

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Radicación:	08-001-31-05-004-2013-00533-01
Radicación interna:	52.799-A
Demandante:	ROSA ALICIA OROZCO LOPEZ
Demandado:	COLPENSIONES Y OTRO

En Barranquilla, a los tres (3) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2.016), se constituyó en audiencia pública la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, integrada por los Magistrados JESÚS R. BALAGUERA TORNÉ quien funge como ponente, ELVER NARANJO y KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA, con el fin de resolver la apelación de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio del dos mil catorce (2.014), proferida por la señora Juez Cuarto -4º- Laboral Del Circuito De Barranquilla.

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓQUESE los numerales primero -1º-, segundo -2º- y cuarto - 4º- de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014), proferida por la señora Juez Cuarta Laboral del Circuito de Barranquilla, en el juicio adelantado por ROSA ALICIA OROZCO LÓPEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y ETERNIT ATLÁNTICO S.A., EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO, y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la accionante, por las razones expuestas en ésta providencia.

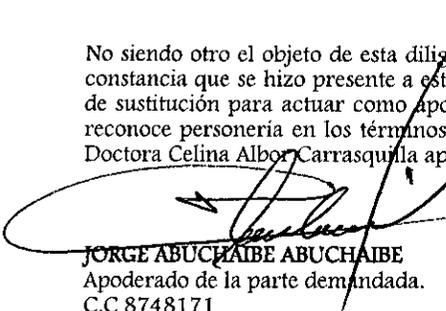
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias a la parte vencida –demandante- y en pro de la accionada COLPENSIONES. En esta instancia se fijan agencias en derecho en la suma de medio (1/2) S.M.L.M.V. Las de primera instancia tásense en su oportunidad por el *a quo*.

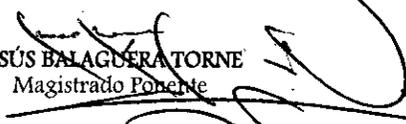
CUARTO: En su oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS

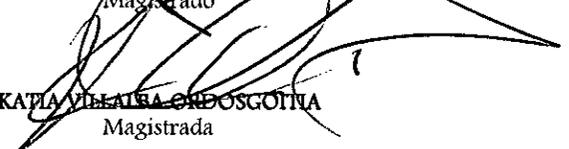
No siendo otro el objeto de esta diligencia se da por terminada y se firma por los que en ella han intervenido. Se deja constancia que se hizo presente a esta diligencia el doctor Jorge Abuchaibe Abuchaibe quien presentó memorial poder de sustitución para actuar como apoderado judicial sustituto de la parte demandada. Una vez revisado el poder se le reconoce personería en los términos del poder conferido. Se deja constancia que se hizo presente a esta diligencia la Doctora Celina Albor Carrasquilla apoderada de la parte demandante.


JORGE ABUCHAIBE ABUCHAIBE
 Apoderado de la parte demandada.
 C.C 8748171


CELINA ALBOR CARRASQUILLA
 C.C22.428.82
 Apoderada de la parte demandada


JESÚS BALAGUERA TORNE
 Magistrado Ponente


ELVER NARANJO
 Magistrado


KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA
 Magistrada

ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO PROFERIDA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE
ROSA ALICIA OROZCO LÓPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
"CÓLPENSIONES" Y ETERNIT ATLÁNTICO S.A., EN CALIDAD DE LITISCONSORTE
NECESARIO.

Código Único de Radicación No.08-001-31-05-004-2013-00533-01
Rad. 52.799-(A) JBT

En Barranquilla, a los (3) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), se constituyó en audiencia pública la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, integrada por los Magistrados JESÚS R. BALAGUERA TORNÉ quien funge como ponente, ELVER NARANJO y KATIA VILLALBA ORDOSGOTTIA, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014), proferida por la señora Juez Cuarta Laboral del Circuito de Barranquilla.

ALEGATOS

A continuación, se concede el uso de la palabra a las partes y sus apoderados, quienes deben identificarse con el NOMBRE COMPLETO, CEDULA, DOMICILIO, LUGAR DE NOTIFICACION, Y EN EL CASO DE LOS APODERADOS, INDICARÁN ADEMÁS EL NUMERO DE SU TARJETA PROFESIONAL.

