



Ordinario: JOSE LEONEL ALARCON BERNAL C/: COLPENSIONES

Radicación N°76-001-31-05-015-2018-00292-01

Juez 15ª Laboral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), hora 03:50 p.m.

ACTA No.047

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co.; Decretos 417 y 637 del 17 de marzo y 06 de mayo de 2020, 491, 564, 806, 990 y 1076 de 2020>, conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020 11581 y 11623 de agos-28 de 2020, y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la **notificación, publicidad virtual y remisión** al enlace de la Rama Judicial link de **sentencia escritural virtual del Despacho**,

SENTENCIA No.1566

El pensionista por vejez, ha convocado a la demandada para que la jurisdicción la condene al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por haber laborado expuesto a altas temperaturas conforme a las disposiciones del art. 15 del Decreto 758/90, a partir del 27/02/1996, continuar pagando la mesada pensional que le sea más favorable, como quiera que a la fecha percibe pensión de vejez ordinaria y en caso de diferencia en contra del pensionado no haya lugar a devolución de sumas, con los intereses moratorios del art. 141 de Ley 100/93 a partir del 27/02/1996 hasta que se efectúe el pago, con las mesadas adicionales de junio y diciembre, e indexación,con base en hechos, petitum, pruebas, oposiciones, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes protagonistas de la relación de

seguridad social pensional y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la absolución y de la apelación del demandante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA:

El demandante ejerció el derecho de impugnación (art.29 y 31, CPCo., arts.66 y 66-A,CPTSS.) Sustenta en que: *“Solicita se aplique las normas de seguridad e higiene en el trabajo, en el estudio de esas normas se evidenció que si hay una norma que establece que los trabajadores que están en la empresa donde se determina que hay un alto riesgo, tienen derecho a la pensión, el motivo de inconformidad es que el juez no aplicó esas normas, estableció que hay una duda respecto de un peritazgo donde de lógica que la empresa en un proceso industrial de fabricación de llantas, determina que no es posible establecer unas condiciones de los trabajadores porque la empresa ya no existe, no es debido.*

Que el proceso de fabricación de llantas es un proceso industrial que requiere la aplicación de altas temperaturas y que ese proceso como está establecido es uno adverso al trabajador y por ello se determina de alto riesgo, cita Ley 9 de 1979, resolución 400 de 1979, decreto 1296 de 1994, y otras normas, el decreto 100 de 1995, esas buscan mejorar las condiciones de trabajo (...) lo que hace la norma es establecer objetivamente estudios frente a las condiciones del proceso industrial en las empresas, se ha establecido cuando una empresa está en alto riesgo que lo está en el decreto 1607 de 2002, esta norma establece que las empresas de fabricación de llantas tiene un código 451101, están en la clase 4, por lo que sería una empresa de alto riesgo, y el juez ni las partes pueden decir que el trabajador que ejerció una actividad, su fuerza de trabajo, en el piso no está en alto riesgo, que el decreto 2150 de 1995 es un decreto que elimina trámites, pero establece art. 116 regula que empresas serán consideradas de alto riesgo, art. 117, que el hecho de que la empresa ya no exista ya no se pueden hacer mediciones, eso no es razón para negar el derecho, que las mediciones si están a fl. 118, con base en la certificación obrante en el expediente, (...) los estudios si existen, están en la tabla que aportó el perito (...) también se debe estudiar el tema de la transición, que negar la transición por un traslado, en este caso especial que estamos hablando de una pensión especial, de un trabajador que estaba en unas condiciones especiales va en contravía del mismo sistema de seguridad social, en el sentido de que si se aplica las normas de una pensión especial, son incompatibles con lo que tiene que ver con el RAIS, por lo tanto un análisis correspondiente al régimen de transición referente a que un trabajador que pide una pensión especial, y tiene las condiciones de alto riesgo para su pensión no es posible aplicar la condición para la transición, sino que precisamente debe hacerse el análisis de la normativa especial para pensión especial que es el decreto 758/90 decreto 1281/1994 y decreto 2090 de 2003, establece que cuando el trabajador se devuelve, que negar la transición a un trabajador al cual se le sometió en condiciones de alto riesgo y se sometió a mala información por parte de las entidades de seguridad social, no puede ser excusa de que se le niegue el derecho a la transición, por lo que tiene derecho a la pensión especial de vejez tal como se solicitó en la demanda. (DVD f. 121 t.t. 21:40)

