



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05308-31-03-001-2021-00264-00
Demandante:	César De Jesús Castrillón Rodríguez, Amanda del Socorro Madrid Foronda y Sandra Milena, Carlos Mario, Jhon Alexander y Julio César Castrillón Madrid
Demandado:	Colcerámica S.A.S
Asunto:	Apelación Sentencia
Procedencia:	Juzgado Civil con Conocimiento en Procesos Laborales del Circuito de Girardota
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Culpa Patronal, enfermedad profesional

Medellín, mayo tres (03) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO con ausencia justificada y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Civil con Conocimiento en Procesos Laborales del Circuito de Girardota, el 28 de septiembre de 2022, en el proceso ordinario laboral de doble instancia instaurado por CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN

RODRÍGUEZ, AMANDA DEL SOCORRO MADRID FORONDA, SANDRA MILENA, CARLOS MARIO, JHON ALEXANDER y JULIO CÉSAR CASTRILLON MADRID, en contra de COLCERAMICA S.A.S. Radicado 05308-31-03-001-2021-00264-01

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

Los señores CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, AMANDA DEL SOCORRO MADRID FORONDA, SANDRA MILENA, CARLOS MARIO, JHON ALEXANDER y JULIO CÉSAR CASTRILLON MADRID, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad COLCERAMICA S.A.S., pretendiendo de declare que la enfermedad laboral sufrida por el señor CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, se dio por causas atribuibles de la sociedad demandada, al no asumir todas las medidas de protección necesarias con las cuales se hubiera podido prevenir, evitar o mitigar la ocurrencia de la misma; se declare que el empleador debe pagar en favor del señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, su cónyuge e hijos, la indemnización plena de perjuicios, establecida en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo; en consecuencia se condene a la demandada a pagarle al señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, los perjuicios materiales, en lo correspondiente al lucro cesante, consolidado y futuro por la enfermedad laboral estructurada el 18 de octubre de 2018, en cuantía de \$165.801.273, los perjuicios morales para el trabajador y sus cónyuge en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales y para sus hijos en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales, con la respectiva indexación de las condenas.

Los supuestos fácticos que fundamentan la acción, lo son, en resumen, que el señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, inició labores como empleado de COLCERÁMICA S.A.S el 2 de octubre de 1978 en el

municipio de Girardota., para la fecha en que inicio la enfermedad laboral se estaba desempeñando en el cargo de OPERARIO RECUPERACIÓN DE PIEZAS (2012-2016), cuya función es clasificación de piezas en las estibas para su debido proceso de recuperación, resane de las piezas, requema y el fotocurado, con un aproximado de 120 piezas diarias, que en el año 2004 tuvo una cirugía artroscopia de hombro, posteriormente, requirió una cirugía con prótesis total de hombro derecho realizada el 24 de mayo de 2016, que tiene limitación para la movilidad de hombro derecho, pérdida de fuerza del MSD, no puede cargar más de 5 Kg con dicho brazo, dificultad para la higiene personal y además tiene silicosis

Expone que la ARL COLMENA calificó el 6 de agosto de 2019 la pérdida de capacidad laboral del señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ en 18.75% por la patología de síndrome del manguito rotador derecho, enfermedad de origen laboral; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia el día 17 de enero de 2020, determinó una pérdida de capacidad laboral del 22.76%, de origen laboral, con fecha de estructuración del 18 de octubre de 2018; que COLCERÁMICA S.A.S. efectuó el estudio de puesto de trabajo por primera vez el 27 de julio de 2016 y la investigación de la enfermedad laboral del señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLON RODRIGUEZ el 4 de septiembre de 2018.

Resalta que conforme al citado estudio se estableció que COLCERÁMICA S.A.S. , no tuvo medidas de control sobre los factores de riesgo biomecánico o físico respecto a la manipulación manual de cargas, movimientos repetitivos, posturas forzadas (dinámicas o estáticas), presión por contacto e impactos repetidos, vibraciones mecánicas para su trabajador; que no realizó la evaluación sobre las condiciones de manipulación, como las características de la carga, la exigencia de la actividad (ritmo, duración, movimientos y posturas forzadas, alturas de manipulación, características del lugar del trabajo y características individuales del trabajador; no realizó el monitoreo del área de trabajo, respecto al puesto, movimientos repetitivos, ausencia de rotación de

tareas, repetición que para el señor Rodríguez, fue durante 13 años; no dispuso capacitaciones, ni entrenamiento para la manipulación de cargas; no implementó las medidas de ingeniería para asegurar las condiciones ergonómicas para la prevención y la manipulación manual de cargas y descargas, no impartió instrucciones acerca del peligro que implicaba realizar carga física y manipulación de carga; no generó mecanismos de control para la actividad desempeñada, no le entregó al trabajador los elementos de protección personal; no atendió el instructivo de manipulación de carga establecido en el Decreto 487 de 1997, la Ley 31 de 1995, sobre la Prevención de riesgos laborales y la Guía Técnica INSHT para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas.

Finalmente, se narra que el núcleo familiar del señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, está compuesto por su cónyuge, Amanda del Socorro Madrid Foronda y sus hijos Sandra Milena, Calos Mario, Jhon Alexander y Julio César Castrillón Madrid mayores de edad, quienes dependen de aquel, y además han sufrido dolor, angustia y tristeza a raíz de la enfermedad laboral sufrida por demandante.

1.2.- CONTESTACIÓN

Una vez cumplida la diligencia de notificación, dentro de la oportunidad procesal la accionada dio contestación al libelo inaugural, para oponerse a las pretensiones y en su defensa argumenta que no incurrió en culpa frente a la enfermedad laboral que pretende el trabajador, puesto que siempre obró con diligencia y cuidado en los deberes de seguridad y protección y que el hecho que el trabajador tenga una “enfermedad laboral” no significa una responsabilidad subjetiva del empleador.

Agregó que el actor en su larga carrera como empleado de la sociedad ha desempeñado diferentes oficios, entre ellos algunos de los mencionados en la demanda y otros diferentes, que desde el año 2002 fue reubicado en el oficio

de digitador y posteriormente como procesador de información. Itera que la sociedad demandada cumplió estrictamente con las recomendaciones y tratamientos que le fueron indicados por la EPS, la ARL y el área de seguridad y salud en el trabajo, es exigente en el cumplimiento de los más altos estándares en esa materia, tan es así que ha obtenido las certificaciones OHSAS 18001, ISO 45001 y BUREAU VERITAS OHSAS 18001; que ha cumplido con el Sistema de Gestión y Seguridad en el Trabajo, lo cual fue certificado por la ARL COLMENA, igualmente ha cumplido con las capacitaciones para la prevención de riesgos laborales y ha suministrado los elementos de protección personal, en suma, ha actuado con diligencia y cuidado.

Enfatiza que desde el año 2002, es decir más de 18 años antes de la demanda, el actor ya había sido reubicado en el cargo de procesador de la información, en el cual no estaba expuesto a cargas ni actividades que le implicaran exposición al riesgo de afectación del “manguito rotador o sus miembros”.

Finalmente, aduce que los pretendidos perjuicios no se han causado y menos en la forma como se cuantifican, pues se persiguen perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, que no son procedentes, toda vez que los ingresos no han sufrido disminución alguna y además recibió una millonaria suma de dinero que tiene como finalidad, entre otras cubrir cualquier eventual perjuicio que se le hubiese causado a la parte actora, ningún perjuicio moral ni a la vida en relación se le ha ocasionado al actor

En procura de enervar las pretensiones formula las excepciones de prescripción; compensación, inexistencia de perjuicios; culpa exclusiva de la víctima; buena fe e inexistencia de culpa de la demandada.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Civil con Conocimiento en Proceso Laboral del Circuito de Girardota, mediante fallo proferido el 28 de septiembre de 2022, declaró que la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CERÁMICA S.A.S., COLCERAMICA S.A.S., incurrió en culpa en la ocurrencia de la enfermedad laboral de síndrome de manguito rotatorio, sufrido por el señor CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ; condenó a la accionada a pagar a este último la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales y a pagar a la señora Amanda del Socorro Madrid Foronda como compañera permanente del señor César de Jesús Castrillón Rodríguez, la suma de 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales, asimismo condenó a pagar a Sandra Milena, Carlos Mario, Jhon Alexander y Julio César Castrillón Madrid, la suma de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales para cada uno de ellos; absolvió de las demás pretensiones; declaró no prosperas las excepciones propuestas por la parte demandada y condenó en costas a la misma.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

El extremo pasivo de la relación procesal interpone el recurso de apelación, apartándose de la decisión en cuanto a la declaratoria de la existencia de culpa suficientemente probada del empleador en la configuración de la enfermedad profesional, la no prosperidad de las excepciones de prescripción y compensación y por último, en cuanto a la prueba de la causación de los perjuicios morales.

Respecto al primer tópico expone que es inexacta la apreciación de los estudios del puesto de trabajo y el informe de investigación de la enfermedad laboral, dado que no se tiene en cuenta la historia ocupacional del demandante, que la a quo concluye que la enfermedad presentó sus primeros síntomas en el año 1994, sin existir prueba idónea que demuestre esa situación, pues la reubicación que se cumplió en el año 1992, se dio por

afecciones respiratorias y lumbago, no existe prueba documental de la existencia, para esa fecha, de una afectación en el hombro, asegura que existe confusión en el fallo en cuanto a los cargos y funciones desempeñadas, indicando que el demandante fue reubicado en el cargo de estibador donde aunque había manipulación y levantamiento de cargas, no había una restricción puntual para realizar esas funciones, cargo que ocupó hasta el 2004 cuando tiene la cirugía en el hombro, cambiándosele el cargo al de oficios varios, donde tenía cargas muy livianas, como lo confesó el propio demandante, que en el 2005 lo reubicaron en recepción de órdenes, donde no cargaba peso y utilizaba un lector de código de barras, aduce que la empresa realizó seguimientos y estudios anuales, que el 10 de marzo de 2014 fue reubicado por lumbalgia en el cargo de resanador o recuperador de piezas, siendo las recomendaciones emitidas evitar movimientos repetitivos, levantar o empujar cargas superiores a 25 kilos, asegurando que el demandante no cargaba pesos de más de 25 kilos, aduce que para el 2014 sí se tomaron las medidas de control, de acuerdo a las condiciones, siendo la médica fisiatra quien estipula la limitación de peso y en ese cargo no levantaba peso y además le colocaron un ayudante.

Expone que en el informe de accidente de trabajo se indica que la pieza que levantó el demandante, con la ayuda de un compañero, pesaba entre 20 y 22 kilos, además, que no es cierto que las reubicaciones no fueron adecuadas, pues se actuó con diligencia y cuidado, se hicieron más de ocho reubicaciones que estaban mejorando la condición de salud del demandante.

Resalta que el examen de aptitud del 30 de abril de 2009, dice que el trabajador puede trabajar sin limitación funcional en el hombro, en la recepción de entrada de mercancía, la única restricción que hace referencia a 7.5 kilos, folio 131, es del 26 de febrero de 2016, las restricciones nunca fueron inferiores a 25 kilos, se cumplió con el deber de reubicarlo, hubo un manejo administrativo para disminuir la exposición al riesgo, se hacían

seguimientos desde el 2002 y solo a partir del 2004 se habla de temas de hombro.

Expone que en los informes de 2016, se evalúa que los cargos de clasificador y estibador y el de recepción de órdenes de entrada, eran multitareas, esto es, no siempre realizaba la misma actividad dentro de su oficio, había periodos de rehabilitación extramuscular no había una exposición continua, si bien se exponen los riesgos no quiere decir que no se tomaron medidas, había pausas activas y el mismo testigo Simón Botero, indicó que él hacía pausas activas, no se entiende porque afirma que el demandante no las hacía y asegura que la historia de salud ocupacional da cuenta que las medidas si fueron suficientes,

Continúa afirmando que en el fallo se dice el informe del accidente de trabajo es la prueba del nexo de causalidad, desconociendo el informe del puesto de trabajo y que según el acta de reubicación para esa época podía manipular piezas hasta 25 kilos y el día del accidente le pusieron un ayudante, no está sufriendo una sobrecarga en su hombro, fue el demandado quien toma la decisión de evitar que se cayera la pieza.

Asevera que para el 2016 se había calificado la patología de manguito rotador derecho, pero no se sabe si en el 2016 había ruptura, que en el sistema de vigilancia epidemiológica, riesgo biomecánico, se hacían exámenes periódicos, estudios de puesto de trabajo, como se hizo el 26 de febrero y 10 de octubre de 2016, con otros estudios en el 2012, y el demandante estaba en un riesgo medio alto, se mejoraron las condiciones de trabajo, tenía los elementos de protección requeridos para la tarea y recibió capacitación de los factores de riesgo para la enfermedad, afirma que no es cierto que no hubiera realizado rotaciones y que el demandante solamente hiciera la misma actividad por 12 años, pues el demandante tenía multitareas, es cierto que estuvo en actividades dentro de la fase de producción pero no siempre fueron las mismas funciones. Relieva que en el cargo de estibador no se le exigía metas.

Agrega que la prueba de la diligencia no es solemne, que la historia ocupacional y los testigos, demuestran que la enfermera les decía que actividades podía hacer o no y el informe de la ARL acredita que en los años 2016 al 2019, la empresa había tomado muchas medidas para que los trabajadores pasaran de riesgo medio a riesgo bajo. Concluyendo que no se configura la responsabilidad subjetiva del artículo 216 del C.S.T.

En cuanto a la excepción de prescripción explica que las secuelas se consolidaron para la fecha de estructuración, 18 de octubre de 2018 y la demanda se presentó en noviembre de 2021, sin que se pueda tener en cuenta el derecho de petición presentado por el trabajador como interrupción porque solo se pedía información, de otra parte, el demandante desde el año 2016, conocía la primera calificación y la ARL lo calificó el 28 de diciembre de 2017, indicando que no se demuestra existencia de factor de riesgo suficiente y combinado para el hombro.

Igualmente, en relación con la compensación respecto a los pagos al sistema de riesgos laborales, expresa que se aparta de la línea jurisprudencial porque el artículo 216 autoriza que se descuente lo valores pagados, dado que el empleador está subrogado por el sistema y si la ARL indemnizó no hay lugar a doble condena, apoyándose en el salvamento de voto del magistrado de la Sala Laboral, Eduardo López, en sentencia SL 27736 de 2017.

Finalmente, argumenta que el Despacho de instancia al momento de tasar los perjuicios estimó que se encontraban probados unos perjuicios morales, lo cual basó en la declaración de parte y en una declaración escueta y generalizada del señor Simón Botero sobre las condiciones del demandante, pero no existen pruebas de ese perjuicio, los cuales solo se reconocen según la jurisprudencia siempre y cuando acrediten haber sufrido un menoscabo en sus condiciones morales, la cónyuge, ni los hijos probaron menoscabo; de otra parte las liquidaciones de perjuicios morales no pueden ser sometidas al capricho del juez, en este caso la juez no da razón de porque cuantificó el

perjuicio, en 25 salarios para la cónyuge y 10 salarios para los hijos, teniendo en cuenta que el trabajador no falleció y su pérdida de capacidad laboral es del 22.76 % y de ser procedentes estos perjuicios, la cuantificación debe ser proporcional a la pérdida de capacidad laboral.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos en esta instancia se pronunció la apoderada de la parte demandante solicitando a la Sala confirmar la sentencia de primera instancia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el empleador, teniendo en cuenta que al interior del proceso, con la prueba documental y testimonial aportada y practicada en debida forma, quedó acreditada la responsabilidad del empleador en la enfermedad laboral que padece el señor César de Jesús Castrillón Rodríguez, la cual le ocasiona una pérdida de su capacidad laboral del 22,76%.

Por su parte el apoderado de la accionada lo hizo para reiterar los argumentos que sustentan dos de los aspectos de la apelación como lo son la inexistencia de culpa por parte de la empresa – falta de nexo causal y la inexistencia e indebida tasación de perjuicios. En relación con el primer punto aduce que fue indebida y parcializada la valoración probatoria, cuestionando el peso probatorio que se da al informe de investigación de la enfermedad laboral, siendo que lo plasmado allí es un flujograma general del árbol de causas y efectos, conforme la metodología contenida en la norma técnica Colombiana NTC 3701 de 2001, y no conclusiones, sobre la restante prueba documental y testimonial, que acredita que el empleador actuó con la diligencia del buen padre de familia en el cuidado y protección del trabajador demandante, aliviando la forma sugestiva como la juez interrogó a los testigos y el tratamiento como testigos técnicos de algunos de ellos; en relación con los perjuicios, indicó que no existe prueba de los mismos en el proceso y que la a

quo, en forma arbitraria, aplica una presunción que contraviene la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el art 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

2.2.- HECHOS NO DISCUTIDOS EN LA INSTANCIA

Encuentra la Sala que no son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos, los cuales se hallan acreditados:

-Que entre Colcerámica S.A.S. y el señor Cesar de Jesús Castrillón Rodríguez existió una relación laboral, regida por un contrato a término indefinido, desde el 2 de octubre de 1978 hasta el 21 de diciembre de 2018, siendo el último cargo desempeñado *Procesador de Información Ps.*, según se desprende de la certificación laboral emitida el 25 de mayo de 2021, por la facilitadora de talento humano de la empresa, obrante a folios 60 del anexo 01. *Demanda Laboral.pdf*.

-Que al señor Cesar de Jesús Castrillón le fue diagnóstica una enfermedad profesional –síndrome del manguito rotador derecho, y fue calificado por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia, el 17 de enero de

2020, con una pérdida de capacidad laboral del 22.76%, estructurada el 18 de octubre de 2018, de origen laboral según dictamen obrante a folios 48 a 52 del documento *01. Demanda Laboral.pdf*.

- Que la señora Amanda del Socorro Madrid Foronda es cónyuge del señor Cesar Castrillón Rodríguez, según se acredita con el registro civil de matrimonio aportado a folio 28 del anexo *01. Demanda Laboral.pdf*.

-Y Que los señores Sandra Milena, Carlos Mario, Jhon Alexander y Julio César Castrillón Madrid, son hijos del gestor del proceso, tal como consta los registros civiles aportados a folios 30, 32, 35 y 39 del anexo *01. Demanda Laboral.pdf*.

2.3. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Los problemas jurídicos se contraen a establecer:

¿Si existe culpa suficientemente probada del empleador Colcerámicas S.A.S. en el acaecimiento de la enfermedad profesional, “síndrome del manguito rotador derecho” dictaminada al señor Cesar Castrillón Rodríguez y si como consecuencia está obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, en favor del operario y los miembros de su grupo familiar, cónyuge e hijos codemandantes?

En caso afirmativo, de acuerdo con el alcance de la apelación, establecer:

¿Si ha operado la prescripción de la acción tendiente a la declaratoria de la existencia de culpa patronal en la ocurrencia de la enfermedad profesional,

teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante?

¿Si es procedente compensar de las sumas objeto de condena el valor de la indemnización por incapacidad permanente parcial pagada por la ARL Colmena Seguros S.A?

¿Si existe prueba que acredite los perjuicios morales sufridos por los promotores del proceso con ocasión de la enfermedad profesional sufrida por el señor Cesar de Jesús Castrillón Rodríguez?

2.4. TESIS

El problema jurídico se resuelve bajo la tesis según la cual i) se configura la culpa del empleador Colcerámicas S.A.S. en la ocurrencia de la enfermedad profesional y, por lo tanto, el mismo está obligado a la indemnización plena y ordinaria de los perjuicios en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, ii) no opera la prescripción de la acción teniendo en cuenta la fecha del dictamen final de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, siendo compatibles la indemnización por incapacidad permanente parcial a cargo del sistema de riesgos laborales con la indemnización por responsabilidad subjetiva del empleador y iii) no se acreditan los perjuicios morales causados a los miembros del grupo familiar del trabajador, cónyuge e hijos; en consecuencia la sentencia debe ser REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral segundo y CONFIRMADA en lo demás.

2.5. PREMISAS NORMATIVAS

2.5.1. Culpa Patronal

El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”

Sobre el alcance de la norma anterior, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que: *“... la culpa del empleador se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden a aquel, y se constituye en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta, o por una conducta omisiva a cargo del patrono”* (CSJ SL2206-2019)

Y en torno a la carga de la prueba, la misma corporación ha sostenido que:

“... por regla general, la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que estos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, los accionantes están compelidos a identificar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia y cuidado, en los términos del artículo 1604 del Código Civil.

En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado, y diligencia, con el fin de resguardar la seguridad e integridad de sus

trabajadores” (CSJ SL13653-2015, SL7181-2015, SL7056-2016, SL12707-2017, SL2206-2019 y SL2168-2019).

Entonces, si bien es cierto que el trabajador o su familia, en un comienzo, deben demostrar suficientemente la culpa patronal, no lo es menos que cuando se le imputa al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad laboral es a este a quien le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante el aporte de pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes y oportunas en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores (CSJ SL7181-2015).

Pues bien, en el presente asunto los pretensores insisten en que la enfermedad profesional que padece el señor Cesar de Jesús Rodríguez ocurrió porque el empleador *“no tuvo medidas de control sobre los factores de riesgo biomecánico o físico respecto a la manipulación manual de cargas, movimientos repetitivos, posturas forzadas (dinámicas o estáticas), presión por contacto e impactos repetidos, vibraciones mecánicas para su trabajador... “(hecho trigésimo tercero).*

En casos como el que se examina, en los que se atribuye una actitud omisiva del empleador como causante de la enfermedad profesional, ha dicho la corte que corresponde a éste *“... demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores»* (CSJ SL7181-2015, CSJ SL17026-2016, CSJ SL16986-2017 y CSJ SL2617-2018). Pero no basta con que el trabajador haga una afirmación genérica del incumplimiento patronal del deber de protección, sino que *“... se debe delimitar en qué consistió dicha omisión, con el fin de establecer el nexo causal entre la culpa y el hecho dañino, obligación probatoria que le corresponde acreditar al trabajador o a sus causahabientes”* (CSJ SL1897-2021).

Aunque que las obligaciones de cuidado y protección del empleador son de medio y no de resultado, una vez identificado el riesgo el empleador debe actuar con diligencia para evitarlo pues su omisión es generadora de culpa patronal. *“Esa diligencia que le corresponde, implica una adecuada adopción de medidas de prevención y gestión de los agentes de riesgo, que tenga en cuenta, como lo adoctrinó la providencia CSJ SL5154-2020, «la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos (...)», y «en dichos procesos lógicos de prevención es obligación de los empleadores identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales a los cuales puede estar expuesto un trabajador», es decir se trata de un proceso omnicomprensivo, no basta con enunciar que se actuó bajo determinado estándar, para librarse de su débito de seguridad y protección” (SL4956 de 2021).*

En materia de salud y seguridad industrial incumbe a la empresa adoptar los controles que se requieran tanto en la fuente creadora del riesgo como en el medio y el individuo, “ i. Los **controles en el medio:** que corresponden a todos aquellos que deben ejercerse en el ambiente de trabajo, las medidas administrativas, la organización y ordenamiento de las labores, las capacitaciones sobre los riesgos laborales (...) **Los controles en la fuente:** corresponden a las medidas técnicas o controles de ingeniería que se emplean directamente en el origen de los peligros para lograr la eliminación o sustitución de los mismos y están asociados a todas las intervenciones que buscan disminuir la probabilidad de ocurrencia de eventos laborales, al modificar las condiciones en que se presenta el peligro, es decir al cambiar las características del origen que amenaza con generar el daño. Y iii. **Los controles en la persona:** son todas aquellas medidas que protegen al trabajador de los daños que puede llegar a generar la materialización de un peligro, en su salud o integridad física.” (SL5154 de 2020 citada en sentencia SL4956 de 2021)

Caso concreto

En el sublite, no se discute que el demandante presenta una enfermedad laboral identificada como “síndrome del manguito rotador derecho”, así

calificada inicialmente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante Dictamen No. 3488945 del 31 de agosto de 2017, (folio 119 anexo 06), y en segunda oportunidad en dictamen 84111 del 17 de enero de 2020, (folio 49 anexo 01) patología osteomuscular definida como profesional en los Decretos 2566 de 2009 y 1477 de 2014.

