REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	GLADYS CERÓN POSSO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.
LISTISCONSORTE NECESARIO	METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.
RADICACIÓN	76001310501220180018501
TEMA	PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ
PROBLEMAS	• Establecer si está probado que la demandante estuvo o no expuesta a trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas y, si es así, si tiene o no derecho a la pensión especial de vejez. • Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
DECISIÓN	Revocar la sentencia absolutoria apelada y consultada

AUDIENCIA PÚBLICA No. 646

En Santiago de Cali, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia

absolutoria No. 149 del 11 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 497

I. ANTECEDENTES

GLADYS CERÓN POSSO demanda a **COLPENSIONES** con el fin de que se declare que por ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994 y el inciso 1º del 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por estar expuesta a sustancias comprobadamente cancerígenas, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, a partir del 22 de marzo de 2007; los intereses moratorios a partir del 25 de julio de 2014 o la indexación.

Como fundamento de las pretensiones manifiesta que nació el 22 de marzo de 1959, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad; que trabajó en METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. desde el 15 de junio de 1992 en el cargo de analista química, expuesta a sustancias como plomo, **arsénico**, ácido sulfúrico, cadmio, manganeso y aluminio, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1° de septiembre de 1979 y allí permaneció hasta el 1° de mayo de 2014, fecha a partir de la cual le fue reconocida la pensión de vejez, mediante la Resolución GNR 155084 del 6 de mayo de 2014, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 como beneficiaria del régimen de transición, en cuantía inicial del $702.970, que METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. no pagó el 6% y 10% de cotización adicional por alto riesgo.

Indica que el 5 de mayo de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo, en los términos del artículo 15 del Decreto 758 de 1990 por haber laborado expuesta a sustancias altamente cancerígenas y a altas temperaturas; que COLPENSIONES, pese a que había aportado la información con la solicitud de la pensión, el 31 de julio de 2015 le respondió que no se había aportado la certificación de METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. de haber trabajado con sustancias consideradas de alto riesgo ni del pago de la cotización especial, ni el certificado de la ARL donde indicara que la labor desempeñada era de alto riesgo; que la información la volvió a aportar el 13 de agosto de 2015.

Indica que Fernando Ramírez Ramírez, Gerente Administrativo de METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. certificó el 9 de abril de 2015, que ella labora en esta empresa desde AGOSTO DE 1992 desempeñando en el Laboratorio de Análisis Químico las siguientes funciones: *"- Análisis químico de plomo y sus aleaciones que contienen arsénico, antimonio, cobre, estaño, etc., metales babbitt, con utilización de ácido sulfúrico concentrado fumante, … -Análisis químico de plomo y aleaciones de plomo que contienen arsénico, antimonio, cobre, estaño, etc., metales babbitt, soldaduras de estaño, aleaciones de aluminio, aleaciones de zinc y mezcla de gases óxido nitroso acetileno, aire a altas temperaturas, con utilización de ácido clorhídrico, ácido nítrico, acido tartárico, soluciones patrón de plomo, arsénico, cobre, antimonio, estaño, hierro zinc, manganeso, etc.- Análisis químico de aleaciones de aluminio por gravimetría con utilización de ácido clorhídrico y ácido nítrico*."

Señala que COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 272861 del 4 de septiembre de 2015 le negó el reconocimiento de la pensión

especial de vejez por alto riesgo, argumentando que no se acreditó las cotizaciones de alto riesgo de conformidad al Decreto 2090 de 2003.

Narra que el 10 de marzo de 2016 solicitó a METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. análisis del puesto de trabajo y copia de los estudios para identificar que el riesgo en el que trabajó era nivel V; quien el 27 de abril de 2016 con fundamento en el análisis de puesto realizado en este mismo mes por el médico Rodrígo Correa, según ella en esa época en que sus funciones como analista química se intercalaban con otras, y no en un estudio con fundamento en la época en que su labor era 100% como analista química. Narra que con base en ese estudio la empresa indica que la función de analista química corresponde al 10% y las funciones de coordinadora de calidad y auxiliar de despacho corresponden al 90%; respecto a ello, aduce que el análisis que realizó el médico corresponde a labores que ella realizaba en abril de 2016, resalta que el médico narra la verdad en el informe que 10 años antes ella sí se dedicaba al análisis químico 5 veces a la semana, lo que le da la razón; que el médico no basó su análisis en la exposición que ella tuvo al arsénico, sino a otras sustancias que no son cancerígenas, por lo que ese análisis no tienen valor para definir las pretensiones.

Manifiesta que el 15 de marzo de 2016 solicitó a la ARL copia del análisis de riesgo del puesto de trabajo y estudios para clasificar el riesgo a la que estuvo expuesta en nivel V; que contestó que el empleador era el encargado de hacerlos y le entregó la certificación de su afiliación que corresponde al nivel de riesgo V.

Refiere que el 31 de octubre de 2017 reiteró la solicitud a la empresa del análisis del puesto de trabajo y del material manipulado, grado de exposición, mapa de riesgos laborales, procedimiento de laboratorio; y

la empresa el 22 de noviembre le solicita que se aclare la petición, por lo cual se presenta nuevamente el 20 de diciembre de 2017.
Dice que en respuesta a su solicitud, la empresa el 30 de enero de 2018 le entregó el análisis del puesto de trabajo realizado el 10 de febrero de 2017 esta vez por el higienista ocupacional Vladimir Ramírez Díaz, y le negó la entrega de la matriz de riesgo, sistema de salud y seguridad del trabajo, reglamento interno del trabajo, sistema de gestión de salud y seguridad del trabajo y vigilancia epidemiológica, porque la empresa considera que tienen reserva legal.

Indica que el análisis del puesto de trabajo lo realizó el higienista ocupacional Vladimir Ramírez Díaz, es un estudio higiénico de niveles de metales en el aire realizado el 10 de febrero de 2017, época en las que ella ya no realizaba solo el análisis químico, sino otras funciones, pero resalta que en el informe el higienista reseñó que "***en 1992 ingresa a trabajar en la empresa como analista química, en ese año solo desarrolla actividades de análisis químico, durante 16 años y por 8 horas al día manejo de sustancias químicas****; (…)"* que el higienista dice que para el año 2017 *"manipulaba las siguientes sustancias químicas: ácido sulfúrico concentrado 95-97%, ácido clorhídrico, permanganato de potasio, solución de yodo- yoduro, almidón, antimonio, bicarbonato de sodio, peróxido de hidrogeno, silica gel y soluciones de plomo, arsénico, cobre, zinc, estaño, bismuto, aluminio cadmio, magnesio, manganeso, hierro y níquel*…"