El ISS -liquidado hoy Colpensiones S.A. sucesor procesal (art.155, Ley 1151 de 2007 y D.R. 2011,2012,2013 del 28 de septiembre de 2012, art.60,CPC y 145,CPTSS), a petición del actor del 01/03/2010 (f.46) en resolución No. 13929 del 18/11/2011 (f.46-49), reconoce pensión de vejez al actor por haber nacido el 27/02/1950 (f.45) y haber cotizado 1.741 semanas, indicando: “que para la conservación del régimen de transición y la solicitud de análisis de los rendimientos en los casos de traslado del RAIS al RPMPD se deberá determinar el cumplimiento del requisito de ostentar 15 años de servicio y/o cotizaciones al 01/04/1994

(...) el afiliado contaba con 994,3 semanas, cumpliendo uno de los requisitos, ... hasta tanto no se realice el cotejo financiero de los rendimientos obtenido en el régimen de prima media y en el de ahorro individual no se podrá estudiar la pensión de vejez al afiliado, con base en lo señalado en el art. 36 de la Ley 100/93, aplicabilidad del régimen de transición”, por ello aplicó las disposiciones del art. 33 de Ley 100/93 modificado por el art. 9 de Ley 797 de 2003, liquidando un IBL de \$2.304.222,91 por tasa de reemplazo del 78.35% para una mesada a partir del 2/08/2011 de \$1.805.359.

El actor reclamó el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por haber laborado expuesto a altas temperaturas el 14/03/2018 (f.51-55) sin que se evidencie haber sido resuelta.

El a-quo absuelve a la demandada de las pretensiones del actor aduciendo que: *“Si bien se arrió certificación expedida por ICOLLANTAS S.A. en la cual especifica los cargos ocupados por el demandante y que fueron catalogados como de alto riesgo por exposición a alto riesgo, se anuncia en el dictamen a fl. 21 que la certificación expedida por la empresa misma sirve para establecer las variables de índice WBGT y la carga térmica metabólica, se aportaron declaraciones extra-juicio las cuales no exponen que funciones desempeñaba el actor, en qué lugar y en qué máquina, tampoco se avizora que esa exposición era superior a 48 horas semanales o que en qué jornada se realizaba, todo ello para llegar a las conclusiones a las que arrió el perito, por lo que la prueba pericial carece de sustento para llegar a las conclusiones que ha llegado, ante la inexistencia de pruebas que soporten el dictamen, como de otras distintas que permitan demostrar la exposición a altas temperaturas, por lo que absuelve.*

La APELADA sentencia absolutoria se CONFIRMA bajo los siguientes parámetros:

El actor nace el 27/02/1950 (f.45), significando que para 23/06/1994, en que rige el decreto 1281 de 1994, tiene 44 años de edad y cuenta con 1.019,14 semanas, por lo que es de transición por la edad y por densidad –inc. 1º, art.8, decreto 1281 del 02 de junio de 1994-, además, el actor conserva el régimen de transición pese a haberse trasladado al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 20/01/1997 (f.80), retornando nuevamente al RPMPD el 23/01/2004 fecha en la cual trasladaron los aportes (f.79), encontrándose dentro de la excepción del Literal e) del artículo 13 de

la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 del 29 de enero de 2003 –publicada en esta fecha en D.O.45079- que establece :

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Reiterado en el art. 1 del Decreto 3800 del 29-dic-2003<D.O.45416 de diciembre 30 de 2003>: *“Traslado de Régimen de Personas que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha.”* (subrayado por la Sala, y no obstante que después fue retirado por el C.E.)

