura promedio del nivel 2 sur es de 12 grados el sistemas (sic) de ventilación es mecanizado genera un promedio de 3m de aire por persona.”* Y en las conclusiones se indicó: *“En primera instancia para la fecha de la inspección y realización de la investigación del accidente, las condiciones de la atmósfera dentro de la mina, no generó trazas de gases que pudieran contribuir a una deficiencia respiratoria ya que el oxígeno dentro de la mina está por encima de 20.7% la presencia de gas metano aunque es asfixiante la concentración no fue superior al 0.3% valor que se encuentra dentro del límite permisible por la TWA, la dilución de gases está asociada a la presencia del mecanismo de ventilación que lleva aire hasta el frente de*

explotación con suficiente corriente y velocidad para garantizar un caudal de 6 m por persona en el frente. HIPOTESIS 1. Presuntamente el trabajador venía con una enfermedad asociada al sistema cardiaco lo cual le produjo un infarto. HIPOTESIS 2. Probablemente el trabajador presenta un infarto ocasionado por un sobre esfuerzo físico al tomar una posición ergonómica exigente dado su edad y condición de salud. HIPOTESIS 3. Probablemente al trabajador implicado presentó un paro cardiaco generado por la exposición ergonómica y esfuerzo físico durante el trayecto de ingreso a la mina por el inclinado el trazado de más de 110 m caminando agachado que pudieron comprimir el tórax generando una alta demanda de consumo de oxígeno y a su vez de su capacidad cardiaca que desencadenó en un infarto.”

Dentro de la documental remitida también reposa el INFORME PERICIAL DE AMPLIACION Y/O COMPLEMENTO DE NECROPSIA No. 2017010125843000006- 1 de fecha 13 de marzo de 2018, en el cual se indicó como conclusión: *“Teniendo en cuenta la información recibida a la fecha, incluido el informe pericial de necropsia, se puede establecer que los hallazgos son compatibles con una causa de muerte de tipo sofocación por agente químico. La muerte se explica por la instauración de un fenómeno hipóxico – anóxico secundario a un proceso asfítico por inhalación de sustancias tóxicas.”* Se observa que en este informe no se indicó cuáles sustancias tóxicas inhaló el trabajador fallecido.

Analizada la documental relacionada, concluye la Sala que si bien en el informe de ampliación de necropsia se indicó que los hallazgos son compatibles con una causa de muerte de tipo sofocación por agente químico, no existe evidencia de que la carboxihemoglobina encontrada en la sangre del fallecido hubiere ingresado en su cuerpo el día del accidente o con anterioridad, tampoco que demostró que dentro de la mina hubiera presencia de monóxido de carbono, máxime si se advierte que en la investigación realizada por la empresa con ocasión del accidente de trabajo, solo se encontró presencia de gas metano pero no superior al 0.3% y se encontraba dentro del límite permisible, además el oxígeno se encontraba en un nivel de 20.7%, además que la dilución de gases está asociada al mecanismo de ventilación que lleva aire hasta el frente de explotación con suficiente corriente y velocidad para garantizar un caudal de 6 metros por persona.

Finalmente, no se demostró que el demandado incumpliera la obligación de

procurar por la protección contra accidentes y enfermedades laborales, pues ninguna evidencia se encontró de que no tuviera sistema de salud ocupacional en el sitio de trabajo, plan de prevención de accidentes de trabajo, incumpliera el régimen de riesgos laborales, que no cumpliera con los requisitos de Ingeominas, que no entregara elementos de protección personal al trabajador fallecido y que no cumplía con los requisitos de seguridad y salud en el trabajo como se afirma en la demanda, siendo necesario que se estableciera de manera concreta cual omisión fue la que generó el accidente para imputarle responsabilidad al empleador, pues no se trata de la responsabilidad objetiva establecida por la simple ocurrencia del accidente, sino la responsabilidad subjetiva donde debe estar demostrada plenamente la omisión en que incurrió el empleador y el nexo de causalidad del mismo con la ocurrencia del siniestro; pues se repite, no se estableció de manera clara y fehaciente las circunstancias en que ocurrió el accidente.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que del examen de los medios de prueba allegados al proceso, no aparece demostrados los supuestos facticos previstos en el artículo 216 del CST, para imputarle al empleador responsabilidad; no es posible elevar condena alguna.

Agotados los temas de apelación, se revocará parcialmente la decisión apelada. Por haber prosperado el recurso de apelación de manera parcial no se proferirá condena en costas en la segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, el día 25 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario

promovido por ZORAIDA ARAQUE GARCIA, MYRIAM ARAQUE GARCIA, EPIFANIO ARAQUE GARCIA, JOSE ALIRIO ARAQUE GARCIA, MARY ARAQUE GARCIA, MARIA ESTHER ARAQUE GARCIA e ISABELINA ARAQUE GARCÍA contra ELIAS VELAZCO LÓPEZ, para en su lugar DECLARAR que entre JOSE MANUEL ARAQUE GARCIA y ELIAS VELAZCO LÓPEZ existieron tres relaciones laborales del 1º de enero al 31 de marzo de 2013, del 1 al 31 de julio de 2014 y del 1º de julio de 2015 al 18 de febrero de 2017, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

2. CONFIRMAR la sentencia apelada en sus demás partes.
3. SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA