

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN E
Carrera 57 N° 43 – 91 Piso 1

Único correo electrónico: rmemorialessec02setadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

TRASLADO DE INCIDENTE DE NULIDAD

RADICACIÓN: **25000-23-42-000-2016-05697-00**
MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE: **CRISTALERIA PELDAR S.A.**
DEMANDADO: **COLPENSIONES – ALVARO BOLAÑOS FONSECA**

Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 134 del C.G.P., en concordancia con el artículo 110 *ibídem*, se fija en lista en un lugar visible de esta Secretaría de la Subsección E, por el término de un (1) día y se corre traslado a la contraparte de **la solicitud de nulidad** propuesta por: **el apoderado de la parte demandante**, por el termino de tres (3) días en un lugar visible esta Secretaría de la Subsección E y en la página web de la Rama Judicial. www.ramajudicial.gov.co. Igualmente, se envía mensaje de datos a los correos suministrados.

DÍA DE FIJACIÓN: **26 DE JULIO DE 2022, a las 8:00 a.m.**
EMPIEZA TRASLADO: **27 DE JULIO DE 2022, a las 8:00 a.m.**
VENCE TRASLADO: **29 DE JULIO DE 2022, a las 5:00 p.m.**


DEICY JOHANNA IMBACHI OME
Oficial Mayor
Subsección E

Elaboró: Juan N.
Revisó: Deicy I.

299

Alegatos de conclusión

Ricardo Alvarez <ricardoalvarezospina@gmail.com>

Jue 19/05/2022 3:35 PM

Para: Recepcion Memoriales Seccion 02 Subseccion E Tribunal Administrativo - Cundinamarca
<rmemorialessec02setadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co>

JIRC

CC: Luis Carlos Pereira Jimenez <notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co>; peldar@o-i.com <peldar@o-i.com>; mariacamilabeltrancalvo@gmail.com <mariacamilabeltrancalvo@gmail.com>

Bogotá, 19 de mayo de 2022

Doctor

JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN

Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sección Segunda – Subsección E

E. S. D.

Ref: Incidente de nulidad – Alegatos de conclusión
Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandado: COLPENSIONES
Demandante: CRISTALERÍA PELDAR S.A.
Radicado: 250002342000 2016 – 05697 00
Tercero: ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA

Respetado doctor Galeano:

Con el presente adjunto incidente de nulidad para luego alegar de conclusión, para lo cual adjunto un archivo pdf.

Cordialmente,

RICARDO ÁLVAREZ OSPINA

Apoderado parte demandante

Bogotá, 19 de mayo de 2022

Doctor
JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección E
E. S. D.

Ref: Incidente de nulidad – Alegatos de conclusión
Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandado: COLPENSIONES
Demandante: CRISTALERÍA PELDAR S.A.
Radicado: 250002342000 2016 – 05697 00
Tercero: ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA

Respetado doctor Galeano:

De acuerdo con el auto de fecha 30 de marzo del año en curso, notificado por estado el día 6 de mayo de esta anualidad, con el presente escrito allego alegatos de conclusión, previa interposición del incidente de nulidad, para lo cual procedo en los siguientes términos:

INCIDENTE DE NULIDAD

Fundado en el artículo 133 del C.G.P., el cual es su número 5 dispone que éste es procedente *“Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”*.

Yerra el despacho cuando en el auto de con el cual corre traslado para alegar de conclusión y dictar sentencia anticipada de fecha 30 de marzo de 2022, omite la práctica de las pruebas solicitadas por la parte demandante, porque considera que el proceso puesto en su conocimiento para su estudio, es un litigio de puro derecho.

En verdad, la práctica de las pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y útiles, toda vez que con ellas se prueban los hechos narrados en el aparte correspondiente, y máxime cuando ni siquiera la entidad demandada contestó la demanda, no aportando el expediente administrativo de reconocimiento de una pensión, o allegando los documentos con los que hubiese podido contradecir los hechos narrados con la demanda. No es, en consecuencia, un proceso de puro derecho.

Los romanos expresaron con acierto: “Dame los hechos, yo te daré el derecho”. (*Da mihi factum dabo tibi ius*). Fundado en esta máxima, los hechos narrados en la demanda los cuales no han sido desvirtuados con la fijación unilateral que hizo el despacho, dando anticipadamente como hechos probados únicamente los que dedujo de la contestación realizada por el apoderado judicial del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, pero no así aquellos planteados con la demanda como lo son la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora, los cuales tienen la vocación de ser certificados y corroborados con las pruebas solicitadas, las cuales niega el despacho.

Los siguientes hechos, pueden ser corroborados con las pruebas solicitadas por la demandante, siendo pertinentes, útiles y conducentes:

1. El hecho segundo de la demanda, cuando se expresa que en relación con la Resolución que reconoció la pensión al tercero interviniente, al tenor se manifestó:

“SEGUNDO. – La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, mediante la Resolución GNR 147629 de 20 de mayo de 2016 (2016-1441876), reconoció la pensión de vejez por alto riesgo al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, sin tener derecho a ella. Este acto administrativo fue notificado por el empleado a la CRISTALERÍA PELDAR S.A., en día 8 de junio de 2016. Fecha a partir de la cual mi representada tuvo conocimiento de su contenido, empero por tratarse del reconocimiento de una prestación de tracto sucesivo, no existe término de caducidad”. (Destacado y en negrilla fuera del texto)

2. En el hecho tercero de la demanda, se consigna, que CRISTALERÍA PELDAR S.A., debía ser llamada a participar dentro del proceso de reconocimiento de la pensión, pues de este proceso, eventualmente, podría derivarse la obligación de realizar aportes adicionales. Esto tiene como fundamento el artículo 37 del C.P.A.C.A. El hecho se redactó así:

“TERCERO. – Consecuencial con el anterior hecho, al reconocer la pensión de vejez por alto riesgo al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, le impuso a CRISTALERÍA PELDAR S. A., la obligación de hacer aportes adicionales al considerar que la actividad que desarrollada por el beneficiario de la pensión era de alto riesgo. Empero, durante el proceso administrativo de reconocimiento de la pensión CRISTALERÍA PELDAR S. A., no fue llamada a participar en él como un tercero interesado en las resultas del proceso administrativo de reconocimiento de la pensión por actividad de alto riesgo, pues tal reconocimiento no podía resolverse sin la comparecencia de todas las personas, incluyendo a PELDAR S. A., por estar vinculados por una relación jurídica laboral. Por lo anterior se le violentó su derecho fundamental al debido proceso, y contradicción, entre otros”.

Como prueba documental solicitada es pertinente, conducente e idónea para probar se solicitó en el número 3 de la “SOLICITUD DE PRUEBA DOCUMENTAL:

“3. Constancia de notificación realizada a CRISTALERÍA PELDAR S.A. de los actos administrativos expedidos para el reconocimiento de la pensión al ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, en donde se le requiere como tercero interesado, para que se haga parte del mismo, interponga recursos y ejerza su derecho de contradicción”. Destacado en negrilla y subrayado fuera del texto)

La prueba requerida con la demanda, busca demostrar que a CRISTALERÍA PELDAR S.A., se le violentaron sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción, pues NUNCA fue requerido dentro del proceso administrativo de reconocimiento de una pensión de alto riesgo.

Con la prueba referida y transcrita, también se le da sustento al hecho número CUARTO de la demanda.

3. Los hechos QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO y OCTAVO, de la demanda, relativos al deber legal de acatar lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, buscan determinar que COLPENSIONES no cumplió este deber legal.

Para no citar textualmente todos los hechos, tan sólo se transcribe el siguiente:

“SEXTO. – De la lectura de la Resolución GNR 147629 de 20 de mayo de 2016 (2016-1441876), se evidencia que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES “COLPENSIONES”, incumplió lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990, toda vez que no realizó el estudio de “la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición” del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA.
(Destacado en negrilla y subrayado fuera del texto)

Los hechos antes enunciados se prueban o se desvirtúan con las siguientes pruebas, pedidas en los números 1 y 2, de la “SOLICITUD DE PRUEBA DOCUMENTAL”:

“1. Original o copia auténtica del estudio de “la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición” del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, con fechas de realización, criterios técnicos tenidos en cuenta y metodología empleada de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990.

“2. Certificación con los nombres, identificación y cargos de las personas encargadas de realizar del estudio de la actividad desarrollada sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990”.

* * *

Como se evidencia, para probar las violaciones a los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción y otros conexos de CRISTALERÍA PELDAR S.A., dentro del proceso administrativo que culminó con el reconocimiento de un pensión por alto riesgo, contenida en la GNR 147629 de 20 de mayo de 2016, sin tener derecho a ella, es imprescindible la práctica de las pruebas antes referidas, además de adelantar el trámite normal del proceso sin acudir a la figura de la sentencia anticipada.

La posición adoptada por el Despacho en el sentido de negar la práctica de pruebas, pues entiende que estas se pueden pedir mediante derecho de petición, no se justifica, ya toda prueba documental que reposa en entidades públicas son susceptibles de solicitarse en ejercicio del derecho de petición, pero el Despacho no tuvo en cuenta que la demandante nunca hizo parte en un proceso de reconocimiento de pensión, pues nunca fue convocada, y las pruebas que solicita son de la esencia de la demanda, pues lo que busca es demostrar la violación a los derechos fundamentales de contradicción, defensa y debido proceso que le fueron conculcados.

Además de lo anterior, la demanda en la parte probatoria se enmarca dentro de las disposiciones expresadas en el artículo 212 de C.P.A.C.A., armónicas con los números 1 y 2 del artículo 166 del mismo código.

No puede el despacho acudir a una norma supletoria, la cual es la contenida en el Código General del Proceso (Art. 173), negando la práctica de las pruebas solicitadas con la demanda, cuando la actora allegó todas aquellas que tenía en su poder, y en donde, además expresó que nunca hizo parte del proceso administrativo de reconocimiento de la pensión por alto riesgo. En consecuencia, su actuación se enmarca dentro de la norma especial, la cual para el caso es el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, de manera particular el artículo 212, el cual dispone sus incisos primero y segundo:

“ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

“En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su

respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada”.

Armónico con lo anterior, el artículo 166, sobre los anexos de la demanda dispone:

“ARTÍCULO 166. ANEXOS DE LA DEMANDA. A la demanda deberá acompañarse:

“1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.

“Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiere publicado de acuerdo con la ley, a fin de que se solicite por el Juez o Magistrado Ponente antes de la admisión de la demanda. Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

“2. Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho...” (Destacado fuera del texto)

De las normas antes transcritas, es posible concluir, que se deben anexar las pruebas que se encuentren en poder del demandante, lo cual fue aportado con la demanda, y aquellas con las cuales no se cuentan se pidieron conforme lo dispone las normas especiales contenidas en el C.P.A.C.A. Existiendo norma especial que regula en proceso contencioso administrativo en relación con los aspectos probatorios, es equivocado acudir a una norma ajena a nuestro proceso.

Es claro, pues que existe norma especial relativa a las pruebas, contenida en el C.P.A.C.A. Esta disposición (arts. 166 y 212), no merecen el examen de su espíritu porque de su texto o de su derecho positivo fluye un lenguaje ordinario, con alcance general, desprovisto de ambigüedades y vaguedades. Las disposiciones contenidas en la mencionada Ley es clara y diáfana, tienen un significado estático e inmanente expresada en un lenguaje natural, cuando dispone en su artículo 212, inciso primero y segundo, que las pruebas deberán solicitarse conforme lo dispone el C.P.A.C.A., siendo la oportunidad procesal adecuada, en primera instancia, la presentación de la demanda, como se hizo en el presente.

Negar por tanto la práctica de pruebas, acudiendo a una norma que no tiene vocación de suplir las especiales de que trata el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, atenta contra el debido proceso, la administración efectiva de justicia, pues al presente se le deben aplicar las normas que regulan este tipo de procesos, por expresa disposición constitucional conforme lo recoge el artículo 29 de la Carta el cual ordena la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

SOLICITUD

Respetuosamente solicito la practica de pruebas documentales pedias con la demanda, las cuales se ajustan a derecho en virtud de la aplicación de los artículos que regulan los aspectos probatorios citados, que se encuentran en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN RELACIÓN CON LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

El Despacho fijó en litigio en los siguientes términos:

“3.3 De conformidad con lo anterior, se procede a fijar el objeto del litigio de la siguiente manera: se trata de determinar si, ¿la Resolución No. GNR 147629 de 29 de mayo de 2016, por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de vejez especial por alto riesgo a favor del señor Álvaro Bolaños Fonseca y le impuso el pago de cotizaciones adicionales a Cristalería Peldar S.A., se expidió conforme a lo establecido por el Decreto 2090 de 2003, modificado por el Decreto 2655 de 2014, o si, por el contrario, como lo sostiene la sociedad demandante, no se comprobó que el beneficiario de dicha prestación haya estado desarrollando actividades de alto riesgo en el tiempo en que subsistió la relación laboral?”

En necesario precisar, que fijación del litigio no ha sido correcta, pues lo que sostiene la sociedad demandante es que NUNCA se hizo parte del proceso de reconocimiento de la pensión por alto riesgo, ya que COLPENSIONES tiene la obligación de convocar a la accionante para que se hiciera parte y hacer valer sus derecho, si con el reconocimiento de la pensión por alto riesgo CRISTALERÍA PELDAR S.A., resultaba directamente afectada. Esta obligación, contenida en el artículo 37 del C.P.A.C.A., fue omitida. De esta circunstancia, dan cuenta los hechos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO, de la demanda.

Por tanto, cuando el despacho fija el litigio en la forma que lo hizo, omite este aspecto esencial del medio de control, sobre el cual debe pronunciarse, consistente en determinar si los actos administrativos acusados son nulos porque fueron expedidos con violación de los derechos fundamentales de la actora como se expresó con la demanda.

Consecuencial con lo anterior, el despacho debe, además, manifestarse en relación con el cumplimiento por parte de la actora de las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, de las que dan cuenta los hechos QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO, de la demanda. En este, punto el operador judicial fija de manera adecuada la controversia judicial, pero únicamente en relación con este aspecto, pues sólo después de corroborar el cumplimiento del precitado acuerdo, es que podrá determinar si las actividades que realizó el tercero interesado son de alto riesgo o no.

Es así como, la fijación del litigio hecha por el despacho sólo recoge una las premisas, la cual es que la actividad de alto riesgo que se determina luego de cumplir con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990, faltando la primera premisa, es decir la garantía de los derechos fundamentales de la actora en los términos planteados. Ciertamente estamos con un elemento consustancial con el medio de control el cual es que para la expedición de los actos administrativos acusados, el demandado ha debido llamar al proceso administrativo a Cristalería Peldar S.A., garantizándole los derechos fundamentales de contradicción, defensa y debido proceso.