Indica que estuvo expuesta a sustancias cancerígenas durante 1.173 semanas según lo certifica la misma empresa el 9 de abril de 2015, al indicar que laboró como analista química entre el 15 de junio de 1992 hasta el 9 de abril de 2015, manipulando entre otras sustancias el arsénico, y al ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 8° del Decreto 1281 de 1994, tiene derecho a que se le aplique

el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, que dispone la disminuir 1 año a la edad de disfrute por cada 50 semanas de cotización con posterioridad a las primeras 750 semanas cotizadas de forma continua o discontinua expuesta a sustancias comprobadamente cancerígenas; que en ese sentido tiene derecho a disfrutar la pensión desde la fecha en que cumplió los 48 años de edad por exceder en más de 366 semanas de trabajo en alto riesgo.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones e indica que la demandante no demuestra que haya trabajado expuesta a sustancias cancerígenas que le permitan obtener la pensión especial de vejez; adujo que no se pagó el aporte adicional por actividades en alto riesgo. Solicita que se integre a METALURGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. en calidad de litisconsorte necesario por ser el empleador de la demandante, formula las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. quien fue vinculada como litisconsorte necesario mediante el Auto No. 2496 del 4 de junio de 2019, manifiesta que es cierto que la demandante trabajó para ella desde junio de 1992 hasta el 4 de diciembre de 2017; pero que no estuvo expuesta a sustancias comprobadamente cancerígenas de acuerdo al análisis de puesto de trabajo que realizó el médico Rodrigo Correa en abril de 2016, en el cual concluyó que el trabajo realizado por la demandante es de exposición tipo 1, es decir baja B1, ocasional o infrecuente a bajos niveles; que los elementos de protección que se le brindó a ella son adecuados al factor de riesgo. Dijo que es a Colpensiones a quien le corresponde responder por las pretensiones de la actora.

Aduce que no es cierto que el médico Rodrígo Correa no haya sustentado el análisis del puesto de trabajo desde que empezó la relación de la demandante con la empresa desde junio de 1992, indica que sí lo hizo desde esa fecha hasta abril de 2016, y que en ese lapso la demandante se desempeñó como analista química en el 10% de la jornada laboral, esto porque la demandante realizaba múltiples funciones como analista química desde el 15 de junio de 1992 al 4 de diciembre de 2017, como secretaria, con remisiones de material, atendiendo quejas y reclamos, seguimiento de clientes a partir del año 1998 hasta el año 2003, dirigía el programa de salud ocupacional desde el 25 de febrero de 1994 hasta el 4 de diciembre de 2017, y fue nombrada gestora del sistema de calidad desde su implementación en julio 15 de 2003 hasta el 4 de diciembre de 2017.

Hace un cuadro en el que describe la organización del trabajo de la demandante en el que indica que la jornada laboral es de 8 horas, en la semana son 48 horas, y el ritmo de trabajo "*depende de las fases de la fundición. Actualmente 2 v/semana. Antes de 10 años 5 v/semana*", no trabaja horas extras, y que el trabajo directo con los químicos promedio es de 2 h semanales.

Dice que el estudio higiénico de niveles de metales en el aire del puesto de trabajo que realizó en noviembre de 2017 el higienista Vladimir Ramírez Díaz arrojó que el grado de riesgo para los metales de plomo es 0.00, manganeso 3.32, níquel 0.00 y cromo 0.00.

Propuso las excepciones de carencia del derecho sustancial reclamado, pago, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido a cargo de METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A., falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa de la demandante, pago, prescripción, buena fe y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de instancia absolvió a **COLPENSIONES** y a **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** de las pretensiones formuladas por **GLADYS CERÓN POSSO**.

Consideró que la demandante al haber nacido el 22 de marzo de 1959 no es beneficiaria del régimen de transición, porque para la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, el 23 de junio1994, no tenía 35 años de edad, ni 15 años de cotizaciones, por lo cual no le es aplicable el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990.

Dijo que la dinámica de las pensiones especiales por exposición a alto riesgo en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 sí establecía que no es cualquier tipo de exposición, sino que la entidad de seguridad social tenía que verificar la cantidad, la intensidad y el período de permanencia en la exposición para poder determinar si en efecto se podría considerar la actividad de alto riesgo; que el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003 sí determinan que dentro de las actividades que se consolidan como de alto riesgo está la actividad en exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas; que no es cualquier sustancia que sea sospechosa de tener o producir efectos cancerígenos.

Indicó que de las sustancias químicas de las que se indican en la demanda que estuvo expuesta la demandante, en la dinámica colombiana la única que es catalogada como comprobadamente cancerígena es el arsénico.

Refirió que en la sentencia SL 12427 de 2014 la Corte Suprema de Justicia advirtió que se exige una dedicación y una actividad

permanente en la exposición de alto riesgo, dijo que eso quiere decir que si la exposición es eventual, esporádica y mínima, no se entiende que la actividad sea de alto riesgo; que no basta con la sola exposición a una sustancia cancerígena, sino que debe ser comprobadamente cancerígena y que tiene total incidencia que la actividad tenga la suficiente intensidad para que se genere un riesgo que merezca ser cuidado de manera especial.

Señaló que al analizar con base en esas consideraciones, si existe o no claridad sobre cuál fue la cantidad específica de exposición que la demandante tuvo al arsénico, encontró que con base en el análisis del médico Rodrigo Correa aportado por la empresa, la demandante tuvo un riesgo químico, pero no determinó específicamente que ese riesgo químico haya sido constante al arsénico, ni tampoco se determinó que haya sido un nivel de riesgo alto o medio; que por el contrario le quedó claro que el médico advierte que por la forma en que se desarrollaba la actividad de la demandante, el nivel de exposición no alcanzaba a ser un nivel alto y que el listado de sustancias aportado ninguno es comprobadamente cancerígeno. Dice que el médico determinó que la exposición es baja, que existió un riesgo químico, pero no dice en ese estudio y ni siquiera se analizó en ese aspecto cuál era la incidencia del arsénico en la actividad que desarrollaba la demandante; que esa era la cuestión que se debió determinar.

Dijo la juez que reconoce que la demandante sí tuvo una exposición al arsénico, pero que según la perito Gladys Guerrero Núñez, el arsénico depende de la proporción, la cantidad o el porcentaje al que se esté expuesto; que la perito aclaró que el arsénico no era directo, sino que estaba presente por trazas en las aleaciones respecto de las cuales la demandante tomaba muestras; que la perito dijo que hay unas tasas de factores permisibles y que ahí estaba la utilización del arsénico que era 0.1, 0.3 y 0.4. Por lo que concluye que no se puede demostrar que haya

habido una cantidad suficiente, porque no hubo exposición directa, ni un porcentaje que pusiera en riesgo la vida de la demandante, y que no se probó la intensidad en que ese elemento estaba en contacto con la demandante. Que también el análisis del higienista Vladimir aportado por la empresa sobre el puesto de trabajo y los productos químicos que estudiaba la demandante, que no estudió el arsénico, por lo que con ese estudio tampoco se comprobó la utilización del arsénico, ni los porcentajes en que se utilizó.

En cuanto al dictamen pericial de Gladys Guerrero Núñez dice que, ella no da conclusiones claras y concretas; que en efecto dice que hay exposición pero cuando se le pide que concrete en qué consiste esa exposición y que si es a sustancias comprobadamente cancerígenas "*empieza a disertar sobre los niveles permisibles, sobre la periodicidad en que efectúa la exposición, mezcla conceptos médicos respecto a las enfermedades que pueden generar ciertos elementos, pero en concreto en ninguna parte determinó específicamente que la demandante haya estado expuesta de manera permanente y constante al arsénico*".

Sobre la prueba documental indica que existe una certificación de la empresa en la que enuncia que dentro de los elementos que utilizaba la demandante está el arsénico y otros, pero que no se establece la cantidad, intensidad, periodicidad de la manipulación.

De los testimonios rendidos por Héctor dijo que solo había trabajado un año, entre el año 1994 y 1995; que él trabajaba en la sesión de soldadura; que él veía a la demandante trabajar en el laboratorio porque él pasaba por ahí 2 o 3 veces al día y por una ventana podía ver lo que ella hacía; que Wilmar y Antonio Zacarías dijeron que eso era imposible, que sí había una ventana pero que por ahí no se veía nada. Concluye la juez que es falsa la afirmación de Héctor de que sí podía estar

verificando que la actora estuviera en el laboratorio las dos o tres veces que él pasaba, y que no es coherente porque también dijo que la vía tomando las muestras, por lo que no le es posible verificar cuántas veces era que la veía en el laboratorio; que Héctor dijo que la demandante iba directamente a la planta a tomar la muestra y que en ese procedimiento se demoraba de media a una hora y que lo hacía dos o tres veces, pero que Wilmar y Zacarías dijeron que la actora no tomaba las muestras, sino otro empleado; de lo anterior colige que no se puede establecer cómo es que se recogen las muestras, ni las actividades que desarrollaba la actora; que en lo único que concuerdan es que nadie entró al laboratorio; que los testigos Héctor y Antonio Zacarías dicen que la demandante trabajaba sola, pero que Wilmar dijo que la ayudaba Héctor; que sobre la cantidad de muestras Hector dijo que se llevaban muestras dos o tres veces al día, y que había días en los que no se tomaban, como también lo dijeron Antonio Zacarías y Ovidio; que por su parte, Wilmar dijo que siempre se llevaban muestras; la juez concluye que tampoco se tiene certeza del número de días en que la actora realizaba el análisis; que sobre los porcentajes y cantidades que se producía no se pudo establecer, puesto que Ovidio dijo que no tenía claridad, Hector dijo que eran de ocho a diez toneladas a la semana, Antonio Zacarías dijo 80 toneladas a la semana, y Wilmar dijo que de tres a ocho toneladas semanales, que no saben nada sobre los hornos; y dijeron que el tamaño de la muestra es como una moneda de mil pesos, pero que no coincidieron en el peso de la muestra; que no dieron cuenta para qué sirve el arsénico, cada cuánto se analizaba, ni sobre la cantidad analizada.

Relaciona lo dicho por los testigos, con la explicación del higienista Vladimir sobre la exposición en la manipulación del material, que es simplemente en la parte final porque hay un preámbulo donde la persona tiene que limpiar las probetas, esperar que se enfríen unos

químicos, de ahí concluye que si bien una persona está en un laboratorio no está expuesta de manera directa a la muestra porque todavía no se ha sometido la muestra al rigor científico, no se le han aplicado todos los químicos, no se le ha hecho todo el procedimiento, y que es allí cuando genera la exposición y no es una exposición directa, sino como lo que dijo la perito Gladys Guerrero Núñez , que es una traza.

Coligió que le quedó claro que la demandante trabajaba de lunes a viernes, que no siempre había producción, no siempre los hornos estaban totalmente llenos, y que la producción dependía de los pedidos, pero que con esto, no se puede establecer la cantidad, permanencia, intensidad, frecuencia de la exposición de la demandante al arsénico. Por tanto que, no podía suponer las condiciones de la exposición para conceder la pensión especial de vejez.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte DEMANDANTE presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones.

Indica que la juez se equivoca al concluir que su representada no es beneficiaria del régimen de transición, dice que por haber nacido el 22 de marzo de 1959, al 1° de abril de 1994 cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años, y con mayor razón al 23 de junio de 1994 cuando entró en vigencia el Decreto 1281 de 1994 también contaba con 35 años de edad, por lo que la norma aplicable es el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, tal y como se reconoció la pensión de vejez por parte de Colpensiones, de lo cual no hay discusión en el proceso, señala.

Aduce que en la sentencia se realizó un análisis parcializado, que la juzgadora indica que la exposición a la sustancia no era permanente con fundamento en que el Acuerdo 049 de 1990 que así lo exige. Respecto a esto alega que el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 no exige que la exposición sea permanente, leyó el contenido del parágrafo primero de ese artículo, del que extrae que se exige habitualidad e intensidad de la exposición, dijo que no se exige que el trabajador esté expuesto 8 horas, pues que esto es imposible porque se generarían repercusiones inmensas para su salud para los trabajadores con sustancias cancerígenas; alega que lo que se debe probar es que sí estuvo expuesta a una sustancia comprobadamente cancerígena; aduce que no es la juez la que determina qué sustancias son comprobadamente cancerígenas, sino que tal clasificación se hace de acuerdo a la bibliografía ACGIH, la cual es adoptada por Colombia; dice que en el proceso quedó demostrado que el arsénico es una sustancia comprobadamente cancerígena, con el dictamen de la perito Gladys Guerrero Núñez quien expresó que esa sustancias es A1: carcinogénico humano comprobado.

Califica de parcializados los análisis de puesto de trabajo que aportó la empresa realizados por higienista Vladimir Ramírez Díaz y el médico Rodrigo Correa, porque fueron pagados por la empresa y no desarrollan una integralidad dentro de las funciones que realizaba la demandante, porque: i) el higienista Vladimir Ramírez Díaz realizó el análisis del ambiente de trabajo en noviembre de 2017, cuando demanda que se reconozca la exposición que tuvo desde el año 1992 al 2015 y se tomó una sola muestra en la que no analizó el arsénico, solo analizó el plomo, y que así lo admitió en el testimonio que rindió en la audiencia virtual; ii) que la juez dice que en esos dos análisis no hay evidencia del arsénico, para lo cual dice la recurrente que “*por supuesto que no lo*

hay, porque no lo analizaron", pero que sí hubo exposición, como lo dijo la perito Gladys Guerrero Núñez

Aduce que por libertad probatoria, sobre lo cual la Corte Suprema en sentencias con radicación 59845, 31745 de 2007 y SL 086 de 2018 indica que la exposición no puede probarse solo por un dictamen pericial, sino a través de otros medios probatorios analizados por la ley, porque no hay una tarifa legal.

Indica que no es cierto que no se haya comprobado si la demandante durante las actividades o durante la habitualidad de las actividades, siempre estuvo en contacto con el arsénico; que no analizó que la demandante en el interrogatorio de parte dijo que durante toda la relación laboral estuvo en contacto con esta sustancia, dice que no es cierto que no se haya demostrado en qué cantidad se utilizaba el arsénico, cuando la demandante dijo que el arsénico era usado en 1 gramo con 20 ml de ácido sulfúrico concentrado, y que los porcentajes de arsénico eran de 0.3%, 0.2% o 0.4%, lo cual es superior a los valores límites permisibles que enuncia la perito Gladys Guerrero Núñez, toda vez que en la tabla que realizó en el punto número 6 se indica que el arsénico que cataloga como comprobadamente cancerígeno, en su valor límite permisible es de 0.01%; que la demandante indica que el arsénico lo utilizó en todos los años de su relación laboral y la empresa se dedica a la metalúrgica.