Precisando, que a diferencia del accidente de trabajo donde la conducta del empleador se evalúa de cara a las circunstancias que rodean el accidente y se contrae a una fecha determinada, en la enfermedad profesional la culpa debe ser establecida en un periodo mucho más amplio en el cual se configura la enfermedad por lo que la conducta del empleador se evalúa en el tiempo de exposición del trabajador a los factores de riesgo. Y en el caso específico de los desórdenes musculo esqueléticos, como el que padece el gestor del proceso, debe considerarse que los mismos se implantan de manera progresiva, a lo largo de la trayectoria ocupacional de trabajador siendo la enfermedad consecuencia de la sumatoria del tiempo de exposición al factor de riesgo.

Inicialmente, es pertinente señalar que Colcerámicas S.A.S. tiene por objeto social principal *“la fabricación, adquisición, exportación, importación, ensamblaje, representación, distribución, comercialización y venta de aparatos sanitarios, revestimientos para piso y pared, de material cerámico o de otros materiales que puedan sustituir estos como el gres, la mayólica, o el vidrio”*, y que en el proceso de producción se ha identificado los riesgos osteomusculares como factor de amenaza para la salud de sus trabajadores, aspecto que confesó el representante legal al indicar que es cierto que el riesgo osteomuscular es uno de los principales presentes en la actividad de la empresa y en el mismo sentido lo expuso el testigo Andrés Mauricio Vergara Ruiz, ingeniero jefe regional del área de seguridad y salud en el trabajo, quien al respecto indicó *“el riesgo biomecánico en las plantas de la organización y de Girardota es un riesgo importante y se tienen varias patologías calificadas, no solo patologías asociados a hombros. también en manos por manipulación de pesos y en varios segmentos corporales.”*

De acuerdo con el informe “Análisis del puesto de trabajo con énfasis biomecánico” referido al demandante y realizado el 15 de enero de 2019, por la empresa BIO Beneficios Integrales Oportunos, suscrito por la profesional Omaira Joven Arias, que milita de folios 61 a 77 del anexo 01, el operario desempeñó los siguientes cargos: **oficios varios**, 5 meses, 1978, **operador de colage tradicional** anillo cerrado, 23 años, 1978 a 2001, **operario colage automatizado** reubicación problema respiratorio, un año, 2002, **operario de clasificación y empaque**, cinco años, 2003 a 2004 y 2006 - 2009, **oficios varios** postcirugía de hombro, un año, 2004 a 2005, **operario de entradas y recepción**, cuatro años, 2009 a 2012; **operario recuperación de piezas**, 4 años, 2012 a 2016, **procesador de información**, 2 años y tres meses, 2016 a 2018, todos ellos con exposición a riesgo por carga física en el segmento de hombro y en su mayoría en otros segmentos como columna, codo, mano, muñeca, cadera, rodilla y pie.

Ahora, no pasa inadvertido para la Sala que en un primer estudio de puesto de trabajo, efectuado por Colcerámicas S.A.S. en agosto de 2016, suscrito por la fisioterapeuta Paula Andrea Pérez Roldan, glosado a folios 122 anexo 06, se consigna información disímil respecto a los cargos, indicando que estos fueron **aseador**, seis meses, 1978; **operario de mecanizado y colage de lavamanos**, 153 meses (12.75 años) del 05/1979 a 02/1992; **clasificador final**, **estibador de producción**, 156 meses (13 años), 03/1992 a 03/2005; **receptor de órdenes y entradas al centro de producción**, 122 meses (10.16 años), 04/2005 a 06/2015; **resanador de piezas**, 8 meses, 07/2015 a 03/2016; **oficios varios** entrega de insumos, 03/2016 a 08/2016 (incapacidad 6 meses), resaltando como diferencias entre ambos informes que se ubica al trabajador en el área de colage mecanizado desde 1979, se registra que el ingreso al área de clasificación final fue en 1992 y no 2003, asimismo, se afirma que el trabajo en el área de recepción de órdenes y entradas inició en el 2005 y no en 2009 y que como resanador de piezas laboró a partir del 2015 y no desde 2012.

No obstante lo anterior, refulge palmario que es el empleador quien debe garantizar que la información que sustenta los estudios de puesto de trabajo sea fidedigna, por lo que no hay razón para dudar de los antecedentes ocupacionales consignados en el estudio del 15 de enero de 2019, en adición a ello, confrontados los informes con la versión dada por ambos extremos litigiosos en los interrogatorios de parte y el testimonio del señor Andrés Vergara, se corrobora que el demandante estuvo en el área de colage tradicional desde 1978 hasta el año 2002.

Destacándose que en los cargos de operador de colage tradicional, operario colage automatizado, operario de clasificación y empaque y operario de entradas y recepción, que desempeñó el trabajador, durante en un total de 37 años, se presenta exposición al riesgo osteomuscular principalmente por movimientos repetitivos y manejo de cargas, como lo certifica la ARL Colmena en el *Informe de Prestación de Servicios de promoción y prevención (Sistema de Vigilancia Epidemiológica) SVE para DME, (Desórdenes Musculo Esqueléticos)* periodo 2016-2020, obrante a folios 38 a 55 del anexo 06

En ilación con lo anterior, el mismo informe de la ARL indica que *“La asesoría y acompañamiento en el diseño del sistema de vigilancia epidemiológica para la prevención de desórdenes musculo esquelético, se empezó a realizar en el año 2016, la línea basal se aplica por primera vez por asesor APP Colmena Seguros, en el año 2018. En este escenario si bien, como lo resalta la apelante, para los años 2018, 2019 y 2020, se realizaron diversas intervenciones en los puestos de trabajo que disminuyeron el número de operaciones en riesgo alto, lo cierto es que la referida administradora también concluyó la vigencia de la exposición al indicar: “para el negocio de baños y cocinas se caracterizó 85 procesos, de los cuales salieron seis grupos caracterizados por agente causal de la siguiente manera: uno por frecuencia de movimiento con 19 operaciones y 81 expuestos, uno por frecuencia de movimiento con 19 operaciones y 121 expuestos, uno por manipulación manual de cargas con 16 operaciones y 3 por combinación de agentes (frecuencia postura y carga) con 33 operaciones y 232 expuestos. Por lo que se puede definir que la combinación de agentes causales es el grupo más*

representativo en los procesos operativos del negocio con un 39% de las operaciones caracterizadas y 41% de la población expuesta, esto debido a que la gran mayoría de las operaciones con multitarea y con una probabilidad medio-alta de sufrir un desorden de origen osteomuscular”

Debe relievase, asimismo, que en el citado documento se indica que la empresa convocada a juicio tiene registro de 49 enfermedades labores de origen osteomuscular calificadas y 24 en estudio, precisando que *“de las 49 enfermedades laborales, de origen osteomuscular calificadas y activas 48 generaron afectaciones en miembros superiores y 1 fue efecto de columna vertebral.”* También se indica que *“el área de trabajo que más enfermedades ha aportado es Colage tradicional de taza con 10 trabajadores afectados, seguido de CDT Taza anillo cerrado con 5 trabajadores”* estando demostrado que el demandante laboró durante 23 años (1978-2001) en el área de Colage tradicional.

Igualmente, el representante legal de Colcerámica S.A.S, confesó que respecto al demandante no se hicieron las rotaciones preventivas en el área de colage tradicional, por tratarse de uno de los cargos más calificados, que requiere un conocimiento profundo de la pasta, por lo que aseguró que empresa lo que hizo fue mantener un equipo sólido y dispuso que la actividad se realizara con la ayuda de otros compañeros, de igual forma indicó *“hemos hecho unos pilotos de rotación en las diferentes áreas, ese primer piloto fue fallido porque los diferentes oficios tienen diferentes salarios, en ese sentido debe garantizarse un balance”* también agregó que la automatización de los procesos ha sido progresiva.

En relación a la asignación de un ayudante, aspecto al cual hizo referencia el representante legal, y que se retoma en la sustentación del recurso de apelación, se tiene que tal medida quedó acreditado en el proceso, pues solo hay un registro en este sentido en el acta de seguimiento del 10 de marzo de 2014 (folios 137 anexo 06), recordando que a este respecto el testigo Simón de Jesús Botero Castrillón, expresó *“solamente un día le pusieron un ayudante, porque el*

llegó quejándose que le dolían mucho los brazos, el ayudante era únicamente para bajar la pieza del estibo al soporte.”, concordando lo afirmado con la respuesta negativa del accionante frente a este tópico.