Lo anterior en el siguiente orden:

1. El demandante
2. El apoderado del demandante
3. El demandado o su representante legal
4. El apoderado del demandado

Si no comparecen se dejará constancia de que no se han hecho presente a la audiencia, las partes ni sus apoderados.

Si no asisten las partes a la audiencia, se deja constancia de su inasistencia y de que reclusó la oportunidad para presentar sus alegaciones. Si vienen se le concede el uso de la palabra a cada uno de los abogados, recordándoles que deben ser breves para que expongan sus alegaciones. (Primero el demandante después el demandado)

Alegatos. En este estado de la diligencia la sala decreta un receso de algunos minutos para tomar en consideración los alegatos de las partes.

Escuchadas las alegaciones, la sala se constituirá en audiencia pública de juzgamiento.

ANTECEDENTES

PARTES QUE INTEGRAN LA LITIS. En el *sub-lite* funge como demandante la señora ROSA ALICIA OROZCO LÓPEZ y como demandada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, y ETERNIT ATLÁNTICO S.A., EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO.

HECHOS

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos: Que el señor EMILIO MANUEL FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.), prestó sus servicios en la empresa ETERNIT ATLÁNTICO S.A. en el periodo comprendido del 12 de junio de 1974 hasta el 8 de diciembre de 1995, fecha ésta última en la que falleció. Que durante la relación laboral el trabajador fallecido desempeñó los cargos de “Cortador Lancero”, “Maquinista” y “Desmolador”, considerados de alto riesgo de conformidad Con el Decreto 1281 de 1994. Que el deceso del señor EMILIO MANUEL FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) fue consecuencia de una enfermedad causada por la manipulación de asbesto, sustancia considerada cancerígena y que manipuló en la empresa ETERNIT ATLÁNTICO S.A. Que el referido finado estuvo afiliado para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS hoy COLPENSIONES, cotizando un total de 1.105 semanas. Que la entidad accionada mediante Resolución No. 001886 de 1996 concedió pensión de sobrevivientes, a partir del 08 de diciembre de 1995, a los señores ROSA ALICIA OROZCO LÓPEZ, Alexander Orozco Fruto, Arli Orozco Fruto y Eulalia Orozco Fruto, en su condición de beneficiarios del afiliado fallecido, liquidando la pensión con base a 1.105 semanas y un I.B.L de \$353.626. Que el causante EMILIO MANUEL FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994, toda vez que a la entrada en vigencia de dicha norma contaba con más de 40 años de edad. Que el día 11 de mayo de 2012 la demandante elevó petición ante COLPENSIONES radicado bajo el No. 290237, solicitando el cambio de la pensión de sobrevivientes que venía disfrutando,

por la de vejez por alto riesgo y hasta la fecha no ha obtenido respuesta. Que la pensión de sobreviviente debió liquidarse con el 75% del promedio de lo cotizado por el occiso, y no con el 69% como lo dispuso la accionada.

PRETENSIONES

Como consecuencia de los anteriores hechos se pretende que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERO:** Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", a reconocer y pagar a mi mandante ROSA ALICIA OROZCO LOPEZ, la pensión especial de vejez por alto riesgo, a que tenía derecho el señor EMILIO MAMUEL FRUTO ACOSTA al momento de su fallecimiento y a partir de la fecha en que cumplió los requisitos para ello, de conformidad al Decreto 758 de 1990 artículo 15 por haber cotizado más de las 750 semanas señaladas en la Ley (1.105 semanas)*

***SEGUNDO:** Se condene a la entidad demandada a cambiar la pensión de vejez que viene cancelando a la señora ROSA ALICIA OROZCO LOPEZ por la pensión de alto riesgo que le correspondía al afiliado (EMILIO MANUEL FRUTO ACOSTA) de conformidad al punto anterior.*

***TERCERO:** Se condene a la demandada a reconocer y pagar los reajustes de Ley durante la vigencia de los años transcurridos desde la fecha en que se pruebe que hay lugar al retroactivo pensional, más los intereses moratorios causados e indexación a que haya lugar, cosas y agencias del proceso.*