Señala que contrario a lo que dice la juez, la perito Gladys Guerrero Núñez en el informe en el capítulo octavo de concepto técnico, sí indicó que: "*teniendo en cuenta las funciones desempeñadas por la señora Gladys Cerón en el cargo de analista química se puede concluir que existió exposición ocupacional a la mezcla de diferentes metales, uno de ellos en la columna tiene la anotación del valor A1 y como ya lo*

había mencionado la anotación A1 significa que es carcinogénico humano confirmado", quiere esto decir que, hubo exposición al arsénico y que ésta es una sustancia comprobadamente cancerígena.

En cuanto a los análisis del puesto de trabajo que realizaron el higienista Vladimir Ramírez Díaz y el médico Rodrigo Correa indica que no realizaron análisis del metal arsénico, sino respecto a otros metales, por lo que de ellos no se puede concluir que la demandante no estuvo expuesta al arsénico, como mal lo hace la juez.

Aduce que del análisis de los testimonios que trajo la demandante, la juez indica que son *"contradictorios, que el uno dice una cosa y el otro dice otra cosa"*, pero que no hace una valoración de los testimonios de la empresa, por ejemplo de Ovidio quien se presentó como jefe de producción y dijo que el arsénico estuvo presente dentro de los análisis que hacía la demandante y que ésta era la única analista química de la empresa; además que sí fue contradictorio y falso al indicar que no sabe la cantidad de arsénico que se producía en la metalúrgica, cuando ha desempeñado el cargo de jefe de producción.

Reprocha el testimonio de Martha Lucía Ramírez, porque es hermana del dueño de la empresa, y por ser contradictorio porque dijo que la demandante trabaja 8 horas en la semana y luego dice que durante 4 horas realizaba comités semanales, lo que por su propio peso se cae que iba a trabajar 8 horas a la semana.

Dice que hay que valorar que los testigos dijeron que el arsénico sí estaba presente en los análisis que hacía la demandante; la copia de contratos y certificaciones se evidencia que fue contratada durante toda la relación laboral como analista química desde el año 1992.

Señala que es errado pensar que para acceder a la pensión se debe padecer una enfermedad laboral, o que el riesgo se desborde, porque no tendría sentido las normas que buscan evitarlo, lo que sí se debe valorar es que la trabajadora haya estado en exposición a la sustancia, dice que la habitualidad sí está comprobada, pues no se negó que siempre fue analista química, fue la única persona que desempeñaba ese cargo, y lo hizo durante toda la relación laboral; que el arsénico tiene clasificación internacional de ser una sustancia comprobadamente cancerígena, y la demandante siempre trabajó con ella.

Así que, si está demostrada que la demandante estuvo en exposición a la sustancia que es comprobadamente cancerígena, tiene derecho a que se conceda la pensión especial de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 con la reducción de 7 años para el disfrute de la pensión por tener 1.116.71 semanas en alto riesgo, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de 1993, indica que estos proceden con fundamento en lo dispuesto en la sentencia SL 1671 de 2020, en la que se indica que se causan cuando la pensión se reconoce con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, los apoderados judiciales de la parte DEMANDANTE y de METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A., quienes reiteraron los argumentos expuestos ante el juzgado de instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Así las cosas, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante se definirá si GLADYS CERÓN POSSO tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas y a los intereses moratorios establecidos en la Ley 100 de 1993. O a la indexación, para lo cual la sala se centrará en su orden a resolver: **i)** si es o no beneficiaria del régimen de transición y qué norma se le debe aplicar; **ii)** si demostró o no que estuvo expuesta a sustancias comprobadamente cancerígenas cuando laboró al servicio de **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.**, que en el caso concreto se dice fue al *arsénico*; **iii)** si cumple o no con los requisitos de semanas cotizadas y laboradas en alto riesgo y la edad; **iv)** si el hecho de que **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** no haya realizado las cotizaciones especiales por trabajo en alto riesgo sacrifica el eventual derecho que pudiera tener la demandante; **v)** si se causaron o no los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; vi) si se debe condenar a **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** a pagar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** el monto de la cotización especial y adicional, por la demandante, a partir del 23 de junio de 1994 hasta el 1° de mayo de 2014, actualizado a valor presente.

Los hechos que están fuera de discusión son los siguientes: **i)** que **GLADYS CERÓN POSSO** nació el 22 de marzo de 1959, fl. 23; **ii)** que **GLADYS CERÓN POSSO** laboró para **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** desde agosto de 1992; **iii)** que la demandante acredita 1.650,43 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES desde el 11 de septiembre de 1979 hasta el 31 de mayo de 2014, según la historia laboral visible a folios 201 al 206 de cuaderno digital; **iv)** que la demandante se encuentra pensionada por

vejez en Colpensiones desde el 1° de mayo de 2014 en cuantía equivalente a $702.970, como beneficiara del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, fls. 34-37.

Beneficio del régimen de transición y norma que le es aplicable

La juez consideró que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición porque no contaba con 35 años de edad al 23 de junio de 1994 cuando entró en vigencia el Decreto 1281 de 1994, ni contaba con 15 años de servicio. Tal conclusión es equivocada, puesto que la demandante al haber nacido el 22 de marzo de 1959, es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, también es beneficiaria del régimen de transición de las pensiones especiales de vejez establecido en el artículo 8° del Decreto 1281 de 1994, porque cuando entró en vigencia –el 23 de junio de 1994- tenía 35 años de edad, lo cual permite la aplicación del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 para efectos de la prestación especial de vejez que pretende.

En lo que respecta a la pensión especial de vejez el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 establece:

> *"Artículo 15. **Pensiones de vejez especiales.** La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:*
>
> *a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;*
>
> *b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;*

c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

Parágrafo 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada ***previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición****. (Resaltado fuera del texto original)*

Parágrafo 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional."

Conforme a la norma transcrita, y de acuerdo a lo planteado en el caso bajo examen, se tiene que para que la trabajadora sea beneficiaria de la pensión especial de vejez, se requiere, **i)** que haya estado **expuesta a sustancias comprobadamente cancerígenas**, tal y como lo señala el literal b) y **ii)** que se acredite que dicha exposición de acuerdo a la actividad desarrollada **sea habitual** y a la **intensidad de la exposición**, en los términos previstos en su parágrafo primero.

Teniendo en cuenta lo anterior la sala pasa a definir si la demandante estuvo o no expuesta a una sustancia cancerígena; de ser así, si está o no demostrado la habitualidad e intensidad de la exposición para que sea considerada una actividad de alto riesgo.

Exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, habitualidad e intensidad de la exposición

Sobre este punto, la juez de instancia considera que la demandante sí estuvo expuesta al arsénico y que es una sustancia comprobadamente cancerígena, pero que no encontró demostrado la "*cantidad",* "*tamaño",* "*intensidad"* y "*periodicidad*" a la que estuvo expuesta la demandante; al respecto la recurrente alega que lo que se debe definir es la exposición y su habitualidad, lo que considera sí quedó demostrado en el proceso.