En relación con las reubicaciones que se hicieron al trabajador, del estudio cronológico de la historia ocupacional de este y los distintos documentos aportados al plenario, se establece que el 05 de septiembre de 1991 y del 13 de agosto de 1992, (folios 154 a 157 anexo 06) se realizaron Comités de Reubicación del demandante en cuyas actas se describe como situación de salud del trabajador, asma, lumbalgia de episodios repetitivos y sinusitis, determinándose en el primero de ellos que el cargo del trabajador corresponde a formador de lavamanos en el área de colage y se cambia para línea selecta en la misma área y en el segundo, sin reubicación, recomendándose la remisión a neumólogo particular para asesoría en el manejo de la enfermedad, observando la Sala que las patologías no guarda relación con la enfermedad profesional frente a la cual se imputa culpa al empleador.

También se concluye que la enfermedad laboral dictaminada, no se manifestó para 1994 como lo afirmó la falladora de primer grado, conclusión que reprocha la alzada, sin embargo, si hay evidencia de que surge en el año 2004, como se reseña en el análisis del puesto de trabajo de 2019, que indica que la patología en estudio síndrome del manguito rotador, tiene los primeros síntomas en el año 2004, cuando el trabajador asiste a la EPS “*para revisión por dolor en hombro, pérdida de fuerza y al realizar movimientos de elevación de la mano por encima de la cabeza. Le dan recomendaciones para manejo, realización de exámenes. En 2004 realizan cirugía artroscopia de hombro, con un mes de incapacidad, regresa al puesto, pero continúa con las molestias generando incapacidad para laborar adecuadamente.*” (folio 68 anexo 01). También se aportó acta de reubicación del 13 de septiembre de 2016, folios 120 anexo 06, luego del vencimiento de la incapacidad generada por el accidente de trabajo, sin que se glose ninguna otra acta de reubicación.

Igualmente, se aportaron los informes de seguimientos que el área de salud ocupacional de la empresa, realizó al trabajador demandante signados por médicos especialistas en salud ocupacional en los cuales se identificó el riesgo osteomuscular, según los antecedentes médicos, debiéndose tener en cuenta que los mismos solo se efectuaron, o por lo menos así se acreditó, a partir del año 2014, esto es, 10 años después del inicio de los síntomas, seguimientos que dan cuenta de una reubicación en el citado año, así:

Fecha	Folio	Cargo	Diagnóstico	Recomendación
06 de marzo de 2014	138	Procesador de información –halador de estibas	Luego de un cambio de proceso con reducción de personal, hace 20 días empezó síntomas de dolor lumbar y cervical, que requirió una incapacidad de 4 días.	Ninguna No se dispone de la documentación en relación con su reubicación ni su patología. El médico determina que considerando sus antecedentes y su edad es de sentido común y recomendable mantener las condiciones laborales en las cuales se venía desempeñando hace 20 años completamente asintomático y sin ausentismo.
	137	Recuperador de piezas	Se observa movimientos de extensión forzada con cargas (halar estibas y empujar). Desde la semana pasada cuenta con un ayudante quien hala las estibas las lleva hasta la máquina que la plastifica para remitirla nuevamente y acercarla hasta el carro montacargas que la transporta	Reubicación en el cargo de resane en recuperación de piezas por tres meses.
	153			Reubicación Temporal Evitar movimientos

				repetitivos de flexión y extensión de la columna, acachado y echarse para atrás Restricción para levantar o empujar pesos superiores a 25 kilogramos,
24 de abril de 2014	136	Resanador	Historia de 20 años de dolor lumbar crónico, exacerbado o agudizado en el último mes	De acuerdo a la evaluación favor emitir recomendaciones para aplicarlas al puesto de trabajo
09 de enero de 2015	134	Recuperador de piezas	Lumbalgia mecánica crónica	Plan ergomovil
15 de octubre de 2015	138	Recuperador de piezas	Cervicalgia es mayor ahora, actualmente trabaja en taza de anillo abierto, consultó marzo 15 solo mandaron naproxeno. Lumbalgia crónica	Ninguna
01 de diciembre de 2015	132	Resanador de piezas	Aducción dolorosa de hombro derecho, con eco articular del 25/11/15, con tendinosis crónica de hombro derecho asociado a rotura parcial con Disfusión AMA de hombro	1.Evolución EPS Fisiatría para programa de rehabilitación 2. Restricción manejo de cargas de 7.5 kilogramos 3. Evitar rotaciones en hombro derecho y disminuir frecuencia al máximo.
25 de febrero de 2016	131	Clasificador de tapas	Dolor compresión subacronial derecha, arco doloroso para abducción a 70 grados, para flexión 80 grados. Hay disfusión para Ama tanto activo como pasivo.	Se sugiere evaluar el gesto laboral durante jornada laboral con acompañamiento de médico laboral
25 de febrero de 2016	131	Clasificador de tapas	Toma la tapa con los dedos de la mano izquierda, refiere dolor nocturno y fatiga. toca timbre con la mano derecha, refiere que al levantarla siente dolor en el hombro derecho	Se visita puesto para reubicación. Se evidencia que las piezas a manipular no superan cargas de 7.0 kilogramos

Sumado a ello, las piezas de la historia clínica, demuestran que, en fecha anterior, 13 de julio de 2013, folios 139, anexo 6, el Instituto del Tórax dictaminó que el demandante era apto para el desempeño del cargo que tenía asignado **con restricciones**, señalando como diagnóstico una lumbalgia crónica emitiendo como recomendación la realización de pausas activas y posturas correctas.

Asimismo, el testigo Gustavo Adolfo Usuga Goez, Jefe del clasificación de empaques y secado, manifestó que en el año 2014 el trabajador fue reubicado en el cargo de resanador en el área de clasificación, donde a pesar de que no levantaba cargas si las desplazaba *“hay una manipulación que es coger el producto desde la estiba y subirlo a una mesa de trabajo donde tenían tornos y hacían la corrección y hacen un resane cuando está lista se coloca nuevamente en una estiba, él estuvo trabajando en la recuperación de tanques que oscilan entre 12 y 14 kilos”* e, inexplicablemente, señala que no se enteró que el trabajador tuviera restricciones de movilización de carga. También declaró que no se hizo rotación y que fue a partir de mediados del 2015 que instalaron ayudas mecánicas para ese oficio.

En este contexto puede concluirse que el empleador no había adoptado medidas suficientes para mitigar el riesgo patológico del trabajador, también, resulta relevante que el 08 de diciembre de 2015 la empresa reporta accidente de trabajo del demandante, el cual se describe así: *“dice el trabajador que se encontraba revisando pieza sanitaria (One Price, peso aproximado entre 20 y 22 kg) que se encontraba sobre el conveyor (altura piso 90cm) y al voltearla por el lado del tanque esta le coge ventaja y por no dejarla caer, la sostiene con el cuerpo y brazo derecho sintiendo dolor a nivel de este hombro. Nota. El señor Castrillón, tiene antecedentes de tendinosis crónica del supraespinoso derecho”* (ver folio 80 anexo 06) evento que produjo la ruptura de tendones del manguito rotador derecho e intervención quirúrgica para el 24 de mayo de 2016.

Finalmente, respecto al cumplimiento de las normas de salud y seguridad en el trabajo, Colcerámicas S.A.S aportó los siguientes documentos:

Anexo 06. Respuesta Demanda.pdf. Folio	Instrumento	Fecha
158	Sistema de Vigilancia Epidemiológica para desórdenes musculo esqueléticos	Junio de 2019
169	Sistema de Vigilancia Epidemiológica para desordenes respiratorios	Agosto de 2019
182	Sistema de Vigilancia Epidemiológica para desordenes auditivos	Noviembre de 2018
196	Sistema de Vigilancia Epidemiológica para gestión del riesgo psicosocial	Enero de 2017
207	Manual del Sistema de Gestión, seguridad y salud en el trabajo	Enero de 2021
243	Reglamento de Higiene y seguridad industrial	Enero 02 de 2020
249	Informe Diagnostico de riesgos de vigilancia sintomatología del stress	Marzo de 2018
266	Certificación de normas ISO 9001215 ICONTEC	Diciembre 19 de 2018
267	Certificación “Quality Management System”	Diciembre 19 de 2018

Estos instrumentos internos acreditan la avenencia de la empresa con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, tal como se afirma en la apelación y lo enfatizó su representante legal en el interrogatorio, no obstante, además de que tales regulaciones corresponde a los años 2017, 2018, 2019 y 2020, esto es incluso posteriores a la data de finalización del vínculo laboral, que lo fue el 21 de diciembre de 2018, desconociéndose la existencia de otros anteriores, tales regulaciones por sí solas no demuestran que, en el caso específico y particular del señor Castrillón, el empleador, haya actuado con diligencia en el cumplimiento de la obligación de protección y cuidado de la salud del trabajador frente a la enfermedad osteomuscular conocida desde el año 2004.

Se concluye, entonces, que solo a partir del 13 de septiembre de 2016, el demandante fue reubicado en el cargo de procesador de información, en el cual se disminuyó realmente la exposición al riesgo, sin embargo, para esa fecha la medida de control no impidió la consolidación de la enfermedad laboral, llamando la atención de la Sala que se afirme en la contestación de la demanda, en contraposición a la prueba documental, que tal reubicación ocurrió en año 2002.

En esta misma dirección, la investigación administrativa de la enfermedad laboral, obrante a folios 43 a 45 del anexo 01, es demostrativa de la culpa patronal, sin que pueda atenderse el cuestionamiento de la pasiva respecto a su valor probatorio, teniendo en cuenta que fue realizado por un grupo calificado de profesionales en salud ocupacional de la empresa hoy demandada, médico Milton Ramos (quien no firma el documento), las enfermeras Paula Roldan y Luz Teresita Carmona y la Jefe de Seguridad y Salud en el Trabajo, Roxana Parra, escrito que tiene como fecha de elaboración el 04 de septiembre de 2018, empero, que, extrañamente, relaciona acciones preventivas posteriores a la creación del informe como la encuesta tamiz y/o lista de chequeo biomecánica de 2019 y el análisis de factibilidad y propuesta de rotación de tareas de 2020.

Esta documental resulta fundamental, como lo determinó la a quo, en tanto allí se enlistan factores causales que desencadenaron la enfermedad laboral, en el caso concreto del trabajador, observándose que no se trata de un flujograma general de causas y efectos, como lo pretende hacer ver la parte demandada, en tanto las mismas están referidas a la actividad específica realizada por el trabajador y el tiempo de exposición.

Factores Condición de Trabajo	Factores organizacionales
Las medidas de ingeniería eran insuficientes el puesto de trabajo semiautomático sin ayudas mecánicas y los planos de trabajo no	Con procedimientos documentados, pero con medidas de control insuficientes no contaron con rotación preventiva de áreas

son ecualizadles	donde realizó la misma función por 13 años.
Manipulación de cargas manuales con pesos iguales o superiores a 25 KG	Jornada continua 9 horas diarias con 30 minutos de alimentación y dos descansos adicionales para hidratación y baño.
Presencia de postura por fuera de ángulo de confort para la articulación de hombro.	Ritmo de trabajo es impuesto por el proceso.
Presencia frecuencia de movimientos para la articulación de hombros	

Ha de puntualizarse que la norma ICONTEC 3701, que se cita en los alegatos de conclusión, expedida en 1995, no contiene un flujograma general que coincida con la relación de causas que se explican en la investigación administrativa de la enfermedad profesional padecida por el accionante.

De la investigación en cita, se subraya, además, que se consigna que el trabajador no recibió capacitación sobre los factores de riesgo asociados a la enfermedad y que en los estudios del puesto de trabajo, realizados el 27 de julio y el 10 de octubre de 2016, se determinó exposición a manipulación de cargas y posturas, así como que en encuesta biomecánica diligenciada el 12 de enero de 2017, se obtuvo un riesgo medio alto (folios 44 anexo 01)

Sobre la formación y capacitaciones impartidas por el empleador a su colaborador, en el marco de las medidas de control individual que debía adoptar, cabe agregar que únicamente se glosó al expediente constancia de asistencia a charla sobre percepción del riesgo, del 12 de agosto de 2015 y el sentido de la vida, del 28 de abril de 2018, (folios 21 y 22 del anexo 06), que a todas luces se exhiben insuficientes e inconducentes en procura de la prevención de la enfermedad laboral referida. Ahora la jefa de planta de Girardota Paula Andrea Gallego Loaiza, aseguró que se hicieron distintos entrenamientos al trabajador, no obstante, no obra en el expediente ningún soporte documental, como tampoco prueba de que la enfermera de la planta

adelantara un programa específico de capacitación, más allá de la atención puntual que debía realizar a los trabajadores.

En esta misma perspectiva las fichas técnicas de los elementos de protección suministrados al trabajador tales como tapones, botas, gafas, respiradores y guantes de protección (folios 22 a 35 del anexo 06) no están diseñados para prevenir el riesgo osteomuscular, pues los mismos buscan evitar lesiones auditivas, visuales, respiratorias, cortadas y caídas.

De manera que, si bien es cierto que la prueba de la diligencia no está sometida tarifa legal, también lo es que las medidas de prevención y control que hacen parte de la obligación especial de protección y cuidado por parte del empleador, están predeterminadas por la normatividad legal vigente, es así como el artículo 2.2.4.6.24 del Decreto 1072 de 2015 (Artículo 24 del Decreto 1443 de 2014), especifica que tales medidas corresponden, en su orden a:

- “1. Eliminación del peligro/riesgo: Medida que se toma para suprimir (hacer desaparecer) el peligro/riesgo;*
- 2. Sustitución: Medida que se toma a fin de reemplazar un peligro por otro que no genere riesgo o que genere menos riesgo;*
- 3. Controles de Ingeniería: Medidas técnicas para el control del peligro/riesgo en su origen (fuente) o en el medio, tales como el confinamiento (encerramiento) de un peligro o un proceso de trabajo, aislamiento de un proceso peligroso o del trabajador y la ventilación (general y localizada), entre otros;*
- 4. Controles Administrativos: Medidas que tienen como fin reducir el tiempo de exposición al peligro, tales como la rotación de personal, cambios en la duración o tipo de la jornada de trabajo. Incluyen también la señalización, advertencia, demarcación de zonas de riesgo, implementación de sistemas de alarma, diseño e implementación de procedimientos y trabajos seguros, controles de acceso a áreas de riesgo, permisos de trabajo, entre otros; y,*
- 5. Equipos y Elementos de Protección Personal y Colectivo: Medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores,*

con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo. El empleador deberá suministrar elementos y equipos de protección personal (EPP) que cumplan con las disposiciones legales vigentes. Los EPP deben usarse de manera complementaria a las anteriores medidas de control y nunca de manera aislada, y de acuerdo con la identificación de peligros y evaluación y valoración de los riesgos.

Parágrafo 3º. *El empleador debe desarrollar acciones de vigilancia de la salud de los trabajadores mediante las evaluaciones médicas de ingreso, periódicas, retiro y los programas de vigilancia epidemiológica, con el propósito de identificar precozmente efectos hacia la salud derivados de los ambientes de trabajo y evaluar la eficacia de las medidas de prevención y control;*

Parágrafo 4º. *El empleador o contratante debe corregir las condiciones inseguras que se presenten en el lugar de trabajo, de acuerdo con las condiciones específicas y riesgos asociados a la tarea.”*

Consecuentemente, se itera, para minimizar el riesgo Colcerámicas S.A.S. debía adoptar controles en la fuente, el medio y el individuo, en procura de proteger al trabajador de los daños para su salud o integridad física, que podían ocasionarse con la materialización del riesgo músculo esquelético previamente identificado, medidas que no acreditó, en esta litis, haber implementado aunado a que las que se adoptaron resultaron tardías.

Igualmente, contrastada la prueba documental, resulta acreditado que, contrario a lo asegurado por la apoderada recurrente, el trabajador accionante, si tenía restricciones para movilizar pesos superiores a los 7.5 kilogramos desde el 01 de diciembre de 2015 y a partir del 2016, 5 kilogramos, sumado a que solo se probaron, en 1991, por patología respiratoria, 2005, un año, por cirugía reemplazo total de hombro derecho, 2014 por lumbalgia crónica y cervicalgia y en el 2016, por síndrome de manguito rotador derecho.

Así las cosas, para el año 2016 cuando se implementa el sistema de vigilancia epidemiológica, la patología era irreversible y aunque no hay duda que el empleador realizó seguimientos a partir del año 2014, solo efectuó reubicación por esta patología el 13 de septiembre de 2016, luego del accidente de trabajo y las medidas de ingeniería, tales como mejoras en los planos de trabajo, instalación de bandas transportadoras, descargador de piezas y carros transportadores solo se iniciaron para el año 2012, según se indica en el informe de la investigación de la enfermedad profesional, atrás citado, concluyéndose que el empleador pudiendo hacerlo no impidió que se configurara la enfermedad profesional, en atención al tiempo prolongado de exposición al factor de riesgo.

Se suma a lo antes expuesto, que se omitió su reubicación temprana en un cargo que eliminara o disminuyera sustancialmente la exposición al riesgo, pues las reubicaciones anteriores al 2016 no cumplieron ese el propósito, manteniéndose la exposición, tampoco acreditó que realizó la rotación preventiva ni que adoptó las medidas de ingeniería o automatización oportuna de los procesos, no realizó capacitaciones al operario, y lo sometió a cargas superiores a los 7.5 kilogramos recomendados por el área de salud ocupacional en el seguimiento realizado el 01 de diciembre de 2015, demostrándose que para la fecha del accidente de trabajo 08 de diciembre de 2015, el trabajador movilizaba o desplazaba una carga de 20 a 22 kilogramos, como se consigna en el informe respectivo.

Destaca la alzada que en el examen de aptitud ocupacional realizado 01 de agosto de 2018, folios 118 anexo 06, se reporta que el trabajador es apto, empero debe tenerse en cuenta que para tal fecha el cargo desempeñado ya era el de procesador de información y que aun así se mantuvo la recomendación de realizar pausas activas, estiramientos, énfasis columna y extremidades.

En conclusión, para la Sala se demuestra el incumplimiento del empleador en la adopción oportuna de las medidas de protección y cuidado de su trabajador.

Finalmente, para resolver los reparos a la forma en que se recepcionaron los testimonios, argumento expuesto por la pasiva en los alegatos de conclusión presentados ante esta instancia, señala la Sala que a pesar de ser innegable que la falladora de primer grado, en la práctica de los interrogatorios a los testigos, hizo uso frecuente de preguntas sugestivas y que incluso alcanzó a emitir juicios y gestos de aprobación y desaprobación respecto a las respuestas, en este caso, tal conducta, no tuvo efecto en la conclusión de la responsabilidad subjetiva del empleador, pues la misma se acredita del análisis conjunto de todos los medios de prueba.

Consecuentemente debe confirmarse en este punto el fallo de primer grado.

2.5.2. Prescripción

No tiene vocación de éxito el argumento de la apelante en el sentido de tomar como fecha de exigibilidad de la obligación indemnizatoria la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, 18 de octubre de 2018, en tanto, solo a partir de la fecha del último dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, se tuvo certeza de las secuelas definitivas de la enfermedad, el origen laboral de la pérdida de capacidad laboral y de la fecha de estructuración, que si bien es anterior al dictamen solo se conoce en la fecha de emisión del mismo.

En ilación con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica y reiterada ha precisado que el término prescriptivo para la indemnización plena y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, corre a partir de

la fecha de la calificación médica de las secuelas definitivas del accidente de trabajo o la enfermedad laboral.

En tal dirección se pronunció el órgano jurisdiccional de cierre en sentencia SL 3769 de 2022:

“En este sentido, dicho fallo reconoció la regla prescriptiva antes anotada, que sigue además el precedente pacífico, pues que reiteró lo dicho en providencias CSJ SL 6 de julio de 2011, radicación 39867; CSJ SL 17 de octubre de 2008, radicación 28821; CSJ SL 3 de abril de 2001, radicación 15137 y CSJ SL 15 de febrero de 1995, radicación 6803.

Dijo la Corte que (CSJ SL, radicación 39631, de 20 de octubre de 2012):

*“Como antes se vio cuando se efectúa la calificación de la incapacidad por las autoridades médicas competentes la obligación de dicha indemnización 'total y ordinaria' es exigible y desde éste instante empieza a correr el término legal para reclamar su pago. En consecuencia, no es dable confundir el plazo que tiene el trabajador víctima de un accidente por culpa patronal para pedir la evaluación médica de los perjuicios que el mismo le irrogó, con el término de prescripción del derecho a la indemnización total correspondiente, que se inicia cuando jurídicamente se encuentra en capacidad de obrar. **Y ese momento no se identifica con el de la ocurrencia del in suceso** (a menos que ocasione la muerte del trabajador), ni con la del reintegro a las labores, ni con el de esclarecimiento de la culpa patronal, **sino con el de la calificación médica mencionada** (negrillas fuera del original).”*

Línea jurisprudencial que se integra, entre otras, por las sentencias SL1222, SL2395 y SL5072 de 2018, SL303 y SL 3933 de 2019, SL354 y SL2388 de 2020, SL390 y SL2606 de 2022.

Consecuencialmente, como el dictamen datan del 17 de enero de 2020 y la demanda se presentó el 25 de noviembre de 2021, es claro que no se configura el término prescriptivo.

2.5.3. Compatibilidad con los pagos por incapacidad permanente parcial

En cuanto a la procedencia de descontar del monto indemnizatorio el valor pagado por la ARL por concepto de incapacidad permanente parcial, debe señalar la Sala que ello no resulta posible, en tanto los pagos obedecen a distintas fuentes de responsabilidad.

En este orden de ideas, no es acertada la afirmación de que la obligación que estaba en cabeza del empleador fue subrogada por el sistema, pues no puede olvidarse que la responsabilidad por culpa patronal es subjetiva, es una sanción que el ordenamiento jurídico prevé para el empleador que ha incumplido el deber de protección y cuidado respecto a su trabajador y como consecuencia ha propiciado el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, esa modalidad de responsabilidad no ha sido ni podría ser subrogada por el sistema. Ahora la responsabilidad que ampara el Sistema General de Riesgos Laborales, es objetiva, por el riesgo creado, el inherente o propio a la actividad laboral con independencia de la conducta del empleador, este es el riesgo que se ha subrogado en el sistema.

Sobre este tópico, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, ha señalado:

“Por manera que, la facultad que la ley le reconoce a las entidades que conforman el Sistema, entre ellas a la ARP, es la de subrogar al empleador en las prestaciones que amparan a sus beneficiarios, sin que comprenda las

indemnizaciones y demás conceptos, cuando se demuestre que el accidente de trabajo ocurrió por la culpa comprobada del empleador. Es decir, que en tratándose de “culpa” suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, las entidades que conforman el Sistema no están autorizadas para compartir el yerro del empleador en torno al punto, y por ende para colaborar con el pago de las indemnizaciones y demás conceptos que puedan resultar a cargo del patrono en tal evento, pues éste no puede obtener beneficio de su error.” (SL Rad27736 de 2007)

Y respecto a la compatibilidad entre la reparación tarifada por riesgos laborales y la prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sostuvo:

“Ahora bien, el ordenamiento jurídico prevé dos tipos de reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, a saber: i) la tarifada de riesgos referente al reconocimiento de los beneficios asistenciales o prestaciones económicas que contempla el sistema, a cargo de las ARL, «para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador» (CSJ SL16792-2015 y CSJ SL4323-2018) y, ii) la plena de perjuicios que compete a «la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T» (CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 39798, citada en CSJ SL4552-2021). (...).

Incluso, esta Corporación también ha instruido que el SGRL subroga al empleador exclusivamente en el riesgo que da lugar a la responsabilidad objetiva, esto significa que, si el patrono incurrió en culpa en el evento de accidente de trabajo o enfermedad laboral, no podrá la ARL asumir lo que a aquél le corresponde por la indemnización plena y ordinaria de perjuicios (CSJ SL, 25 jul. 2002, rad. 18520, reiterada en la CSJ SL16367-2014, citada en CSJ SL1566-2021 y CSJ SL4552-2021).

En ese orden, es dable aseverar que la responsabilidad objetiva surge por el acaecimiento de los riesgos laborales, esto es, que la contingencia haya ocurrido en ejercicio directo o indirecto con la labor contratada o el desempeño de las funciones, siendo indiferente el actuar del nominador, mientras que la subjetiva sí depende completamente de esto último, es decir, que se compruebe suficientemente que la culpa del superior. (SL363 de 2022)

En esta misma orientación puede consultarse las sentencias SL2862 de 2019, SL1613 de 2020, SL237 y SL1566 de 2021,

2.5.4. Perjuicios Morales

La expresión “*total y ordinaria*” contenida en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, representa la obligación jurídica del empleador culpable de resarcir de manera integral al trabajador y a los integrantes de su núcleo familiar, todos los perjuicios ocasionados como consecuencia del accidente de trabajo.

El artículo 1613 del Código Civil señala que la indemnización de perjuicios comprende “*el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*” Y en sentido más amplio, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, define el daño como “*todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad*”. Además, es el requisito “*más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna*” (sentencias SC26630 de 2013 y SC 16690 de 2016)

Ahora para que el daño sea susceptible de reparación debe ser real o cierto y tener nexo de causalidad con la enfermedad profesional ocurrida por culpa patronal, tales condiciones deben ser probadas por el promotor de la acción, a quien le corresponde producir la prueba del perjuicio que reclama.

Los perjuicios morales, objeto de condena e impugnación, corresponden a aquellos daños que afectan el fuero interno del trabajador, que en definición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se reflejan en “*dolor, aflicción y, en general, sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando el perjudicado, demuestre su causación*” (SL2450 de 2022). Si bien los citados perjuicios

deben tasarse siguiendo el prudente arbitrio judicial (CSJ SL492-2021, SL987-2021, SL4794-2018, SL2606 de 2022), es claro que ello solo es posible cuando el perjuicio quede demostrado en el plenario

En este sentido se subraya que el daño moral no se presume, debe demostrarse. *“Cuando el análisis de la responsabilidad que se invoca, se centra en el examen del daño causado a la víctima -llámese patrimonial o extrapatrimonial, económico o moral- lo que al final de cuentas se examina es si hay o no prueba del mismo, sin perjuicio de los casos, bien limitados y finidos, en los que opera una presunción de su causación, como, por ejemplo, en el daño moral producido por la muerte de un familiar próximo.”* SC3255 de 04 de agosto de 2021

Bajo esta óptica no puede compartir la Sala la valoración probatoria de la a quo de los interrogatorios de parte a los demandantes, pues los mismos no tienen la fuerza de convicción suficiente para acreditar o desvirtuar la ocurrencia del perjuicio, siendo que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir *“... que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio”* (CSJ SL 24450 del 29-09-2005 SL 24450 del 02-07-2008, SL17191-2015, SL1024-2019, SL3308-2021).

En este punto del análisis, debe precisarse, que, si bien la declaración de parte es un elemento más de prueba, artículo 190 del Código General del Proceso, su valoración debe realizarse en concordancia con los demás medios de convicción, teniendo en cuenta el innegable interés de quien declara y por consiguiente no puede ser la única prueba para acreditar un hecho. En este sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL4291 de 2020

“En ese contexto, en todo caso, otorgarle plena eficiencia probatoria a la declaración de parte, iría contra el principio, según el cual la parte no puede fabricar su propia prueba, como se indicó, por ejemplo, en la sentencia CSJ

SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, al orientar que:[...] no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio.

Y en las sentencias CSJ SL2168-2019; CSJ SL1980 2019; CSJ SL2254-2019; CSJ SL469-2019 y CSJ SL194-2019, al explicar, en la última, lo siguiente: Cumple recalcar que nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por eso, la simple mención que hizo la empleadora en el contrato sobre una situación que aparentemente justificaba la contratación directa del demandante, no constituye por sí sola prueba de esa circunstancia.

Lo anterior, sin que se desconozca que el artículo 191 de CGP, tiene a la declaración de parte como un medio de convicción válido para soportar la sentencia, pero imponiendo al Juez el deber de valorarla de acuerdo a las reglas generales de apreciación de la prueba, esto es, de manera sistemática, lógica y razonable con las demás.”

Ahora bien, se apoyó la falladora en sentencia de tutela de la Sala de Casación Civil, magistrado ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque, sin indicar radicación, hallando este juez plural que existen varias providencias, entre otras, la sentencia SCT9197 de 2022, del citado magistrado, respecto al valor de la declaración de parte, sin embargo no establecen que la declaración de parte sea tomada en cuenta sin ningún otra consideración, por el contrario, establecen que de acuerdo con el artículo 165 del Código General del Proceso, la declaración de parte *se valorará por el juez de acuerdo a las reglas generales de apreciación de las pruebas* lo que implica que la prueba sea confrontada con los demás medios de convicción y que dada la posible parcialidad debe someterse a un mayor rigor probatorio.

En el sublite, estudiada la prueba, se advierte que no es posible derivar de los interrogatorios de parte de la cónyuge y los hijos, la prueba de los perjuicios morales, pues, en primer lugar, el apoderado de la activa no practicó

declaración de parte respecto a ellos, a quienes se abstuvo de preguntar y en segundo lugar, en las lacónicas respuestas dadas por los mismos solo refieren perjuicios a su esposo y padre e incluso al ser reconducidos por la directora de la audiencia a sus propios perjuicios dieron respuestas abstractas en el sentido de que les afecta ver cómo ha cambiado su padre con la enfermedad o tener una afectación emocional porque su papá ya no es el mismo.

Con este mismo matiz la cónyuge manifestó *“me preocupa la incapacidad, como era antes, ahora depende mucho de mí, para vestirse, colocarse una correa hasta para bañarse la mano no le alcanza, no es tan alegre, ya no salíamos, le gustaba la natación, se va encerrando en él mismo.”*

Y la declaración del único testigo de la activa señor ***Simón de Jesús Botero Castrillón***, es igualmente vaga, pues se limitó a expresar respecto a las afectaciones a la familia del demandante que *“se mantienen muy aburridos porque no pueden salir como antes a pasear y no puede ayudar a lo que es el hogar”* Consecuentemente, no es posible derivar de esas expresiones generales, un dolor o sufrimiento moral personal, directo y real de los codemandantes y no es aplicable la presunción por el parentesco, toda vez que no estamos frente al fallecimiento del trabajador, ni siquiera un estado de invalidez, sino frente a una pérdida de capacidad laboral del 22.76%.

En cambio, respecto al demandante se advierte que el perjuicio moral está plenamente acreditado, en tanto está probada la configuración de la enfermedad profesional, el dolor físico sufrido, así como la pérdida de capacidad laboral, y frente a la tasación del perjuicio, si bien le asiste razón a la apoderada recurrente en cuanto a que el mismo debe ser proporcional al daño, no puede olvidarse que el mismo puede ser establecido acudiendo al arbitrio iudicis, siempre que se tengan en cuenta referentes objetivos para su cuantificación como la características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de

afectación. A partir de ello y siguiendo esos criterios, a juicio de la Sala, tratándose de una enfermedad profesional no es posible suscribir el perjuicio moral exclusivamente a las secuelas calificadas y al porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, pues se trata de una enfermedad que se configuró en el tiempo y produjo una afectación física y moral por más de una década y en este sentido se considera objetiva la fijación establecida por la a quo.

Corolario de lo anterior, es procedente REVOCAR parcialmente el numeral segundo del fallo de primera instancia para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la cónyuge y los hijos del extrabajador.

Costas en esta instancia a cargos de la demandada, teniendo en cuenta la no prosperidad total del recurso de alzada, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

3. DECISION

De conformidad con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia objeto de apelación, proferida por el Juzgado Civil con Conocimiento en Procesos Laborales del Circuito de Girardota el 28 de septiembre de 2022 en el proceso ordinario laboral instaurado CÉSAR DE JESÚS CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, AMANDA DEL SOCORRO MADRID FORONDA Y SANDRA MILENA, CARLOS MARIO, JHON ALEXANDER Y JULIO CÉSAR CASTRILLON MADRID, en contra de COLCERAMICA S.A.S y

en su lugar **SE ABSUELVE** a la demandada de los perjuicios morales pretendidos por los señores AMANDA DEL SOCORRO MADRID FORONDA Y SANDRA MILENA, CARLOS MARIO, JHON ALEXANDER Y JULIO CÉSAR CASTRILLON MADRID.


2.- Se confirma la sentencia en lo demás.

3.- Costas en esta instancia a cargo de la apelante, se fijan agencias en derecho en la suma de \$3.000.000.

4.- Se ordena la devolución del expediente digital con las actuaciones cumplidas en esta instancia al juzgado de origen

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE


CARLOS ALBERTO LEBRÓN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

(Sin firma por ausencia justificada)