REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: FERNANDO PEREZ TORRES
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Fecha de Fallo Apelado: 06 de septiembre de 2018
Procedencia: Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena.
Radicación: 13001-31-05-003-2013-00079-03

En Cartagena de Indias, a los dieciocho (18) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), siendo la oportunidad y fecha señalada por auto anterior para para proferir sentencia escrita dentro de este proceso Ordinario Laboral de **FERNANDO PEREZ TORRES** contra **COLPENISONES, ZONA FRANCA DE ARGOS SAS y CEMENTOS ARGOS SA.**, conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con en el Decreto Legislativo 428 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se reunió la Sala Tercera Laboral de este Distrito Judicial, integrada por los Magistrados: **LUIS JAVIER ÁVILA CABALLRO, CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS** y **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO,** quien la preside como ponente, para proferir la siguiente:

S E N T E N C I A

Encuéntrese el presente asunto para el resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena el 6 de septiembre de 2018, mediante la cual se absolvió a **COLPENSIONES, ZONA FRANCA ARGOS S.A.S y CEMENTOS ARGOS S.A.**, del reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo.

A N T E C E D E N T E S

1.1 LAS PRETENSIONES: Pretende el actor el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez, por haber laborado ejecutando actividades de alto riesgo en la ZONA FRANCA CEMENTOS ARGOS S.A.S antes COLCLINKER-CEMENTOS ARGOS S.A.

Solicita, además, la cancelación de las mesadas retroactivas causadas desde la fecha en que procede el reconocimiento de la pensión hasta la fecha actual,

indexación de las condenas, todo lo que resulte ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. HECHOS: como soporte fáctico de las pretensiones, se manifiesta que el señor Fernando Pérez Torres cumple con todos los requisitos para que le sea reconocida la pensión especial de vejez por alto riesgo, ya que ha trabajado por más de 35 años, cotizó 1.800 semanas y actualmente cuenta con 59 años de edad.

Afirma, que la empresa demandada está catalogada como de alto riesgo, y que dada la naturaleza del cargo que desempeña (Operador II), el actor siempre se ha visto expuesto a altas temperaturas y a sustancias cancerígenas.

Por último, señala que el 6 de agosto de 2012 presentó reclamación administrativa ante el ISS, pero que a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

1.3. CONTESTACION DE LA DEMANDA: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, alega que el demandado no reúne los requisitos de hecho y de derecho necesarios para ser beneficiario de la pensión especial de alto riesgo conforme a lo dispuesto en la ley 100 de 1993, por lo que se opone a la prosperidad de pretensiones.

Como medios exceptivos, propuso el de prescripción de la acción, solicitando, además, que se llamara en garantía a ZONA FRANCA ARGOS S.A.

1.4. TRAMITE RELEVANTE DE INSTANCIA: El juez de instancia accedió a las pretensiones, al considerar que al demandante efectivamente le asistía el derecho a que le fuera reconocida pensión especial de vejez, por haber laborado expuesto a alto riesgo.

Contra dicha decisión, se interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la Sala Quinta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la cual decidió **DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO DESDE LA AUDIENCIA CELEBRADA EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2013,** por falta de integración del litis consorcio necesario, ya que en el presente proceso se omitió vincular al empleador **ZONA FRANCA DE ARGOS SAS - CEMENTOS ARGOS S.A.,** en cabeza de quien está la responsabilidad de hacer el aporte adicional al sistema de seguridad social integral en virtud de la actividad de alto riesgo, de fallar en esas circunstancias la sentencia sería inoponible al empleador ya que no estuvo en juicio, y a su vez Colpensiones no tendría el mecanismo para realizar el recobro de los aportes que el patrono debía realizar, y tampoco podría este último ejercer una debida defensa.

Debido a lo anterior, el tribunal ordenó rehacer todo lo actuado y vincular al proceso en calidad de litis consorcio necesario a la empresa CEMENTOS ARGOS S.A.

1.5. **CONTESTACIÓN DE ZONA FRANCA DE ARGOS S.A.S.-CEMENTOS ARGOS S.A:** Aducen, que el demandante fue su trabajador solo por un breve periodo de tiempo, pues anteriormente este laboraba era para COLCLINKER S.A, y que, en todo caso, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, puesto que no existen elementos probatorios que demuestre que el

demandante hubiese estado expuesto a situaciones catalogadas como de alto riesgo.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juez A-*quo* absolvió a COLPENSIONES – ARGOS S.A – ZONA FRANCA S.A.S de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que con las pruebas aportadas al proceso, no se logró demostrar que efectivamente el actor hubiese estado expuesto a altas temperaturas o a sustancias cancerígenas. En todo caso, explicó que de llegase a encontrar probada la exposición al alto riesgo, tampoco sería procedente el reconocimiento tal pensión especial, ya que al actor le fue reconocida pensión de vejez, la cual le es más beneficiosa.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión, el extremo activo de la litis se alza en apelación, alegando, que contrario a lo sostenido por el juez de instancia, con los testimonios recibidos y la inspección judicial aportada al proceso, quedó suficientemente acreditado que el demandante estaba constantemente expuesto a altas temperaturas y a sustancias contaminantes.

1.6 DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA: Mediante auto de fecha 4 de marzo de 2020 se fijó fecha para audiencia de trámite y fallo de instancia para el día 11 de marzo de 2020, audiencia que fue abierta y se presentaron los respectivos alegatos, pero se aplazó por problemas con el audio.

2. C O N S I D E R A C I O N E S:

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del Juez y capacidad procesal están satisfechos, debido a ello la sentencia será de mérito.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO

El estudio de la Sala, se contrae en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez por alto riegos que reclama.

Para tales efectos, deberá establecerse si el señor Fernando Pérez Torres prestaba sus servicios expuesto a altas temperaturas y a sustancias cancerígenas.

2.3. JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 21 de agosto de 2019, M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo, Rad. 72995 – SL3341 - 2019.
- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 27 de marzo de 2019, M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado, Rad. 60100 – SL1193 - 2019.

- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 21 de marzo de 2018, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, Rad. 49149 – SL833 - 2018.
- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 3 de julio de 2019, M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa, Rad. 59640 – SL2622-2019
- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, Rad. 37798
- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 16 de junio de 2015, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo Rad. 41209 – SL7893-2015
- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 27 de marzo de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo Rad. 69105 – SL1353-2019
- Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 1° de agosto de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga Quevedo Rad. 50665 – SL3707-2018

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- Ley 100 de 1993
- Acto Legislativo 01 de 2005
- Decreto 758 de 1990
- Decreto 1281 de 1990.
- Decreto 2090 de 2003

PENSIÓN DE ALTO RIESGO: ACREDITACIÓN DE REQUISITOS PARA SU RECONOCIMIENTO EN EL CASO CONCRETO.

Alega el demandante que durante todo el tiempo laborado en las empresas ZONA FRANCA ARGOS S.A.S y ARGOS S.A antes COLCLINKER S.A estuvo expuesto a altas temperaturas y a sustancias consideradas como altamente cancerígenas, entre esas el Clinker.

Así, lo primero para la Sala es determinar si efectivamente el señor Fernando Pérez Torres estuvo expuesto a tales sustancias y a altas temperaturas, si esto se logró acreditar con las pruebas aportadas al plenario y cuánto tiempo duro la exposición.

En los hechos de la demanda, el actor manifestó que se vinculó a la empresa en el año 1977 y hasta la fecha de la presentación de la demanda, inicialmente a través de la empresa COLCLINKER S.A y posteriormente con la empresa ZONA FRANCA ARGOS S.A.S y ARGOS S.A, entidades que manifiestan que el vínculo laboral solo surgió el 1º de enero del año 2008.

Al examinar la historia laboral de Colpensiones y los testimonios, a juicio de la Sala no existe duda que el demandante ha laborado para las empresas demandadas desde las fechas que se señala en su historia laboral inicial, es decir, desde el año 1977, y que los demandados actuales son responsables de las eventuales acreencias que la Sala encuentre acreditadas desde tales fechas.

Al respecto, aclara la sala que el cambio de razón social de una empresa, no implicaría con ello la evasión de responsabilidades y obligaciones que previamente

ha adquirido, así constituyen una simple reforma estatutaria el cambio de razón social de una empresa o establecimiento jurídico, bien sea una persona natural o jurídica, las fusiones, adquisiciones entre empresas y esto no tendrá efecto alguno en las obligaciones que esta posea como tampoco tendrá efectos sobre derechos adquiridos, a menos que se trate de liquidación donde de igual forma prevalecerán los derechos laborales

Así para la sala, está probado que el demandante trabajó para el mismo empleador y bajo las mismas condiciones desde el año 1977 hasta la fecha de la presentación de la demanda, hecho que es apoyado además con los testimonios recibidos, con los que concuerda que efectivamente si se encontraba el trabajado realizando la labor descrita desde la fecha expresada, teniendo en cuenta además la historia laboral donde se evidencia que la empresa COLCKLINKER realizaba los aportes al sistema de seguridad social, a la administradora COLPENSIONES en su momento ISS , hecho indudablemente indicativo de que efectivamente desde esa época laboraba para las empresas hoy demandadas, así en ese momento no existiesen jurídicamente.

Para esta Colegiatura, no son de recibo las alegaciones que supone desconocer cualquier vínculo laboral con el demandante, bajo el amparo de maniobras contractuales y jurídicas que le son ajenas completamente al actor, pues la fusión de empresas, como ya se indicó de ninguna manera puede desconocer que el trabajador realmente sostenía una relación laboral de cuyas obligaciones, al menos las laborales, deben responder, dada la especial protección constitucional que gozan tales derechos.

Por todo lo anterior, se tendrá por probado que la relación laboral del demandante con las empresas demandadas existió desde el año 1977, continuando vigente aún para la fecha de la presentación de la demanda

Respecto a la carga de la prueba en la pensión de alto riesgo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que le corresponde al trabajador demostrar que la actividad desplegada es o fue de aquellas catalogadas como de alto riesgo, que se ejerció de manera permanente, así como que realmente estaba expuesto al riesgo, en este caso, a las altas temperaturas y a las sustancias altamente cancerígenas como el CLINKER, posición que fue reiterada en sentencia CSJ SL 925-2018.

No hay duda para el Tribunal que la empresa **ZONA FRANCA DEARGOS SAS y CEMENTOS ARGOS SA** se encuentra calificada como de alto riesgo y en sus procesos de producción se hace uso de materias primas como la arena Ottawa (sílice), arena estándar (sílice) y ácido sulfúrico, sustancias que han sido aceptadas como cancerígenas, tal y como se comprueba con la resolución del ministerio de la protección social. Así como tampoco hay duda que en algunas áreas de la empresa se manejan altas temperaturas tal como se deja constancia en las resoluciones del ministerio del trabajo en las que se impone una sanción a las empresas demandadas entre otras razones por trabajos en altas temperaturas.

No obstante, la ley y la jurisprudencia han sido reiterativas en afirmar que no todas las actividades de alto riesgo implican ser acreedor de una pensión de vejez especial por alto riesgo, pues si bien la empresa se encuentra calificada como una que realiza labores de alto riesgo, no supone esta idea que todos los trabajadores vinculados laboralmente a esta se encuentren efectivamente expuestos a este.

Por lo tanto, el hecho de estar vinculado a la empresa catalogada como de alto riesgo no será suficiente, toda vez que la parte actora debe demostrar que estaba expuesto permanentemente a la actividades descritas en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, en consecuencia probar o acreditar que la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas y a altas temperaturas era constante e ininterrumpida en su jornada laboral, así debía el actor probar que efectivamente la exposición a las condiciones de alto riesgo fue permanente y continua.

Sobre esto último, es precisamente que el apelante sustenta su recurso, pues supone la idea de que los testimonios escuchados y las pruebas documentales aportadas en el libro de la demanda, prueban efectivamente la exposición del actor a las altas temperaturas y a las sustancias clasificadas como cancerígenas, y que existió por parte del juzgado una errada valoración probatoria, señala el apelante que debió ser valorada especialmente la inspección realizada por el DADIS al lugar del trabajo por solicitud de los trabajadores de fecha 24 de octubre del año 2001, donde constan las temperaturas elevadas, además que se debió tener en cuenta las sanciones realizadas por parte del Ministerio de Trabajo y que además le dio una valoración equivocada a los testimonios solicitados por la parte demandada toda vez que estos testigos ingresaron a trabajar en la empresa 20 años después que el demandante.

Respecto de los supuestos que alega el apelante, el hecho de no haberse valorado correctamente las pruebas, en primer lugar las resoluciones del ministerio de trabajo en las que se imponen la sanción a las empresas demandadas por trabajos en alta temperatura, concuerda la sala con el juez de instancia que esta no es una prueba concluyente porque es una simple referencia y el mismo hace una remisión a un informe realizado por la ARL SURA, es decir, esta contiene una información secundaria por lo que replica los hallazgos de este informe, así estas resoluciones no pueden demostrar que el demandante estuvo expuesto a altas temperaturas. Ahora, la sala no desconoce que esto es un medio probatorio valido y que puede dar un indicio sobre la conducta de la empresa frente al manejo de las temperaturas, pero ello no responde a un hecho en particular para el demandante, sino una circunstancia en general para toda la empresa, de manera que para la sala, la sanción impuesta no puede ser una prueba directa de la exposición del actor a sustancias cancerígenas ni a altas temperaturas, agrega la sala que si bien se habla de altas temperaturas no se determinó el grado exacto de temperaturas al que estaban expuestos para determinar exactamente a que temperatura estaba expuesto el demandante.

Para la sala, lo mismo sucede con el documento que contiene la visita de la inspección realizada a las instalaciones de la empresa demandada por el DADIS, como acta de inspección higiénica de fecha 24 de octubre del año 2001 a la empresa COLCLINKER S.A., pues se trata de una inspección que si bien arroja datos de las condiciones de la empresa al momento de la realización de la misma, esta no puede probar a ciencia cierta la exposición a que se pudo ver expuesto el actor, en palabras más simples, esto no constituye prueba plena del tiempo de exposición, ni los grados de temperatura, ni la intensidad de esta, además la inspección se realizó en una fecha que no logra constatar que esas eran efectivamente las mismas condiciones del actor, ni genera certeza respecto de que la actividades que realizaba el accionante fueran las mismas a que se hace referencia en tal inspección.

Frete a los testimonios se tiene que comparecieron a juicio EDUARDO ARANGO GUTIERREZ y ALBERTO GARCIA como testigos del demandante y CARLOS SILVA AGUIRRE como testigo del demandado. Al escuchar sus relatos, se observa que ninguno de estos testigos pudo establecer cuál era la real exposición del demandante a las altas temperaturas y a los materiales de producción como el Clinker. Si bien exponen que el demandante siempre laboró en áreas de exposición, y que en general la empresa estaba expuesta a las sustancias tóxicas, su deposición siempre fue en términos generales, pero no se dieron detalles reales de la forma y grado de exposición del actor, ni las circunstancias de tiempo e intensidad.

Por lo anterior, lo que la sala infiere de las pruebas en conjunto es que si bien no cabe duda que el demandante laboró durante largo tiempo para una empresa que trabaja con altas temperaturas y productos que puede llegar a ser cancerígenos, no se probó por parte del demandante a que temperaturas o sustancias estuvo efectivamente expuesto, ni en que intensidad.

Recuerda la Sala que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral sentencia radicada No SL3963-2014 - 43977 MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo ha sostenido que *(…)si bien la comprobación a la «verdadera» exposición a sustancias cancerígenas, como literalmente lo sostuvo el Tribunal, no es una exigencia de la norma, la labor que desempeñó el actor en las instalaciones de la demandada debe encontrarse dentro de aquellas actividades que refiere el artículo 15 del Acuerdo 049, cuestión que conlleva a la demostración del supuesto de hecho que alega, esto es que durante el tiempo que laboró para la demandada estuvo expuesto a sustancias catalogadas como cancerígenas, (…)* y ello, es precisamente lo que no se acredita, pues aunque esta Colegiatura reconoce que el demandante fue proactivo en su ejercicio probatorio, no basta el simple relato de los hechos, máxime cuando sucedieron desde hace más de 30 años. Para sacar avante esta clase de pretensiones debe probarse de manera acertada y concreta el grado de exposición de manera particular a las altas temperaturas y la incuestionable exposición a las sustancias cancerígenas, algo que a juicio del tribunal, los testigos no lograron probar, y mucho menos los documentos aportados.

Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia apelada en todas sus partes, imponiéndose las costas al demandante.

EN VIRTUD DE LO EXPUESTO, LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LEY,

R E S U E L V E

1° CONFIRMAR en todas sus partes sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena el 6 de septiembre de 2018, según las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

2° COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se tasan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMMLV, conforme al Acuerdo No. PSAA16-10554 del CSJ y el articulo 365 del CGP**.**

3° Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

N O T I F Í Q U E S E Y C Ú M P L A S E

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada Ponente

Firmado Por:

MARGARITA ISABEL MARQUEZ DE VIVERO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 LABORAL DE CARTAGENA

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:
b43f29492ddadcb8621c9224a26ca7f1abca69feea0c177753af17fa70891e7c

Documento generado en 18/11/2020 05:00:34 p.m.

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