Para resolver la anterior cuestión la sala definirá si está demostrado **a)** la exposición de la demandante a sustancias que estén clasificadas como comprobadamente cancerígenas en la empresa **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** y **b)** si está satisfecha la habitualidad e intensidad a tal exposición. Se precisa que la sala no se detendrá en definir si la juez dio interpretación correcta o no al parágrafo 1° del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, porque se considera que en conjunto de la argumentación de las consideraciones, lo que la juez denominó como "*cantidad",* "*tamaño",* "*intensidad"* y "*periodicidad*" no es otra cosa que determinar la habitualidad e intensidad de la exposición, entonces, la Sala lo que resolverá es si éstas características de la exposición están demostradas.

a) Exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas

En relación a la exposición a sustancias cancerígenas, se encuentra en el PDF07 DictamtenPericial el concepto técnico de la perito Gladys Guerrero Núñez, química, magister en Salud Ocupacional, en el marco teórico indica que Colombia en el artículo 154 de la Resolución No. 02400 de mayo 22 de 1979, adopta como valores límites permisibles los adoptados por la ACGIH (Conferencia Americana de Higienistas Industriales Gubernamentales) que clasifica como A1: Carcinogénico humano confirmado, las sustancias que producen cáncer; que se considera que su la evaluación de un contaminante se encuentra entre el 50 y el 100% del TLV es necesario realizar controles en el factor de riesgo, porque es posible que el trabajador se encuentre expuesto a concentraciones del contaminante por encima de los Valores Límites Permitidos. Define el "*grado de riesgo*" como un "*indicador de la severidad de la exposición al riesgo que se expresa en un resultado numérico de la relación entre la contaminación y el valor límite*

permisible, multiplicado por la relación entre el tiempo de exposición al factor de riesgo y la duración de la jornada de trabajo": GR=concentración/ TLV X Tiempo de exposición/8.

En cuanto a los valores de límites permisibles indica que TLV-TWA significa el Valor Límite Umbral-Media ponderada en el tiempo. Concentración media ponderada en el tiempo, para una jornada normal de ocho horas y una semana laboral de cuarenta y ocho horas, a la que pueden estar expuesto casi todos los trabajadores repetidamente día tras día, sin efectos adversos para su organismo.

Expone en un diagrama la *exposición Ocupacional a las sustancias químicas* y los valores límites permitidos, la clasificación – notación - y los efectos críticos de las sustancias que usó la demandante, en los que analizó la perito, la Sala solo expondrá la que la perito indicó que se encuentra con la notación A1, en el siguiente tenor literal:

6.5 TABLA #1: METALES Y ALEACIONES QUE SON ANALIZADAS

Metales	**Composición Química**	**TLV-TWA mg/m^3**	**Notación**	**Efectos Críticos**
Aleaciones de Plomo	Arsénico (As)	0.01	A1	Cáncer de pulmón.

De lo anterior, la Sala colige que la demadante estuvo expuesta a aleaciones de plomo con arsénico el cual es una sustancia comprobadamente cancerígena y el valor límite permitido de esta sustancia es 0.01.; no obstante a este valor límite permitido, la perito, explica en la conclusión número 3 del capítulo 7 del informe técnico que "3. *sin embargo, debido a la susceptibilidad individual, puede ocurrir que algún porcentaje de los trabajadores desarrolle alteraciones de salud, aunque el nivel de exposición sea realmente bajo. Por otro lado puede*

suceder, que se agraven enfermedades de tipo común, o profesionales, al exponerse a concentraciones teóricamente seguras".

Finalmente, conceptuó que "*Teniendo en cuenta las funciones desempeñadas por la señora GLADYS CERÓN, en el cargo de ´Analista Química´, se puede concluir que existió exposición ocupacional a la mezcla de diferentes metales, uno de ellos tiene en la columna ´Notación´ el valor A1 (*Aleaciones de plomo con composición química Arsénico*)*
Durante su vinculación laboral La exposición a las sustancias químicas, siempre estuvo presente. (…) *Al hacer el listado de las sustancias químicas utilizadas, la columna de los ´Efectos Críticos´ que se mencionan* (Cáncer de pulmón)*, estos efectos se dan cuando existe una exposición continua durante la jornada laboral*".
De la explicación dada por la perito Gladys Guerrero Núñez la Sala encuentra demostrado que la demandante sí estuvo expuesta al Arsénico que es clasificado por la Conferencia Americana de Higienistas Industriales Gubernamentales - ACGIH como A1: Carcinogénico humano confirmado.

La Sala le da valor probatorio al informe técnico de la perito Gladis Nubia Guerrero Núñez, química especialista en salud ocupacional, en los anteriores términos, porque es consistente en sus dichos, realiza su informe tomando en cuenta 3 análisis del puesto de trabajo que le entregó la empresa, la visita que realizó a la empresa y el ingreso al laboratorio, el registro fotográfico y la entrevista personal con la demandante en torno a las actividades y funciones que desempeñó, y emite sus conclusiones a partir de la revisión y análisis de los valores límites permisibles de las sustancias químicas utilizados en los procesos propios de la tarea; y en la audiencia celebrada en el juzgado, amplió los conceptos del dictamen expresando que la demandante sí estuvo

expuesta al Arsénico, explicó que su análisis se basó en muestreos, en la metodología empleada por la actora y el tiempo exposición (1 hora 3 minutos, parte 1) de lo que concluye que sí existió exposición durante el tiempo en que ella trabajó para la empresa de manera directa y en aleaciones o mezclas que tiene como límite permisible 0.01% pero que existen otros factores individuales de los trabajadores que pueden generar la enfermedad aún en exposiciones mínimas (1 hora, 21 minutos, 49 segundos, 1hora 24 minutos 54 segundos, 1 hora 26 min. 17 segundos, parte1), y sostuvo que el equipo utilizado, la campana extractora, por la actora no era la adecuada para el análisis químico (1 hora 18 minutos) de lo cual también dejó constancia en el informe técnico así: "*se hace la siguiente observación: que la sección o área de trabajo, donde se hacen las diligencias y preparación de las muestras, que esta (sic) demarcada como ´Campana´, NO cumple con las especificaciones. El señor Gerente fue receptivo ante esta observación*."