Por lo que puede retornar al RPMPD conservando todos los beneficios del régimen de transición, y en cuanto a la exigencia del artículo 3, Decreto 3800 de 29/12-2003 (*Diario Oficial 45416 de diciembre 30 de 2003*) que por desbordar el alcance y sentido de la Sentencia C-789 de 2002, ya que su lit. b) crea un obstáculo para recuperar el régimen de transición, al incluir condicionamiento de los rendimientos que no estableció el artículo 2º, Ley 797 de 2003, modificador del artículo 13,lit.e),Ley 100 de 1993, norma reglamentada por aquel, razón para que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, por medio de providencia del 05 de marzo de 2009, decretara la suspensión y por su incidencia determinante en el GRUPO III (inc. 2,3 y 4,art.36,Ley 100/93), porque limitó la aplicación del régimen de transición, advirtiendo que a las personas , si deciden trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, además de trasladar el

saldo de la cuenta de ahorro individual, ese saldo no resulta inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez en caso de haber permanecido en el Régimen de Prima Media (RPM), incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido de haber permanecido allí afiliado, haciendo exigencias que no estaban en la Ley 797 de 2003, razón para que fueran anuladas las expresiones "*cumplan con los siguientes requisitos:*", "*a*", "*y b*) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último", así como del inciso final que dispone que "*Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional*" contenidas en el artículo 3^º del Decreto 3800 de 2003 (CE, Sal Contencioso Administrativo, Secc. II, Sentencia del 6 de abril de 2011, Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07, C.P. Gerardo Arenas Monsalve), por lo que se itera, el actor es beneficiario del régimen de transición –art. 36 de ley 100/93- para aplicar disposiciones del art. 15, Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758/90.

Es de precisar, que la obligación legal para el empleador realice cotizaciones adicionales para pensión especial de vejez, por actividades de alto riesgo de sus trabajadores, sólo surge con la Ley 100 de 1993 y más concretamente desde la expedición del Decreto 1281 del 22 de junio de 1994, en consecuencia, no se le puede exigir al empleador cotizaciones adicionales no consagradas en la ley hasta ese momento [Rad.35395/09 CSJ-SL], por lo cual, no se puede alegar el desconocimiento de la actividad, para encausar la responsabilidad en el trabajador, toda vez que la obligación patronal de adicionar seis puntos a la cotización común sólo rige para los vinculados con Decreto 1281 del 22 de junio de 1994, no para el actor, que de serlo era obligación de la administradora en términos del art.8, Decreto 1161 de 1994, hacer la gestión de cobro, así - si fuera el caso de autos, que no lo es-, ha dicho la Corte:

“En sede de instancia, a más de las consideraciones expresadas al desatarse el recurso extraordinario, es de agregar que para la Sala no es extraña la sostenibilidad y estabilidad financiera que debe tener el sistema integral de seguridad social en pensiones, concebidas bajo un régimen contributivo que lo caracteriza, que supone el pago oportuno por parte de sus vinculados de las cotizaciones establecidas por ley, con la finalidad de que la entidad de seguridad social que tiene a su cargo la administración, cuente con los recursos necesarios para atender la cancelación de las distintas prestaciones que se causen; más sin embargo para el sub lite se ha de considerar 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. (Subraya fuera del texto).

Por consiguiente, si el empleador no cubre a tiempo esa cotización especial, tal proceder no puede perjudicar al afiliado promotor del proceso, que como se dijo en sede de casación, está cobijado por el régimen de transición y satisface el requisito de las 750 semanas en actividades que implican exposición a altas temperaturas exigidas por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, 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.” (Sentencia del 21 de noviembre de 2007 radicado 30830, que reiteró en la del 6 de febrero de 2008 radicación 31408)

De manera que el empleador ni el trabajador después de la nueva ley no estaban obligados a completar puntos o porcentajes de cotización, porque bajo el imperio del Decreto 1281 de 1994 no laboró el demandante expuesto en altas temperaturas, es lo que se concluye de las sentencias anteriormente citadas (*Sentencia del 21 de noviembre de 2007 radicado 30830, que reiteró en la del 6 de febrero de 2008 radicación 31408*).

DICTAMEN DE PARTE

La parte demandante acudió a la facultad de ‘aportar junto con ...demanda...’ **el informe pericial**, con el fin de verificar LAS ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO QUE DESEMPEÑABA EL DEMANDANTE, HABITUALIDAD, CARGA METABOLICA, EQUIPOS UTILIZADOS Y LA INTENSIDAD DE LA EXPOSICIÓN DESDE EL 06 DE JULIO DE 1977 HASTA EL 08 FEBRERO-2006 ...[para...ICOLLANTAS S.A. -PRODUCTORA NACIONAL DE LLANTAS- O INDUSTRIA COLOMBIA DE LLANTES<f.21>].

El artículo 227,CGP., que autoriza el uso por las partes del dictamen pericial, aportándolo en la oportunidad para pedir y postular pruebas, en

armonía con el artículo 226, del C.G.P, enlista los requisitos para su validez y apreciación por el juez:

“(…)El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones: 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito. 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística. 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere. 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen. 6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen. 7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente. 8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación. 9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación. 10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.”

El dictamen que allega a los autos la parte actora<llamado en la doctrina dictamen de comprobación, porque es para probar/demostrar hechos, no para oír opiniones>, con algunas deficiencias sigue las reglas [no del anterior Código de Procedimiento Civil], del actual Código General del Proceso, presentando ausencia de requisitos como son: *“El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional”*<inc.4, art.226,ib.>, manifestación que es ausente al inicio y al final del escrito respectivo. *‘Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional...’*<art.226, num.3, parte final, CGP.>. En autos, los enuncia grado de ingeniero industrial, magister en administraci3n industrial de la Universidad del Valle<f.15 y 16>, dice haber

sido auxiliar de la justicia pero no en qué cargos y no lo acredita<f.14>; ‘5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen”, acompaña un cuadro en que enlista casos en que ha intervenido sin indicar los años y fechas<f.18 a 20, abarca 3 folios>; y en ese orden no cumple con ‘6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.<señala 11 CASOS que con el abogado FERNANDO CHAVES GALLEGU EN ALTAS TEMPERATURAS E IRRADIACIONES IONIZANTES Y A SUSTANCIAS CANCERÍGENAS Y TRABAJOS EN SOCAVONES>.

‘10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen .”

Enuncia que los documentos que sirvieron de base para su dictamen son:

- certificación corresponsal servicios de personal INDUSTRIA COLOMBIANA DE LLANTAS S.A. sobre los tiempos y cargos desempeñados por el demandante<f.21 y 43>.
- Tabla de Datos Prueba de Tamizaje<f.21 y aportado en f.104 en Audiencia 516 del 08 octubre 2019<f.103 y 106>.
- Declaración juramentada para fines extraprocesales de: Juan Carlos Espada Perea y Gilberto Orejuela Lasprilla <f.21 y 56 ,56vto, rendidas el 10-nov-2017>.

Anexa ~~EVALUACIÓN STRES CALORICO~~ EMPRESA: ICOLLANTAS, de 14-diciembre-2016<f.50> en que indica los cargos, las fechas en que laboro en esos cargos, PERO NO INDICA LA CARGA TERMICA WBGT, NO HAY ESTUDIO DEL PUESTO DE TRABAJO -APT-, ni lo enuncia el dictamen, ni se aporta en documento separado; no existe aportado informe de EVALUACIONES AMBIENTALES en ningún tiempo; irregularidades que hacen censurable la pericia e inexistente por las razones siguientes.

El dictamen no indica fecha de investigación de campo, de consulta ni de presentación, tampoco lo dice en el interrogatorio a que fue sometido por el juez y por las partes, no se realizó ni sobre la empresa, planta, locales ni

puestos de trabajo del actor, porque la empresa está cerrada y liquidada para el 13 de junio de 2013¹

El demandante con la demanda aporta dictamen pericial emitido por JAIRO CORDOBA PEÑA <f.21-42>, se corrió traslado a la pasiva en Auto Interlocutorio No. 2912 proferido en audiencia del 11/10/2019 (f.103 y 106); que frente al mismo no hubo oposición alguna, el perito fue citado por el a-quo a rendir declaración y para que aporte los documentos que sustenten su dictamen, quien indicó: *“Indica que las tablas fueron aportadas por el trabajador y esas mismas han sido trabajadas en otros procesos de la misma empresa y fueron confirmadas por el jefe de producción de esa época el Dr. Gallego, quien él testifica que solicitó el estudio y certifica que ese fue el resultado de las tablas y del estudio de la medición de altas temperaturas, no aporta documento alguno, que no realizó ningún trabajo de campo porque la empresa está cerrada, pero que la información se obtuvo con el trabajador y con otros compañeros de él y la empresa envió una certificación en la cual enunciaba los cargos y tiempos desempeñados por el demandante, en la vida laboral de la empresa, que la ARL ha emitido varios informes, pero que en ellos no están especificados los cargos que desempeñó el actor, que en la conclusión se determina que el actor estuvo expuesto a altas temperaturas, que los valores los tomó de la tabla de tamizaje, los cargos los tomó de una certificación que aportó la empresa, con base a esos cargos certificó y comprobó con el actor y otros compañeros las actividades que él realizaba para obtener la carga metabólica y el WBGT lo obtuvo de la tabla de tamizaje de un estudio realizado por la empresa.”* (f. 103 y 106).

De lo declarado bajo juramento por el perito, se observan los siguientes vacíos probatorios: dictamen pericial aportado con la demanda arroja lo siguiente:

- i) *las tablas fueron aportadas por el trabajador de tamizaje que no tienen autoría de la empresa o quien las realiza<f.104>; ‘... y esas mismas han sido trabajadas en otros procesos de la misma empresa y fueron confirmadas por el jefe de producción de esa época el Dr. Gallego, no es justificante porque cada caso es particularísimo y tiene sus propias incidencias de lugar, tiempo y modo, ausentes de prueba en autos, tampoco está la confirmación de esas tablas por el jefe de producción de esa época el Dr. Gallego, es un dictamen de oídas, en general, lo que no es válido procesal y científicamente;*
- ii) *quien él testifica que solicitó el estudio y certifica que ese fue el resultado de las tablas y del estudio de la medición de altas temperaturas, no aporta documento alguno, luego es pericia basa en suposiciones y sin soportes de ninguna clase, en dicho de supuestos terceros;*

¹ El país. Abrió operaciones en 1942 , operó por 70 años.