***CUARTO:** Se le obligue a la demandada a la inclusión en su nómina de pensionados por pensión especial de vejez por alto riesgo, a mi poderdante, la señora ROSA ALICIA OROZCO LÓPEZ.*

De manera subsidiaria y en el evento que la juez denegare la petición principal de pensión de alto riesgo la cual se encuentra claramente probada, solicito al despacho se sirva de revisar la pensión de vejez reconocida por la demandada mediante el acto administrativo No. 001886 del 30 de mayo de 1996, y en su lugar se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación de la misma al considerar, que no fue liquidada de conformidad al mismo acuerdo 049 de 1990 que establece las formas de liquidar las pensión de sobreviviente toda vez que el afiliado cotizo 1.105 semanas correspondiéndole una tasa del 75% y no el porcentaje que le liquido la demandada.

Igualmente se condenará a los incrementos legales correspondientes causados, por el no reconocimiento correcto y oportuno de la misma. De igual manera se condene al pago de los intereses o en su defecto sea indexada las mesadas correspondientes, costas y agencias del proceso."

CONTESTACIÓN

Como consecuencia de la notificación la demandada COLPENSIONES constituyó procurador judicial, quien en su escrito de réplica -Fls. 184 a 193- admitió algunos hechos y negó los

restantes. En cuanto a las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas por considerar que el asegurado fallecido no cumplió con las exigencias de ley para acceder a la pensión especial de vejez, toda vez que no demostró que ejecutaba labores de alto riesgo, y además su empleador no efectuó el 6% adicional que se exige para la cobertura del riesgo en cuestión. En sustento de su defensa interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado y prescripción.

A su turno, la llamada a Litis ETERNIT ATLÁNTICO S.A. nombró defensor judicial, quien se opuso a la totalidad de las súplicas de la demanda –Fls. 205 a 222–, pues estimó que al no ser su defendida una Administradora de Fondo de Pensiones, no tiene por qué asumir la prestación económica deprecada, máxime si subrogó tal obligación a COLPENSIONES con la correspondiente afiliación y pago de cotización por concepto de vejez a favor del trabajador fallecido. Asimismo sostuvo que dado que para la data de terminación del contrato del trabajador, esto es, 8 de diciembre de 1995 el ISS no tenía ningún cargo desempeñado en ETERNIT ATLÁNTICO S.A. como de alto riesgo, pues dicha clasificación se realizó tan solo el 13 de mayo de 1996, resulta imposible que el causante haya ejecutado actividades consideradas de alto riesgo, y además ello explica el por qué su poderdante no canceló dinero alguno por concepto de cotización adicional del 6% que se exige para el cubrimiento de las actividades riesgosas. En procura de enervar las pretensiones incoadas en su contra, formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitado el juicio por los rieles apropiados, el Juez de conocimiento, que lo fue, la Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, profirió sentencia el día 24 de julio de 2014, en cuya virtud resolvió:

1. DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO con respecto a la demandada "COLPENSIONES".

2. DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, por lo que se CONDENARÁ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, bajo una tasa del 81% sobre el IBL a favor de la demandante señora ROSA ALICIA OROZCO LOPEZ, a partir del 12 de mayo de 2009, teniendo como pensión para el 2009 la suma de \$1.095.180.66, causándose una diferencia por este mismo año por la suma de \$162.248.56, la cual deberá reajustarse anualmente, obteniéndose un retroactivo pensional hasta el 30 de junio de 2014, por un monto total de \$12.552.779.17.

3. ABSUÉLVASE a la demandada ETERNIT ATLANTICO S.A. de todas las pretensiones de la demanda y, a la demandada COLPENSIONES de las restantes pretensiones.

4. **CONDÉNESE** en costas a la demandada COLPENSIONES. Fijense las agencias en derecho en una suma igual a un (1) salario mínimo legal vigente.”

En síntesis, la agente judicial de primer grado consideró que en este asunto, no era necesario verificar si el trabajador fallecido había desempeñado un cargo o una actividad del alto riesgo, habida cuenta que de los datos concernientes a la fecha de su natalicio y el cúmulo de semanas cotizadas al sistema, se logra establecer que aún en el caso hipotético de que ello fuera así, el occiso no cumplía con el requisito de la edad disminuida requerida por haber nacido el 18 de marzo de 1951, pues como quiera que al fallecer tenía 44 años de edad, debía acreditar un número de 1.550 semanas cotizadas al sistema y, tan sólo contaba con 1.100 semanas, es decir, no logró consolidar el referido derecho pensional antes de su óbito.

No obstante, la *a quo* accedió a la pretensión subsidiaria del libelo, esto es, la referente a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes de la actora, pues estimó que dado que el causante cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivencia debió reconocerse con fundamento en las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, por ser esta la norma más beneficiosa en su caso.

RECURSO

La anterior decisión no fue del total agrado de la apoderada de la demandante, quien dentro de la oportunidad interpuso recurso de apelación en el que critica la decisión tomada por la juzgadora de primera instancia, respecto al no reconocimiento de la pensión especial de vejez a su representada, pues considera que el artículo 15 del Decreto 758 de 1990 no establece una edad mínima para ser beneficiario de la referida prestación, pues únicamente consagra es la ventaja de disminuir la edad por cada 50 semanas posteriores a los primeros 750 aportes.

CONSIDERACIONES

Remembremos, la señora ROSA OROZCO LÓPEZ, quien actualmente ostenta la calidad de pensionada por sobrevivencia a cargo de COLPENSIONES, como se observa en el acto administrativo obrante a folio 25 del informativo, pretende que dicha entidad de seguridad social le cambie la mentada prestación por una pensión especial de vejez, en razón a que su cónyuge EMILIO MANUEL FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) dejó causado a su favor el mentado derecho antes de fallecer.

Para alcanzar tal cometido, la actora alega que su esposo señor EMILIO MANUEL FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) laboró durante más de 20 años en actividades de alto riesgo en la empresa ETERNIT ATLÁNTICO S.A. y cotizó al sistema pensional más de las 750 semanas previstas en el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición estatuido en el art. 8° del Decreto 1281 de 1999, por tal razón, configuró la gracia pensional por alto riesgo.

Así las cosas, y con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

Si bien es cierto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reguló el régimen de transición para las pensiones de vejez de manera general, también lo es que no lo hizo respecto de las pensiones especiales por actividades de alto riesgo, en cuanto todo lo referente a esas prestaciones se dejó en manos del Presidente de la República, quien según lo dispuesto en el art. 139 *Ibidem*, contaba con 6 meses contados desde la fecha de publicación de la ley de seguridad social, para, entre otras cosas:

(...)

2° Determinar, atendiendo a criterios técnico – científicos y de salud ocupacional, las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, que requieran modificación en el número de semanas de cotización y el monto de la pensión. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión, se regirán por las disposiciones previstas en esta ley, sin desconocer derechos adquiridos y en todo caso serán menos exigentes. Quedando igualmente facultado para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles y los periodistas con tarjeta profesional.

Esta facultad incluye la de establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador y el trabajador, según cada actividad...”

El ejecutivo en ejercicio de esas facultades extraordinarias, expidió el Decreto 1281 de 1994, “*Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo*”, y trató el tema que aquí interesa, es decir, el régimen de transición de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, en el artículo 8°, así:

*“REGIMEN DE TRANSICION PARA ACCEDER A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.
 (...)”*

Tal como se observa, en virtud del régimen de transición reseñado, aquellas personas que cumplieran con los requisitos de edad o tiempo de servicios dispuesto en la norma transcrita, tenían la posibilidad de que se le aplicaran para efectos de la gracia pensional por actividades de alto riesgo, las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto establecidos en el régimen anterior al cual estuviere vinculado.

En el *sub-judice*, conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía que milita a folio 36 del plenario, el asegurado fallecido EMILIO FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.), nació el día 18 de marzo de 1951, de donde se deriva que cuando entró en vigencia el Decreto 1281 de 1994, lo

cual ocurrió el 22 de junio de 1994, tenía más de 40 años de edad, por lo que lo torna beneficiario del régimen de transición consagrado en dicha preceptiva.

La normativa anterior que reglamentaba las actividades de alto riesgo en el sector privado era el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 15, dispone lo siguiente:

“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.

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.”

Según la norma transcrita, uno de los requisitos para acceder a la pensión especial es que el trabajador haya estado dedicado a actividades que impliquen exposición a sustancias cancerígenas, calificadas por el otrora ISS como tales, por más de setecientas cincuenta (750) semanas; y de ahí en adelante, por cada cincuenta (50) semanas, se le disminuye en un (1) año la edad mínima que consagra el art. 12 *Ibidem* para acceder a la pensión de vejez, esto es, 60 años.

Para establecer si el finado EMILIO FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) trabajador durante el tiempo en que prestó sus servicios a ETERNIT ATLÁNTICO S.A. estuvo expuesto a sustancias cancerígenas o lo que es lo mismo, desempeñó actividades de alto riesgo, la Sala procede a analizar la documentación anexa al libelo.

Entre los folios 19 a 22, milita historia ocupacional del señor EMILIO FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) expedida por la empresa ETERNIT ATLÁNTICO S.A., en la que se certifica que el occiso laboró a órdenes de dicha compañía en el periodo comprendido del 12 de junio de 1974 al 8 de diciembre

de 1995, en los siguientes cargos: “Cortador Lancero”, entre el 12 de junio de 1974 al 22 de febrero de 1981; “Maquinista” desde el 23 de febrero de 1981 hasta el 21 de enero de 1990; “Desmolador” desde el 22 de enero de 1990 al 8 de septiembre de 1991; nuevamente de “Maquinista” del 9 de septiembre de 1991 al 8 de diciembre de 1995; “Desmolador” desde el 22 de enero de 1990 hasta el 8 de septiembre de 1991; y finalmente como “Maquinista” del 9 de septiembre de 1991 al 8 de diciembre de 1995; información que se acompaña en cuanto a los extremos temporales de dicha relación laboral, aunque no así a todos los cargos desempeñados por el occiso¹, con el contrato de trabajo y los memorandos que yacen entre los folios 230 a 236.

Obra a folio 27, “formato de inscripción empresas de alto riesgo” expedido por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL –DIVISIÓN DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-, a través del cual la accionada ETERNIT ATLÁNTICO S.A protocolizó su inscripción como compañía de alto riesgo y se le designó el N° de inscripción 025 del 2 de febrero de 1996.

A su vez, entre los folios 250 a 253 del plenario, reposa “acta de inspección ocular No. 0466” y “acta de inspección puestos de trabajo de alto riesgo” adiadadas 13 de mayo de 1995, en las que la DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL ATLÁNTICO –DIVISIÓN DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA-, dejó consignados los resultados alcanzados con la visita a las instalaciones de la empresa ETERNIT ATLÁNTICO S.A., llegando a las siguientes conclusiones:

“(…) Para efectos de definir los puestos de trabajo de alto riesgo de la empresa Eternit Atlántico S.A., se inspeccionaron los procesos en los cuales se trabaja con asbesto y se concluyó que los referidos puestos de trabajo de esta categoría son los siguientes:

NOMBRE DEL PUESTO DE TRABAJO	No. TRABAJADORES EXPUESTOS
<i>Operador Mezclador y Molino</i>	<i>6</i>
<i>Operador Molino Recorte</i>	<i>2</i>
<i>Operador Montacarga</i>	<i>4</i>
<i>Cortador Placa</i>	<i>6</i>
<i>Supervisor de Producción</i>	<i>3</i>
<i>Total</i>	<i>21</i>

(…)”

El análisis armónico de las documentales reseñadas, permiten concluir a la Sala que, si bien es cierto el finado trabajador EMILIO FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) laboró en una empresa catalogada como de alto riesgo, como no se discute que lo es ETERNIT ATLÁNTICO S.A., también lo es que nunca desempeñó alguno de los cargos catalogados por las dependencias de salud ocupacional del otrora I.S.S., como de alto riesgo en dicha empresa, esto es, “Operador Mezclador y Molino, Operador Molino Recorte, Operador Montacarga, Cortador Placa o Supervisor de Producción”; de ahí que no se encuentre acreditado que efectivamente el finado estuvo expuesto a sustancias cancerígenas como el asbesto.

¹ Según se desprende del contrato de trabajo que milita entre los folios 230 y 231, el primer cargo desempeñado por el finado en la empresa llamada a Litis, fue el de “trabajos varios” y no así el de “Cortador Lancero” como aparece en la certificación obrante a folios 19 a 22.

A lo anterior, se suma el hecho de que no se aportó ni una sola prueba adicional, por ejemplo, de tipo testimonial o pericial, que ayudara a inferir que el occiso en el desempeño de las labores propias de los cargos que ocupó en la llamada a Litis, estuviera propenso al contacto con sustancias cancerígenas.

Sobre el particular conviene indicar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado en su jurisprudencia que, no basta con demostrar la prestación de los servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que resulta necesario que se pruebe que el trabajador estuvo expuesto a dichas sustancias en el ejercicio de sus funciones. En efecto, en sentencia del 10 de diciembre de 2014, Rad. No. 42344, M.P: RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, iterada recientemente en la del 6 de mayo de 2015, Rad. No. 45083, con ponencia del mismo H. Magistrado, la Corte arguyó:

“... De conformidad con este criterio jurisprudencial, no pudo incurrir en ningún yerro jurídico el ad quem, en el presente asunto, al estimar que de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 049 de 1990, es necesario que el trabajador demuestre que laboraba en una de las cuatro actividades relacionadas en dicha norma, de forma permanente y debidamente calificada por las dependencias de salud ocupacional del ISS, previa investigación sobre la habitualidad, equipos utilizados e intensidad de la exposición, de modo tal que no es suficiente con acreditar que se labora en una empresa de clasificación de alto riesgo, pues, en consideración del fallador, no todos los trabajadores se encuentran sometidos al riesgo máximo de la empresa, tal como lo pretende hacer ver la interpretación propuesta por el recurrente...”

Y más adelante finiquitó:

... De conformidad con las consideraciones efectuadas al primer y séptimo cargos, no por el hecho de que una empresa sea clasificada como de alto riesgo, dentro del sistema de riesgos profesionales, se puede predicar que todos sus trabajadores ejerzan actividades de alto riesgo, pues se trata de dos conceptos con tratamientos y consecuencias diferentes. En ese sentido, nada impide que una empresa sea catalogada como de alto riesgo y que, como la demandada, al mismo tiempo, mantenga trabajadores que desempeñan labores ajenas al alto riesgo para la salud, como es el caso de las secretarías y otros cargos administrativos.

Por esta razón, el Tribunal no incurrió en ninguna infracción de las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, pues ciertamente el demandante estaba en la obligación de demostrar que estaba expuesto a sustancias cancerígenas, a pesar de que la empresa demandada hubiera sido clasificada en el sistema de riesgos profesionales como de alto riesgo.

*Lo anterior es suficiente para desestimar el cargo propuesto por la censura...”
 (Negrillas para resaltar)*

Las directrices jurisprudenciales transcritas y la realidad fáctica que impera en los autos, fuerzan concluir que, como quiera que el finado no acreditó en vida el cumplimiento de los supuestos fácticos y jurídicos para tener derecho a beneficiarse de la disminución de edad que otorga el desempeño de actividades de alto riesgo, era menester que satisficiera los requisitos generales de la prestación de vejez contenidos en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, dentro de los que se encuentra contar con una edad mínima de 60 años; requisito éste que no satisfizo, toda vez que al comparar su fecha de natalicio -Fl. 36- y la data de su deceso -Fl. 31-, se tiene que apenas llegó a la edad de 44 años.

Luego entonces, si la pretensión de la actora de cambio de pensión pendía de que se declarara que su cónyuge señor EMILIO FRUTO ACOSTA (Q.E.P.D.) era titular de una pensión especial de vejez y esto no salió avante, resulta diáfano que dicha reclamación no tiene tampoco vocación de prosperidad y en tal razón lo que se impone es la ABSOLUCIÓN. Como esa fue la decisión a la que arribó la *a quo* habrá de CONFIRMARSE la misma, pero por las razones expuestas en ésta instancia.

Así las cosas, se procede entonces, a verificar si en el *sub-lite* están dados los presupuestos para reconocer la pretensión subsidiaria contenida en el libelo, esto es, la reliquidación de la pensión de sobrevivientes de la actora, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990. Aspecto, que valga decir, la Sala abordará en el grado jurisdiccional de consulta, en razón a que si bien es cierto no fue objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, también lo es que al ser garante el Estado de los dineros que administra esta entidad de seguridad social, es deber de esta superioridad analizar en su totalidad lo decidido en primera instancia, tal como lo han reiterado en múltiples ocasiones la H. Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; ésta última, verbigracia, en reciente sentencia del 9 de junio de 2015, Rad. No. 40200, M.P: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en los siguientes términos:

Consejo Superior

(...) en razón a su función unificadora como máximo tribunal en materia laboral y de la seguridad social, le corresponde a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, precisar algunos aspectos relativos a la institución del grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo dispuesto en el art. 69 del C.P.T. y S.S.; previa la transcripción de la citada norma, cuyo texto es del siguiente tenor:

(...)

De la norma transcrita emerge con claridad que además de los recursos de que puedan ser objeto las providencias judiciales, existe un grado jurisdiccional de consulta llamado a ser activado, obligatoriamente, cuando:

La sentencia de primera instancia fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, si no fueren apeladas.

La decisión de primer grado fuere adversa a "la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante".

En ese orden, una conclusión surge diáfana: la norma en su primer inciso contienen unas reglas diferentes a las consagradas en el segundo, así:

Para la procedencia de la consulta conforme el primer inciso se requiere: (a) que la sentencia sea totalmente adversa al trabajador, beneficiario o afiliado y (b) que no sea apelada por éste.

Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquella sea garante.

Lo expuesto encuentra apoyo en jurisprudencia de esta Sala, que desde antaño, según lo recordó en providencia de hace más de una década -16 de marzo de 2000, rad. 12904-, adocirrió que "cuando la consulta se surte a favor de la Nación, el Departamento o el Municipio, (...) si es "forzosa, obligada e incondicionada", tal como lo precisó esta Sala, en providencia del 24 de julio de 1980, pues aún en el evento de que la respectiva entidad impugne únicamente una o varias de las condenas impuestas, de todas formas el ad quem tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de ellas"

Así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003 al señalar, que la defensa de los bienes públicos exige que la consulta proceda "frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas; total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación".

(...) (Negrillas para resaltar)

Precisado lo anterior, conviene recordar que, la a quo para acceder a la súplica subsidiaria de reliquidación pensional, sostuvo que dado que el finado asegurado había cotizado más de 300 semanas con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, 1° de abril de 1994, su cónyuge superviviente ROSA ALICIA OROZCO -hoy demandante-, tenía derecho en virtud

del principio constitucional de la condición más beneficiosa, a que su prestación de sobrevivencia se reconociera bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por ser más favorable que la ley 100 de 1993.

Al respecto se ha de indicar que, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes se dirima a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado, sin tener que acudir a otras normatividades anteriores en tanto en esta materia no se consagró un régimen de transición, como sí ocurrió con la pensión de vejez.

Para ilustrar lo dicho resulta pertinente transcribir acá los apartes de la sentencia del 29 de abril de 2015, Rad. No. 40471, M.P: LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, donde dijo la Corte textualmente:

“... En materia de pensión de sobrevivencia, tiene definido la Corte, como principio general, que la norma aplicable es la vigente al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado, de manera que por este aspecto el Tribunal no incurrió en error jurídico alguno.

Ahora, si la pensión de invalidez y la muerte del fallecido acontecieron en vigencia de la Ley 100 de 1993, son las disposiciones de esta ley las que deben aplicarse en su integridad sin tener que acudir a otras normatividades anteriores, en tanto en esa materia no se consagró un régimen de transición, como sí ocurrió con la pensión de vejez. El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las normas sobre trabajo, por su condición de orden público, producen efecto general inmediato y se aplican a las relaciones que estén en curso sin que tengan efecto retroactivo y sin afectar situaciones consumadas o definidas conforme a leyes anteriores. En el asunto bajo examen, la situación de los cónyuges en punto a la pensión de sobrevivientes, no implicaba una situación consumada o definida por leyes anteriores a la Ley 100 de 1993, pues el causante no estaba pensionado, de manera que las condiciones que trajo la nueva ley en la materia referida, quedaban cobijadas con la nueva normatividad que empezó a regir el 1 de abril de 1994.

Es ese el entendimiento que en torno a la causa que se examina, debe dársele al inciso 2 del artículo 31 de la ley 100 de 1993, ya que cuando contempla la aplicabilidad al Régimen de Prima Media con Prestación definida de las disposiciones vigentes a cargo del ISS en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, hace la precisión de que dicha aplicación se hará con las adiciones, modificaciones y excepciones que contiene la dicha ley. Y al regular ésta nuevas exigencias para la adquisición de la pensión de sobrevivientes sin contemplar excepciones a las prestaciones causadas durante su vigencia, no hay necesidad de acudir a disposiciones anteriores como las del Acuerdo 049 de 1990, sin que de otro lado pueda darse la posibilidad de la aplicación de otros principios como

el de la condición más beneficiosa en tanto la prestación original en cabeza del causante como la transmisión de la pensión de sobrevivientes fueron nacidas, como ya se ha dicho, en vigencia de la Ley 100 de 1993...” (Negritas para resaltar)

Tenemos que en el caso de autos, en atención a que el causante asegurado falleció el 8 de diciembre de 1995, el derecho de los beneficiarios a la prestación de supervivencia estaba gobernado por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su texto original.

Ahora bien, de las pruebas arrimadas al plenario, más concretamente la Resolución No. 01886 del 30 de mayo de 1996 –Fls. 25 y 26–, se desprende que el ISS hoy COLPENSIONES al conceder la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, lo hizo bajo el amparo de las preceptivas contenidas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, es decir, la norma vigente para la data del deceso.

No desconoce esta célula judicial que si bien es cierto por vía jurisprudencial se ha dicho que dado que la ley 100 de 1993, no estableció un régimen de transición para las pensiones de sobrevivientes, es viable la aplicación del principio de condición más beneficiosa que implica darle efectos ultractivos a la normatividad anterior, no es menos cierto que esa posibilidad únicamente es dable cuando el derecho no se consolida en vigencia de la norma aplicable al asunto, pues lo contrario traería como clara consecuencia la inobservancia del principio de retrospectividad y el de no retroactividad de la ley laboral, consagrados expresamente en el artículo 16 del C.S.T.

Por tanto, si la entidad demandada COLPENSIONES, como se repite, concedió la gracia pensional con base a la norma aplicable y vigente al momento del fallecimiento del afiliado; es evidente, que no le asiste razón a la demandante en su aspiración de obtener la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para la liquidación de su pensión, por cuanto dicha posibilidad solo es dable excepcionalmente como en líneas anteriores se expuso.

Consejo Superior

Corolario de todo lo anterior, y dado que la juzgadora de primera instancia condenó a la entidad demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar reliquidación de pensión de sobrevivientes a favor de la actora, se REVOCARÁ su decisión, para en su lugar ABSOLVER a la accionada COLPENSIONES de todos los cargos que contiene el libelo, conforme a las razones esgrimidas en ésta providencia. Se confirmará en todo lo demás la providencia de primer nivel.

Dado el resultado de la sentencia, no hay lugar al estudio de las excepciones planteadas, por las demandadas.

Las costas de ambas instancias a cargo de la parte vencida –demandante- y en pro de la accionada COLPENSIONES. En esta instancia se fijan agencias en derecho en la suma de medio (1/2) S.M.L.M.V. Las de primera instancia tásense en su oportunidad por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Primera Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓQUESE los numerales primero -1º-, segundo -2º- y cuarto - 4º- de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014), proferida por la señora Juez Cuarta Laboral del Circuito de Barranquilla, en el juicio adelantado por ROSA ALICIA OROZCO LÓPEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y ETERNIT ATLÁNTICO S.A., EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO, y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la accionante, por las razones expuestas en ésta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias a la parte vencida –demandante- y en pro de la accionada COLPENSIONES. En esta instancia se fijan agencias en derecho en la suma de medio (1/2) S.M.L.M.V. Las de primera instancia tásense en su oportunidad por el *a quo*.

CUARTO: En su oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de origen

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS

No siendo otro el objeto de esta diligencia se da por terminada y se firma por los que en ella han intervenido.

JESÚS R. BALAGUERA TORNE
 Magistrado Ponente

Consejo Superior
 de la Judicatura
 ELVER NARANJO
 Magistrado

KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA
 Magistrada