Además de lo anterior, la exposición al arsénico, no solo en las aleaciones de plomo sino en soluciones patrón de arsénico, está demostrada con la certificación que suscribe FERNANDO RAMÍREZ RAMÍREZ, gerente administrativo de METALURGIA SAN JOAQUIN & COMPAÑÍA S.C.A. el 9 de abril del año 2015 visible a folio 157 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1 en el que certifica:

> *"Que la señora **CERON POSSO GLADYS** identificada con cédula de ciudadanía No. **38.437.467** de Cali – Valle, **labora en esta Empresa, desde agosto de 1992 desempeñando en el Laboratorio de Análisis Químico las siguientes funciones** :*
> *-**Análisis químico** de plomo y **aleaciones de plomo que contienen arsénico**, antimonio, cobre, estaño, etc., y Metales Babbitt, con utilización de ácido sulfúrico concentrado fumante, es decir con neblinas de ácido sulfúrico concentrado, por volumetría.*
> *-Análisis químico de plomo y **aleaciones de plomo que contienen arsénico** antimonio, cobre, estaño, etc., Metales Babbitt, Soldaduras de Estaño, Aleaciones de Aluminio y Aleaciones de Zinc, por espectrofotometría de absorción atómica con radiación ultravioleta y*

mezcla de gases óxido nitroso, acetileno, aire, (sic) a altas temperatura, con utilización de ácido clorhídrico, ácido nítrico, ácido tartárico, ***soluciones patrón de plomo, arsénico****, cobre, antimonio, estaño, hierro, zinc, manganeso, etc.*
-Análisis químico de aleaciones de aluminio por gravimetría con utilización de ácido clorhídrico y ácido nítrico. (…) resalta la sala

De lo anterior, se deriva que es la empresa la que indica que la exposición al arsénico se dio desde el año 1992 y hasta al menos a la fecha de la certificación en abril 9 de 2015.

Los informes sobre los análisis de puesto de trabajo y de medición ambiental de metales en el aire contratados por la empresa antes de iniciar este proceso judicial, realizados por el médico Rodrigo Correa y el higienista ocupacional Vladimir Ramírez Díaz, respectivamente, la Sala no les da valor probatorio para definir la exposición que la demandante tuvo o no al arsénico, puesto que estos profesionales omitieron el análisis del arsénico en sus informes. Ciertamente, el médico Rodrigo Correa en abril de 2016 fls. 62 a 68, 241 a 247 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1, en el folio 67 relaciona los químicos con los que basa su análisis entre los que no relacionó el arsénico pese a que es la misma empresa quien indica cuales analizó la demandante como lo hizo en la certificación del 9 de abril de 2015 anteriormente referida, él concluyó que del listado de sustancia suministrado, ninguno aparece como comprobadamente cancerígeno, pero no analizó el arsénico, por lo que no tiene ninguna relevancia para definir el problema que se plantea en este proceso; y por su parte el higienista ocupacional Vladimir Ramírez Díaz en enero de 2018 realizó un análisis higiénico de niveles de metales en aire en el laboratorio de METALURGIA SAN JOAQUIN & COMPAÑÍA S.C.A. fls. 99 a 118, 259 a 280 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1, a folio 108 relacionó los químicos analizados: plomo, manganeso, níquel y cromo, tampoco analizó en su estudio el arsénico, por lo que éste no dice nada para

responder el problema planteado en el proceso sobre la exposición o no a una sustancia cancerígena, puesto que analizó los que no están clasificados como tal por la ACGIH, pero no el arsénico el cual la empresa indica que la demandante trabajo durante su relación laboral en los términos de la certificación del 9 de abril de 2015 anteriormente referenciada. La omisión en el análisis del arsénico fue admitida por los profesionales Rodrigo Correa y Vladimir Ramírez Díaz en la parte 1 de la audiencia celebrada en el juzgado. Por lo que, estos informes no dan cuenta para nada sobre la exposición que tuvo o no la demandante al arsénico, pues tampoco lo niegan.

En cuanto al análisis de puesto de trabajo también contratado por la empresa y realizado por el higienista ocupacional Vladimir Ramírez Díaz en noviembre de 2017, fls. 119 a 130, 248 a 259 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1, corresponde a un informe descriptivo del puesto de trabajo de la demandante del cual se resalta un contenido histórico que diagramó en un cuadro, discriminado por año, oficios y tareas de la demandante, así: en el año 1992, "[la demandante] *Ingresa a trabajar en la empresa Metalúrgicas San Joaquín como analista química, en este año solo desarrollaba actividades de análisis químico,* ***durante 16 años y por 8 horas al día desarrolla manejo de sustancias químicas***".

En el año 2009 *"comienza a alternar sus actividades como analista química y ahora trabaja en el sistema de gestión de calidad. En la actualidad sigue desarrollando estas actividades. D****esde el 2009 hasta la actualidad (2017 actualmente ya no labora) las labores de análisis químico ya es menor y lo hace de forma variable, aprox. 2 horas al día.***

Actualmente manipula las siguientes sustancias químicas*: "(…) Soluciones patrón de: plomo,* ***arsénico****, cobre, (…)*

Uno de los análisis que debe realizar es el proceso de digestión química que consiste en:
1: Preparar la muestra metálica tomando manualmente limallas para el posterior análisis
2: pesar la muestra en balanza analítica
3:llevar a cabo digestión química usando ácidos fuertes y calor, en este proceso se genera vapor de ácido, durante la tarea la analista usa respirador media cara 3M con cartucho químico (niosh), gafas de seguridad, guantes de neopreno y bata de laboratorio."

Este último análisis del puesto de trabajo se considera que es relevante para enlazarlo con el dictamen pericial de Gladys Nubia Guerrero Núñez, la certificación del gerente de la empresa, y colegir que la demandante durante su relación laboral estuvo expuesta a sustancias cancerígenas como lo es el Arsénico.

Lo anterior también sirve para definir la habitualidad e intensidad de la exposición al arsénico, como se pasa a decir.

b) *Habitualidad e intensidad de la exposición*

La Sala al valorar en conjunto las pruebas del proceso encuentra que la habitualidad e intensidad conforme lo exige el parágrafo 1° del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 sí están demostradas, en consideración a que la demandante estuvo expuesta al arsénico en aleación y por solución patrón desde el año 1992 hasta el año 2017 como única analista química en la empresa que se dedica a la explotación de metales como actividad principal.

Lo anterior se dice así, porque no hay discusión que el valor límite permitido de la exposición del arsénico en la aleación de plomo es

0.01% según lo expuesto por la perito Gladys Nubia Guerrero Núñez en su informe técnico; que de acuerdo a la certificación laboral que emitió FERNANDO RAMÍREZ RAMÍREZ, gerente administrativo de METALURGIA SAN JOAQUIN & COMPAÑÍA S.C.A. el 9 de abril del año 2015 visible a folio 157 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1, la demandante no solo estaba expuesta a aleaciones de plomo con arsénico, sino a soluciones patrón de arsénico, y así también lo describió en el análisis del puesto de trabajo de la demandante, el higienista Vladimir Ramírez Díaz en noviembre de 2017, fls. 119 a 130, 248 a 259 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1, cuando expresó "***Actualmente manipula las siguientes sustancias químicas****: (…) Soluciones patrón de: plomo,* ***arsénico****, cobre, (…)"*

Teniendo en cuenta que en la aleación el valor límite de exposición del arsénico equivalente a 0.01% y que también estuvo expuesta a solución patrón de arsénico; que la demandante laboró en METALURGIA SAN JOAQUIN & COMPAÑÍA S.C.A. desde el año1992 como analista química tal y como se lee de la certificación que suscribió FERNANDO RAMÍREZ RAMÍREZ, gerente administrativo de METALURGIA SAN JOAQUIN & COMPAÑÍA S.C.A. el 9 de abril del año 2015 visible a folio 157 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1 en el que certifica:

> *"Que la señora* ***CERON POSSO GLADYS*** *identificada con cédula de ciudadanía No.* ***38.437.467*** *de Cali – Valle,* ***labora en esta Empresa, desde agosto de 1992 desempeñando en el Laboratorio de Análisis Químico (…)***

Aunado a que la testigo Martha Lucía Ramírez quien se presentó como la Coordinadora del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo de METALURGIA SAN JOAQUIN & COMPAÑÍA S.C.A. y el testigo Ovidio Ortiz Muñoz quien dijo ser supervisor de producción de esa empresa, indicaron que la demandante siempre se desempeñó en el

cargo de analista química y que luego con el tiempo agregó la realización de actividades administrativas como secretaria del copaso representante de los trabajadores, actividades de despacho y en quejas y reclamos, pero que durante la relación laboral siempre **fue la única analista química de la empresa durante el tiempo que trabajó ahí**.