- iii) *que no realizó ningún trabajo de campo porque la empresa está cerrada,*
- iv) *pero que la información se obtuvo con el trabajador, no es posible porque equivale a aceptar que el actor construya su propia prueba; no fue llamado a interrogatorio de parte por nadie, lo que no valida ese dicho de tercero que dijo el actor< es válido por estrategia de defensa>;*
- v) *la información se obtuvo con... otros compañeros de él <trabajador>, que no menciona, se cree que son los mencionados en el dictamen y documentos aportados <f.56 y 56vto>, en formato y ambos deponentes en el mismo escrito notarial, rendido el 10 de noviembre-2017, que dicen 'hacemos constar que laboró en la empresa industria Colombia de llantas michelin desde el 06 de julio de 1977 hasta el 08 de febrero de 2006. Hacemos constar que el señor JOSE LEONEL ALARCON BERNAL, estuvo expuesto a altas temperaturas como consecuencia del calor radiante generado por los equipos que operaba...<describen los cargos y las fechas.f.56 y 56vto> ..., declaraciones extrajuicio que no obstante no haber sido objetadas, tachadas ni desconocidas por la pasiva <art.262,CGP.>, sometidas al análisis de valoración del juez<at.61,CPTSS>, no pasan el test de viabilidad probatoria porque los dos testimonios son rendidos en un solo acto ante notario, quebrantando la autoría personal, la individual, la espontaneidad y la razón del dicho de cada uno, por lo tanto, no se tienen en cuenta en autos;*
- vi) *'...y la empresa envió una certificación en la cual enunciaba los cargos y tiempos desempeñados por el demandante, en la vida laboral de la empresa',<f.50>, la cual aparece firmada por quien dice llamarse corresponsal de servicios de personal de ICOLLANTAS, cuando la empresa se halla liquidada desde 2013 , e ignorándose el cargo y funciones de dicha persona, porque lo debe firmar el liquidador o la entidad que maneje el PAR de la liquidada ICOLLANTES, tampoco presta mérito probatorio;*
- vii) *'...que la ARL ha emitido varios informes, pero que en ellos no están especificados los cargos que desempeñó el actor,' los que no obran en autos, es de oídas el informe...;*
- viii) *'... que en la conclusión se determina que el actor estuvo expuesto a altas temperaturas, que los valores los tomó de la tabla de tamizaje, los cargos los tomó de una certificación que aportó la empresa, con base a esos cargos certificó y comprobó con el actor y otros compañeros las actividades que él realizaba para obtener la carga metabólica y el WBGT lo obtuvo de la tabla de tamizaje de un estudio realizado por la empresa.' (f. 103 y 106)., ninguno de esos soportes está acreditado debidamente en autos, luego la conclusión es espúrea en prueba y bajo supuestos no demostrados en autos;*

Empero de los defectos de validez en la prueba técnica, el perito concluye...”Que para determinar si un trabajador está expuesto a condiciones de alto riesgo (exposición a calor) durante el desempeño de un cargo, es necesario realizar un estudio al puesto de trabajo, teniendo en cuenta dos variables, a saber, el Índice WBGT y la carga térmica metabólica. Para el análisis de la primera variable se toma los índices WBGT de la tabla de datos prueba de tamizaje, evaluación ambiente térmico y la certificación de los oficios desempeñados por el demandante (...) laboró para los cargos de Ayudante, Constructor Llantas Bicicleta, Constructor Neumáticos, Ayudante de Cortadora, Ayudante, Cortador Firwood, Reparador de Llantas, Pelador de Llanta, concluyendo el dictamen pericial con lo siguiente:

OFICIO	WBGT EMPRESA	WBGT PERMISIBLE	EXPOSICIÓN
AYUDANTE	27.6	26.7	SI HUBO
CONSTRUCTOR LLANTAS BICICLETA	27.6	26.7	SI HUBO
CONSTRUCTOR NEUMÁTICOS	27.6	26.7	SI HUBO
AYUDANTE CORTADORA	26.1	25.0	SI HUBO
CORTADOR FIRWOOD	26.1	25.0	SI HUBO
REPARADOR DE LLANTAS	28.6	27.5	SI HUBO
PELADOR DE LLANTAS	26.2	26.0	SI HUBO