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES ALLEGADAS POR LA DEMANDADA Y LAS QUE REPOSAN EN EL EXPEDIENTE – VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA DEMANDANTE (DEBIDO PROCESO, CONTRADICCIÓN Y DEFENSA)

De acuerdo con las pruebas allegadas durante el trámite del proceso y aquellas remitidas mediante la contestación de la demanda por parte del apoderado judicial del tercero interesado, se puede concluir, que no existen dentro del expediente pruebas que permitan aseverar que CRISTALERÍA PELDAR S.A., fue llamada para que se hiciera parte dentro del proceso administrativo de reconocimiento de una pensión por alto riesgo, y que, además COLPENSIONES hubies cumplido con los mandatos

contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el cual consagró en el párrafo 1° del Artículo 15° que para el reconocimiento de las pensiones especiales de vejez las dependencias de salud ocupacional del ISS debe calificar, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

Efectivamente, no existe dentro del expediente ninguna prueba que permita determinar que las afirmaciones realizadas en los hechos de la demanda no sean ciertas. Además, con la negativa del despacho en la práctica de las pruebas solicitadas por la accionante, no se puede afirmar cosa distinta.

En efecto, del estudio del expediente, se puede constatar que:

1. La Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), **NUNCA** notificó a CRISTALERÍA PELDAR S.A., del inicio del proceso de reconocimiento de la pensión al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA. En efecto, no existe prueba de esta circunstancia que permita afirmar lo contrario.

1.1. Por la información que reposa en COLPENSIONES, esa entidad era concedora que los aportes que CRISTALERÍA PELDAR S.A., realizó durante la vida laboral del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, mientras prestó sus servicios personales en la empresa demandante, no se hicieron por actividades de alto riesgo. En consecuencia, reconocer unilateralmente una pensión por alto riesgo, cuando nunca se hicieron aportes por este concepto, implica para CRISTALERÍA PELDAR S.A., la obligación de hacer aportes adicionales a los que ya había realizado.

1.2. Nuestro legislador dispuso como garantía fundamental al debido proceso, que es un deber comunicar las actuaciones administrativas de contenido particular y concreto cuando la autoridad advirtiera que terceras personas pudieran resultar directamente afectadas por las decisiones allí contenidas, para que éstas puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

En efecto la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), sobre la comunicación y notificación de actos administrativos establece:

“ARTÍCULO 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

“La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.

1.2.1. COLPENSIONES al no cumplir con su deber de comunicar las actuaciones administrativas que afectarían a la demandante, tenía un amplio espectro normativo al que podía acudir para proteger los derechos de contradicción, defensa y debido proceso, que debía garantizar a la accionante, según lo dispone el precitado artículo 37, pues el C.P.A.C.A., así lo permite según las normas contenidas en los artículos 56, 57, 62, 66, 67, 68 y 72, entre otras. Efectivamente, no existe en el expediente constancia de

la notificación a la demandante del inicio del proceso de reconocimiento de la pensión por alto riesgo al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA.

2. Además de lo anterior, no existe en el expediente ni en los documentos allegados por el apoderado del tercero interesado, constancia de la notificación a CRISTALERÍA PELDAR S.A., de la Resolución 147629 de 20 de mayo de 2016 (2016-1441876), o de cualquier otra resolución que haya sido expedida reconociendo una pensión por alto riesgo al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA.

3. CRISTALERÍA PELDAR S.A., sólo tuvo conocimiento del reconocimiento de la pensión por alto riesgo, cuando el señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA le envió el día 8 de junio de 2016 a la demandante el acto administrativo de reconocimiento hecho por la demandada.

4. No existe original o copia auténtica del estudio de "la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición" del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, con fechas de realización, criterios técnicos tenidos en cuenta y metodología empleada de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990.

5. COLPENSIONES y el señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, no enviaron con destino al proceso, certificación con los nombres, identificación y cargos de las personas encargadas de realizar del estudio de la actividad desarrollada sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990.

5.1. De lo anterior, puntos 4 y 5, se puede colegir, sin asomo de duda, que con los actos administrativos demandados no sólo se violentaron los derechos fundamentales de la demandante, sino que para su expedición se incurrió en indebida motivación de los mismos, pues siendo necesario el estudio del puesto de trabajo según lo dispone el Acuerdo 049 de 1990, sobre la actividad desarrollada por el trabajador, previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición, entre otros, no era posible el reconocimiento de la pensión por alto riesgo al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, y mucho menos imponerle a CRISTALERÍA PELDAR S.A. la obligación de hacer aportes adicionales por una actividad de la que no existen estudios que determinasen la exposición al alto riesgo.

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE COLPENSIONES NO VALIDA UNA ACTUACIÓN IRREGULAR

Además de las consideraciones antes referidas y sustentadas en el material probatorio existente, en donde se prueba que COLPENSIONES no cumplió con el mandato contenido el parágrafo 1º del Artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, vale la pena reiterar que durante la vinculación laboral del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, éste no estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas. Al respecto resulta necesario precisar que, en las instalaciones de mi representada, la exposición a las materias primas no representa un riesgo para la salud de los trabajadores, toda vez que la exposición a las materias primas, en la industria del vidrio no genera consecuencias adversas para la salud de sus trabajadores y operarios. Existiendo en consecuencia una indebida motivación.

En efecto, las actividades realizadas por el trabajador, esto es: i) Labores varias del 4 de septiembre de 1984 al 19 de mayo de 1985. (Área Decoración Envases) y, ii) Selector varios del 20 de mayo de 1985 a la fecha. (Área de Selección Envases), las cuales fueron certificadas por mi representada, en nada refiere a la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

En suma, lo consignado en la contestación de la demanda, por parte del tercero no puede tenerse como prueba idónea o calificada para establecer que la *"función desempeñada por el asegurado se desarrollaba con exposición a sustancias cancerígenas"*, porque como ya se dijo, la prueba para determinar si en efecto la actividad que desarrolló el señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA al servicio de mi representada era de alto riesgo por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, debe ser calificada, producto de una investigación que obedezca a un criterio técnico y objetivo que verifique la presencia de un riesgo en la salud del trabajador en el sitio específico donde prestó el servicio.

Debe tenerse como aceptación tácita de los hechos y pretensiones de la demanda, por parte de COLPENSIONES, al guardar silencio.

En la situación concreta del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA es importante hacer énfasis en que, en vigencia de la relación laboral nunca estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas. Adicionalmente, el Decreto 2090 de 2003 definió en su artículo 3° que para el reconocimiento de una pensión especial de vejez por alto riesgo debe haber una dedicación permanente o habitual al ejercicio de actividades de alto riesgo, situación que no se presenta respecto del citado señor en lo que concierne a sustancias comprobadamente cancerígenas.

En este orden de ideas, no hay lugar imponerle una obligación a CRISTALERÍA PELDAR S.A., como lo es la de hacer cotizaciones adicionales por actividad de alto riesgo por el tiempo en que el trabajador estuvo laborando al servicio de mi prohijada.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA QUE AVALA LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS, LEGALES DE LA MISMA

Con el presente se adjuntan las siguientes sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL5539-2015, radicación 45083 de 6 de mayo de 2015 y SL17123-2014, radicación 42494 de 3 de diciembre de 2014, entre otras, con las cuales esa Alta Corte ha considerado que para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con demostrar la prestación del servicio en una empresa clasificada como de alto riesgo o que maneje sustancias comprobadamente cancerígenas, pues es necesario que se pruebe que el trabajador estuvo expuesto a dichas sustancias en el ejercicio de las funciones, tal como lo exige el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, como también el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el mecanismo para su demostración no es otro que el concepto técnico que para tales efectos tienen que emitir las dependencias de salud ocupacional del ISS (Hoy COLPENSIONES), el cual, como se demostró no existe, quienes deben calificar, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

También ha dicho esa Corporación que el hecho de que una empresa esté clasificada como de alto riesgo, no quiere decir que todos los oficios de los trabajadores deben clasificarse como de alto riesgo, pues la exposición debe probarse, **además tal exposición debe ser directa**, descartando toda mera exposición o exposición indirecta al riesgo. (SL12427-2014. Se aporta extractos de la sentencia.)

En sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expediente No. 22565, de 6 de septiembre de 2004, se plasma con total claridad, la obligación de cumplir con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, siendo esta la única prueba idónea para proceder al reconocimiento por alto riesgo. Veamos:

"El recurrente pretende demostrar que el actor "... llena la totalidad de los requisitos exigidos por el art.15 del Acuerdo 049/90 del ISS ... para adquirir el derecho a la pensión de vejez especial por exposición a sustancias

cancerígenas...". Sin embargo, las pruebas que a efectos de demostrar lo anterior acusa como inestimadas o mal apreciadas, en manera alguna logran desvirtuar la conclusión del tribunal en el sentido de que no existe en el proceso "la prueba idónea para tal efecto ...", ya sea la exigida en el artículo 2º inciso 2º del Decreto 1281 de 1994, o la que determina el parágrafo 1º del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 al exigir la calificación de la correspondiente actividad por parte de las dependencias de Salud Ocupacional del ISS. (Subrayado fuera del texto)

"En efecto: Los documentos de folios 96 a 130 corresponden a unos reportes elaborados por la Fundación para la Protección de Ambiente y la Salud, FAS, sobre determinación de polvo de asbesto en el ambiente ocupacional de la empresa Colombit S.A. durante determinados meses de los años 1988 a 1993, que en manera alguna suplen la arriba aludida calificación del ISS que echó de menos el tribunal. (Subrayado fuera del texto)

"El documento "que obra a folios 54" no contiene una certificación del riesgo de la actividad de la empresa, sino que corresponde a una hoja, concretamente a la segunda, de la resolución 3011 de diciembre de 2000 del ISS. Y aún mirada esta resolución en su totalidad, no puede afirmarse que contenga una certificación de riesgo sino, cuando más, una referencia a los oficios desempeñados por el actor que tampoco suplen la referida calificación de tales oficios por parte de las dependencias de Salud Ocupacional del ISS. (Subrayado y en negrilla fuera del texto)

"En lo que respecta a los documentos de folios 91 a 95, advirtió el tribunal que informan que la empresa Colombit S.A. afilió al trabajador al ISS entre el 10 de marzo de 1970 y el 8 noviembre de 1993 "para una sumatoria total de 1252,4286 semanas cotizadas" y ello es justamente de lo que da cuenta la documental en cuestión.

Finalmente, el documento de folios 124 a 126, contiene información remitida por la empresa Colombit S.A. al juzgado del conocimiento en relación con "tiempo de servicio, cargos, funciones y niveles de exposición del señor... Arias Gómez" y nada distinto de su contenido derivó el sentenciador al destacar que "da cuenta que se desempeñó como laboratorista entre el 10 de marzo de 1970 y el 1º de enero de 1980; como jefe de laboratorio entre enero de 1981 y enero de 1982; como jefe de control calidad entre enero de 1982 y junio de 1993, y como jefe de almacén entre este mes y noviembre del mismo año ...".

"Por lo dicho, no prospera la acusación".

En el presente caso, el estudio técnico que exige la norma no existe a pesar que COLPENSIONES está obligada a realizarlo, razón por la que en la expedición de los actos administrativos mediante los cuales reconoció una pensión por alto riesgo no tuvo en cuenta las reales condiciones en las que el señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA prestó sus servicios, por lo que incumplió así el precepto normativo ya referido y reconoció una pensión especial de vejez sin fundamento alguno, gravando los recursos del sistema y ahora los de mi representada en caso que se le imponga la carga de realizar unos aportes adicionales frente a los cuales no está obligada porque el trabajador no desempeñó ninguna actividad de alto riesgo, además de vulnerarle los derechos fundamentales de contradicción, defensa y debido proceso de mi prohijada.

En sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL5539-2015, radicación 45083 de 6 de mayo de 2015, se lee:

"Finalmente, importa mencionar que esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL16898-2014, entre otras, ha considerado que para ser beneficiario de la

“pensión especial de vejez, no basta con demostrar la prestación de los servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que resulta necesario que se pruebe que el trabajador estuvo expuesto a dichas sustancias en el ejercicio de sus funciones, exigencia que se ha encontrado predicable tanto del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 como del artículo 117 del Decreto 2150 de 1995.

“Bajo esta óptica, no pudo incurrir en ningún error el ad quem al estimar que era necesario que el trabajador demostrara que laboraba en una de las cuatro actividades relacionadas en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, de forma permanente y debidamente calificada por las dependencias de salud ocupacional del ISS, previa investigación sobre la habitualidad, equipos utilizados e intensidad de la exposición, de modo tal que no es suficiente con acreditar que se labora en una empresa de clasificación de alto riesgo, pues, en consideración del fallador, no todos los trabajadores se encuentran sometidos al riesgo máximo de la empresa.

“Por lo visto, el Tribunal no cometió los errores fácticos de que lo acusa la censura”. (Destacado en negrilla y subrayado fuera del texto)

En fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL17123-2014, radicación 42494 de 3 de diciembre de 2014, esto dijo sobre la necesidad de cumplir con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990, para reconocer la pensión de alto riesgo:

“En sentencia reciente de la CSJ SL 10031-2014, 30 de julio, 2014, rad. 43436, proferida en un proceso análogo seguido contra las mismas demandadas, en el que se solicitaba la pensión especial de vejez por exposición a sustancia comprobadamente cancerígenas, se precisó que en esos casos era indispensable demostrar que el trabajador demandante estaba realmente expuesto a tales sustancias, por virtud de las tareas u oficios que éste desempeña, lo cual resulta predicable tanto a la luz del A.049/1990 art. 15 aprobado por el D. 758 de igual año...” (Destacado en negrilla y subrayado fuera del texto)

De lo anterior tenemos que no es posible reconocer una pensión por alto riesgo sin cumplir con los mandatos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990. Por tanto, se puede concluir que no existiendo en el presente caso el cumplimiento de esta disposición los actos administrativos acusados se expidieron con indebida motivación, pues como se citó, es preciso demostrar que el trabajador, estaba realmente expuesto a tales sustancias, siendo aplicable en ese caso lo ordenado en el ya citado acuerdo.

EN RESUMEN TENEMOS

1. No existe notificación a CRISTALERÍA PELDAR S.A., del inicio del proceso de reconocimiento de la pensión del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, por parte de COLPENSIONES.
2. No existe notificación a CRISTALERÍA PELDAR S.A., para ejercer sus derechos fundamentales de contradicción, defensa y debido proceso, una vez se abrió el proceso de reconocimiento de una pensión al señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, cuando COLPENSIONES decidió unilateralmente tramitarla como de alto riesgo.
3. No existe original o copia auténtica del estudio de “la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición” del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, con fechas de realización, criterios técnicos

tenidos en cuenta y metodología empleada de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990.

4. Consecuencial con el número anterior, COLPENSIONES y el tercero interesado no enviaron certificación con los nombres, identificación y cargos de las personas encargadas de realizar del estudio de la actividad desarrollada sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición del señor ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA, de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo 049 de 1990.

SOLICITUD

Solicito muy respetuosamente al Despacho, que se acceda a las pretensiones de la presente acción, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados y restableciendo los derechos de la accionante.

ANEXOS

1. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL5539-2015, radicación 45083 de 6 de mayo de 2015.
2. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL17123-2014, radicación 42494 de 3 de diciembre de 2014.
3. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expediente No. 22565, de 6 de septiembre de 2004.
4. Extractos de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL12427-2014.

Del honorable Magistrado, con toda atención,



RICARDO ÁLVAREZ OSPINA

C. C. 79.553.940 de Bogotá
T. P. 113.117 C. S. J.