Lo anterior concuerda con los contratos a término fijo suscritos entre la demandante y la empresa desde el año 1993 hasta el año 2016 en el cargo de analista química, visibles a folios 138 a 156 vto., y con las certificaciones de trabajo que obran a folios 131 a 137 del expediente digital del juzgado, en las que se dice que la demandante trabajó *desde el 15 junio de 1992 como analista química,* la certificación laboral que obra a folio 135 el gerente de la empresa indica que la demandante *"laboró en esta empresa en el periodo del 16 de enero de 2008 al 15 de diciembre de 2008 con contrato a trabajo a término fijo inferior a un año, desempeñando el cargo de ANALISTA QUÍMICA y* ***en jornada mensual de 192 horas****(…);* la certificación laboral que obra a folio 138 el gerente de la empresa indica que la demandante *"laboró en esta empresa en el periodo del 16 de enero de 2010 al 15 de diciembre de 2010 con contrato a trabajo a término fijo inferior a un año, desempeñando el cargo de ANALISTA QUÍMICA y* ***en jornada mensual de 192 horas****(…);*la certificación laboral que obra a folio 139 el gerente de la empresa indica que la demandante en el año 2009 "*labora en esta empresa, con contrato a trabajo a término fijo inferior a un año, desempeñando el cargo de ANALISTA QUÍMICA y en* ***jornada mensual de 192 horas****(…)" resalta la sala.*

Lo anterior lo reforzaron los testigos Héctor Genaro Angulo Cortés, Wilmar Tello y Antonio Zacarías López, quienes manifestaron haber trabajado en **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.**,

e indicaron que la demandante fue analista química y su lugar de trabajo era el laboratorio, y señalan que esa labor no la desempeñaba otra persona.

Las anteriores pruebas dan cuenta que la demandante siempre se desempeñó como analista química, y todos los testigos coincidieron en expresar que la única que realizaba el análisis de metales fue la demandante, y como ya quedó expresado la exposición al arsénico está demostrada así como su clasificación de ser una sustancia cancerígena.

Lo anterior da cuenta de una exposición habitual y con una intensidad permanente, si todo lo anterior se lee bajo la perspectiva de que era la única analista química, por ende la única que manipulaba el arsénico, desde el año 1992 hasta el fin de su relación laboral en la empresa METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. que tiene como **actividad principal la fundición de metales no ferrosos**, y su objeto social es la refinanciación de metales no ferrosos y aleaciones, conforme al certificado de existencia y representación expedido por la cámara de comercio visible a fls. 212-213, y se encontraba afiliada desde el 1° de mayo de 1995 en la ahora **ARL** Positiva en el **riesgo V**. conforme se lee en la certificación del 2 de enero de 2015, visible a folio 75.

Ahora bien, la empresa indica que la demandante solo se dedicaba en el 10% a la actividad de analista químico, y en el 90% a actividades administrativas, tal aseveración quedó desvirtuada con el informe del higienista ocupacional Vladimir Ramírez Díaz en noviembre de 2017, fls. 119 a 130, 248 a 259 del ExpedienteDigitalizadoJuzgadoTomo1, cuando indicó que en el año 1992, “[la demandante] *Ingresa a trabajar en la empresa Metalúrgicas San Joaquín como analista química, en*

este año solo desarrollaba actividades de análisis químico, ***durante 16 años y por 8 horas al día desarrolla manejo de sustancias químicas***". Así que hasta el año 2008 la demandante se dedicaba la jornada completa a su actividad de laboratorio. El higienista indica que "*D****esde el 2009 hasta la actualidad (2017 actualmente ya no labora) las labores de análisis químico ya es menor y lo hace de forma variable, aprox. 2 horas al día"*** sin embargo, a esto último esto no se le da valor, comoquiera que es la misma empresa quien en certificación visible a folios 138 y siguientes indica que en los años 2008, 2009 y 2010 la demandante laboró en el cargo de analista química en jornada mensual de 192 horas. La Sala no desconoce que la demandante pudo realizar actividades administrativas adicionales a la de analista química, pero esto no echa por la borda que durante toda la relación laboral por ser la única analista química de la empresa tuvo una exposición habitual al arsénico.

Ahora en cuanto a los valores del arsénico utilizados por la demandante, la recurrente indica que sí quedó demostrado con el interrogatorio de parte que rindió la demandante, cuando ella informa que corresponde al 0.2% 0.3% o 0.4%, 25:39 26:05 minutos de grabación audiencia parte 1, a lo cual dio resonancia la perito Gladis Nubia Guerrero Núñez en el dictamen en la audiencia a 1 hora 21 minutos de grabación, y que el valor límite permisible de esa sustancia es 0.01% como lo dijo ésta en el capítulo 6 del dictamen pericial. En torno a estos valores esta sala considera que la información brindada por la actora es importante, porque era ella quien manipuló la sustancia durante más de 22 años como quedó demostrado con las pruebas documentales, la certificaciones emitidas por la empresa, y es la única que puede conocer dicha información, máxime cuando la entrada al laboratorio era restringida por el riesgo químico, así que aunque las partes no pueden construir su propia prueba, lo dicho por la

demandante sirve para engranar todas las demás pruebas y verificar que su información refuerza las demás pruebas que por las circunstancias de la actividad de riesgo y especialidad del ejercicio de la misma no pueden dar valores de la exposición. Así que teniendo en cuenta los valores de exposición al arsénico de 0.2% y 0.3% la exposición por más de 22 años, las jornadas de trabajo, ser la única que realizó los análisis durante todos esos años, y que el valor límite permitido es 0.01%, la sala encuentra que la exposición tuvo una intensidad superior a los límites permitidos expuestos en el dictamen pericial de la perito Gladys Nubia Guerrero Núñez.

En consecuencia a que la demandante sí estuvo en exposición a una sustancia comprobadamente cancerígena, el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 señala que en esa circunstancia se tendrá derecho a que la edad para pensionarse se disminuya en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientos cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad.

Requisitos de edad y semanas

La demandante cumplió los 55 años de edad el 22 de marzo de 2014 y acredita 1.650,43 semanas en toda su vida laboral, de las cuales **1.116** semanas fueron trabajadas expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas en la empresa METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. teniendo en cuenta las semanas cotizadas a partir del 14 de agosto de 1992 y hasta el 1° de mayo de 2014 conforme lo certificó la empresa y se relacionó en la demandada para sustentar las pretensiones, por lo tanto, cotizó en alto riesgo 366 semanas en exceso a las primeras 750 semanas, lo que equivale a disminuir a la edad mínima 7 años; de ahí que, **GLADYS CERÓN POSSO** causó el

derecho a la pensión especial de vejez el 22 de marzo de 2007, cuando cumplió 48 años de edad.