Ordena el procedimiento que ‘al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso’ (art. 241, CPC.), si bien en el informe pericial manifiesta que se basa en la certificación expedida por la Industria Colombiana de Llantas S.A. ICOLLANTAS S.A. (f.43 y 50), firmada por persona que no tiene legitimación para ello , empero al revisar dicha certificación sólo discrimina los diferentes cargos ocupados por el actor dentro de dicha empresa desde el 06/07/1977 hasta el 08/02/2006, sin que se vislumbre la carga metabólica o WBGT como tampoco la duración de permanencia en el puesto de trabajo a la que fue expuesto el trabajador, así como estudio de puesto de trabajo y los AMBIENTES de trabajo, para poder determinarse a ciencia cierta que estuvo expuesto a altas temperaturas, de otro lado, al ser interrogado el perito sobre si realizó trabajo de campo en la empresa que laboró el actor y éste

manifestó que: *“que no realizó ningún trabajo de campo porque la empresa está cerrada, pero que la información se obtuvo con el trabajador y con otros compañeros de él y la empresa envió una certificación en la cual enunciaba los cargos y tiempos desempeñados por el demandante”,* lo que demuestra nuevamente que no hay certeza de que los cargos desempeñados por el actor hubiesen estado expuestos a altas temperatura, ahora, que el hecho de que el demandante haya laborado en una empresa que realiza labores de alto riesgo por exponer a sus trabajadores a altas temperaturas, no es sinónimo de que todos los trabajadores están expuestos a altas temperaturas al respecto la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1428 del 22/04/2020 M.P. JORGE PRADA SÁNCHEZ establece:

“Siendo ello así, no se percibe desacertado que el juez de la alzada hubiera hecho especial énfasis en lo habitual, que denominó constante, de las labores que podían implicar exposición a altas temperaturas, como condición para ubicar la actividad desplegada por el actor dentro de los supuestos de la norma invocada; con mayor razón, si se tiene en cuenta que lo que da sentido y propósito a la prestación reclamada es la protección de aquellos operarios que realmente han estado expuestos a riesgos que pueden impactar su estado de salud, en condiciones más gravosas a las de los demás trabajadores, pues como ha explicado la jurisprudencia del trabajo:

[...] si lo que justifica la existencia de un régimen especial en materia de pensión de vejez, es la exposición a condiciones laborales de riesgo extremo, como es el caso de las altas temperaturas, es de sana lógica interpretar que solo en los eventos en que como consecuencia del oficio asignado, el trabajador permanece en el ambiente laboral riesgoso durante el tiempo exigido por la norma legal, será viable el reconocimiento de la pensión especial, pues de no, se estaría en presencia de un trato privilegiado en beneficio de aquellos trabajadores que simplemente laboran en una empresa como la demandada, por el solo prurito de prestar servicios allí, pero que no se vieron expuestos a altas temperaturas en desmedro de todos los demás, que deben cotizar durante un lapso superior. (CSJ SL13995-2016)

Al no haber tiempos laborados por el actor expuesto a altas temperatura, no acreditados debidamente en autos, no habría lugar a realizar el estudio del cumplimiento de las normas que regulan la pensión especial de vejez tales como: Decreto 758/90, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003. En lo pertinente.

Sobre suposiciones, copias y resumen de antiquísimos dictámenes, que no corresponden a la realidad, ni sobre prueba documental y pruebas testimoniales o personales recaudadas dentro del proceso, pues, la parte

actora con la connivencia del presunto perito pretende crear su propia prueba, pues, ponen a terceros -no conociendo si son de excompañeros de trabajo, no lo dicen <al f.56 y 56vto> a rendir declaración notarial, quienes con lectura de la certificación del 14-diciembre-2016<f.50> al parecer de INDUSTRIA COLOMBIANA DE LLANTAS S.A.-ICOLLANTAS S.A., cuando la planta ya estaba cerrada, que indica los presuntos cargos que desempeño el demandante de 06-07-1977 al 08-02-2006, sin anotar el WBGT de carga térmica correspondiente a cargos de los distintos presuntos cargos<f.50>

En el referido transcrito cuadro de conclusiones del dictamen, se itera, se ignora de donde obtuvo los 'WBGT EMPRESA 'C' de la columna columna, porque la empresa no los certificó; que en todo caso no corresponde a una verificación sobre el puesto de trabajo <recordando que la empresa estaba cerrada² y el actor desde 2006 no desempeña esos cargos<f.50>. No se ignora fecha del dictamen, ni lo indica el escrito respectivo ni el perito en su declaración jurada <f.21 a 42 y 103 y 106>.

Razones suficientes para concluir que no hay dictamen y que por consiguiente, siendo carga del trabajador probar su afirmación de haber laborado desde 06-07-1977 al 08-02-2006<H.5,f.2> en cargos expuestos a altas temperaturas, según la valoración a que se debe someter el dictamen por el juez al fallar -igual como se hace con toda prueba, pero ésta es de manera especial-, haciendo distinción sobre las distintas etapas de dicha prueba i)petición de la prueba, ii)postulación de la prueba, iii)decreto de la prueba, iv) traslado del dictamen a las partes por tres días, v)contradicción del dictamen y vi) petición de audiencia para interrogar y contrainterrogar al

² Cerró operaciones el 13 de junio de 2013. El país.

perito; vii) ante el silencio de la contraparte <que no necesariamente es aceptación, puede ser estrategia de defensa, como al parecer ocurrió en este caso>; viii) aprobación formal por parte del juez, ante el silencio de las partes, que es incorporación legal del dictamen al proceso ;ix) valoración de la prueba por el juez <art.61,CPTSS>, que es el análisis material y científico del dictamen, previa verificación de los requisitos formales y sustanciales de la prueba, y si el perito reúne y llena los requisitos de verter la prueba -requisitos subjetivos- con sus soportes personales y los de la prueba, **atendiendo que** *todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; la explicación de los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos metodológicos, técnicos y científicos de sus conclusiones.*

Esta etapa de valoración es la que determina por parte del juez si llegó a su conocimiento y voluntad la convicción necesaria para tenerlo como prueba<la doctrina lo llama dictamen de comprobación> y en lo material y sustancial si con base en él puede tener por probados los hechos que pretende probar el demandante. Y no se debe confundir con la etapa en que, ante el silencio de las partes, o después de la audiencia de interrogatorio/contrainterrogatorio al perito, para incorporar el dictamen al proceso lo tenga en auto como aprobado<que no existe en auto, y se supone que lo hizo en la sentencia>. Y por ello, este auto formal de aprobación o incorporación, no priva, al dictar sentencia, en ningún caso al juez del deber de valorar el dictamen como prueba <art.61,CPTSS>.

Con base en lo expuesto, no probados los hechos presupuesto de las normas invocadas y de las pretensiones de pensión especial de vejez por exposición a altas temperaturas <lo que no esta probado en autos, se itera>

Con estricto rigor, no se concluye la exposición en que pudo haber laborado el actor, y sobre todo si se tiene en cuenta que la planta cerró el 13-junio-2013> , por lo que se ha de confirmar al respecto la decisión del a-quo.

En razón de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia y en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

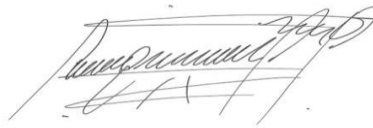
RESUELVE

CONFIRMAR ,por las razones aquí expuestas, la apelada sentencia absolutoria No.005 del 23 de enero de 2020. **COSTAS** a cargo del demandante apelante infructuoso y a favor de la demandada. Fijase novecientos mil pesos como agencias en derecho. **LIQUIDENSE** según art.366, CGP. **DEVUELVA**SE el expediente a su origen.

PONENCIA APROBADA EN SALA DE DECISION. NOTIFICADA EN LINK DE SENTENCIAS.

OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

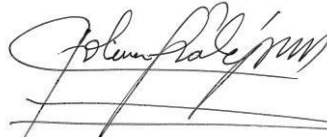


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

2018-00292



MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
2018-00292



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
2018-00292