La demandada formuló la excepción de prescripción, pero ésta no prospera porque la demandante cumplió los 55 años de edad el 22 de marzo de 2014, solicitó la pensión especial de vejez el 5 de mayo de 2015, fl. 38 y la respuesta negativa de Colpensiones le fue notificada el 21 de septiembre de 2015, fl. 47 y la demanda la presentó el 9 de abril de 2018, fl. 175, es decir, que entre una fecha y otra no transcurrió el término de los tres años señalados en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S..

Teniendo en cuenta que la demandante es pensionada por vejez desde el 1° de mayo de 2014 en cuantía equivalente a $702.970, la sala obtuvo por concepto de retroactivo causado desde el 22 de marzo de 2007 hasta el 30 de abril de 2014 la suma equivalente a **$62.576.207**. Se anexa la liquidación para que haga parte integral de esta providencia.

La demandante tiene derecho a catorce (14) mesadas al año por haberse causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011 y porque la mesada no supera los tres salarios mínimos legales mensuales de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. Teniendo en cuenta, que COLPENSIONES reconoció la pensión en 13 mesadas pensionales, entonces a partir 1° de abril de 2014 se deberá reconocer a la demandante la mesada adicional de junio, hasta que se incluya en nómina ésta.

La demandante tiene derecho a que se le reconozcan los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del vencimiento de los cuatro meses que tenía la entidad para

resolver la solicitud de la prestación de conformidad con el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por tanto, si la solicitud de la pensión especial de vejez fue el 5 de mayo de 2015, los intereses se causan a partir del 6 de septiembre de 2015 liquidados sobre las mesadas pensionales retroactivas reconocidas y con la tasa de interés vigente al momento en que haga efectivo el pago.

Ahora, en lo que tiene con la inconformidad del COLPENSIONES, consistente en que el empleador METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. no cotizó los puntos adicionales señalados para las actividades de alto riesgo, no es de recibo porque tal omisión no la exime de la obligación de pagar la prestación, pues está adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 21 de noviembre de 2007 radicado 30830 que "***la obligación de cotizar el 6% adicional de que trata el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 para ese riesgo especial, no radica en cabeza del trabajador demandante, por cuanto aquella está a cargo del empleador,*** *y por tanto al modificarse el valor del aporte, éste es quien debe cumplir con la ley y el ISS a su vez exigirle su pago pertinente. Por consiguiente, si el empleador no cubre a tiempo esa cotización especial,* ***tal proceder no puede perjudicar al afiliado promotor del proceso****, (…), y* ***por ende el Instituto de Seguros Sociales para estos casos debe asumir la obligación pensional****, quedando desde luego una relación por resolver entre la entidad de seguridad social y el responsable de la cotización, con respecto a lo que se quede debiendo por concepto del aporte de marras de los seis (6) puntos porcentuales adicionales".* Lo cual ha sido rememorado por dicha Corporación en sentencias del 18 de marzo de 2009 radicado 35595 y del 6 de julio de 2011, radicación 38558.

Lo anterior, da lugar a indicar que METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. debe pagar a COLPENSIONES el monto de la cotización especial y adicional, por la demandante, a partir del 23 de junio de 1994 hasta el 1 de mayo de 2014 fecha de la última cotización, actualizado a valor presente, tal y como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en un caso de similares características a este, en la sentencia del 6 de julio de 2011, radicación 38558. En consecuencia, **COLPENSIONES** deberá realizar el cálculo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° de los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003; no se condena antes de 1994 por cuanto no existía obligación de METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. de pagarlas, pues esta nació con el Decreto 1281 de 1994.

Se autoriza a COLPENSIONES para que descuente los aportes que corresponden al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las razones anteriores son suficientes para revocar la sentencia apelada. Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A. a favor de la demandante, por haber prosperado sus excepciones. En esta instancia inclúyanse en la liquidación la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una por concepto de agencias en derecho.

V. DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

REVOCAR la sentencia 149 del 11 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR que **GALDYS CERÓN POSSO** tiene derecho a la pensión especial de vejez a partir del 22 de marzo de 2007 en cuantía inicial de $541.921 y las mesadas adicionales de junio y diciembre, por las razones expuestas en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar a **GALDYS CERÓN POSSO** la suma de **$62.576.207** por concepto de las mesadas pensionales causadas entre el 22 de marzo de 2007 y el 30 de abril de 2014, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre. Al momento del pago se debe incluir la mesada adicional de junio de cada año a partir del 1° de mayo de 2014 hasta que esa mesada se incluya en la nómina.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar a **GALDYS CERÓN POSSO** los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de 1993 liquidados sobre las mesadas pensionales, causados desde el 6 de septiembre de 2015 liquidados sobre las mesadas pensionales retroactivas reconocidas y con la tasa de interés vigente al momento en que haga efectivo el pago.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** a favor de **GLADYS CERÓN POSSO.** En esta instancia inclúyanse en la liquidación la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una por concepto de agencias en derecho.

QUINTO: AUTORIZAR a **COLPENSIONES** para que descuente del retroactivo pensional que pague a la demandante los aportes que se deben trasladar al sistema de seguridad social en salud.

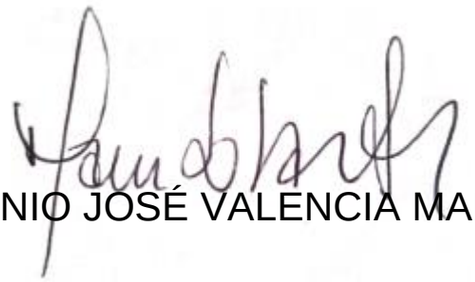
SEXTO: CONDENAR a **METALÚRGICA SAN JOAQUÍN & COMPAÑÍA S.C.A.** a pagar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** el monto de la cotización especial y adicional, por la demandante, a partir del 23 de junio de 1994 hasta el 1° de mayo de 2014 cuando terminó la relación laboral, actualizado a valor presente; para lo cual, **COLPENSIONES** deberá realizar el cálculo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° de los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina. Intervinieron los Magistrados,

GERMÁN VARELA COLLAZOS

MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

AÑO	IPC	MESADA	MESES	TOTAL
2007	5,69%	541.921	11,3333	6.141.771,62
2008	7,67%	572.756	14	8.018.588,65
2009	2,00%	616.687	14	8.633.614,40
2010	3,17%	629.020	14	8.806.286,68
2011	3,73%	648.960	14	9.085.445,97
2012	2,44%	673.167	14	9.424.333,11
2013	1,94%	689.592	14	9.654.286,84
2014	3,66%	702.970	4	2.811.880,00
				$62.576.207

Firmado Por:

German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **243fa189abca989ee6232f21a2d44d57bac6cba896d400b314167045d1dd041f**
Documento generado en 17/12/2021 03:18:31 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica