

Radicación n.º 68537

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL2136-2019

Radicación n.º 68537

Acta 18

Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **ÁLVARO CRUZ CASTRO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 6 de febrero de 2014 en el proceso ordinario laboral que instauró contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, en el que se vinculó como litis consorte necesario a **CRISTALERÍA PELDAR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Álvaro Cruz Castro promovió demanda ordinaria laboral para que se declare que por la exposición permanente a sustancias cancerígenas tiene derecho a la pensión especial de vejez. Por tanto, solicitó que se condene al ISS hoy Colpensiones al reconocimiento y pago de dicha prestación a partir del 7 de abril de 2011, fecha en que cumplió 50 años de edad, las mesadas pensionales causadas e insolutas, intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y las costas del proceso. También petitionó que se le ordene al ISS que realice el cálculo actuarial del valor de la cotización no realizada, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 7 de abril de 1957 y que laboró para la empresa Cristalería Peldar S. A. desde el 23 de noviembre de 1984 hasta el 19 de octubre de 2011, es decir, 26 años, 9 meses y 9 días, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por decisión unilateral de la accionada.

Precisó que durante el vínculo laboral desempeñó los cargos de labores varias, selector varios y operador máquinas quebradoras, donde estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, pues la actividad económica de la empresa era la de fabricación de artículos de vidrio, proceso en el que se utilizaba arena, sílice, asbesto en polvo y húmedo, benceno, carbón mineral, cadmio, cromo, níquel, nitrato de plata, plomo, rx ultravioleta, solventes de pintura y dicromato, entre otros.

Indicó que estudios realizados por el grupo Fergusson de la Universidad Nacional y la ARP Suratep en el año 2005, demostraron la existencia de muchos factores de riesgos ocupacionales y la superación de los valores límites permitidos, hechos que eran de pleno conocimiento de la empresa empleadora. Además, los trabajadores José Miguel Quiroga Larrota, Absalón Cendales, Bernardo Parra y Juan Darío Moreno Santana, tuvieron casos relacionados con la exposición al asbesto y fallecieron como consecuencia del mismo tipo de cáncer y sus casos fueron evaluados como de origen profesional por las juntas

Regional y Nacional de Calificación de Invalidez.

Finalmente señaló que el 27 de septiembre de 2011, presentó reclamación administrativa ante el ISS, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez; que cuenta con 1.350 semanas aportadas a dicha entidad y que Cristalería Peldar está clasificada en riesgo IV para el área administrativa y, V para la de producción.

El Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones y frente a los hechos adujo que no le constaban o que no era ciertos. En su defensa indicó que el actor no reúne los requisitos establecidos en el Decreto 1281 de 1994, pues ha debido demostrar, como mínimo, 700 semanas con cotización especial y pese a que el demandante afirma que cuenta con 859 semanas cotizadas en alto riesgo, tal circunstancia no está acreditada. Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, prescripción y petición anticipada.

Mediante auto de fecha 24 de enero de 2013, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó integrar el litis consorcio necesario por pasiva con Cristalería Peldar S.A. (f.º 378), empresa que una vez vinculada al proceso, dio contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones y frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento del actor, la vigencia de la vinculación laboral entre las partes, los cargos desempeñados, la actividad económica de la empresa y su clasificación en los grados IV y V de riesgo profesional. Los demás hechos los negó o afirmó que no le constaban.

En su defensa explicó que durante su relación de trabajo el actor jamás estuvo expuesto a materiales comprobadamente cancerígenos; esto como quiera que tal exposición no se presenta en las áreas de decoración y selección de envases, ni en la de formación de vidrio plano, donde se desempeñan los oficios que ejerció el actor. Aclaró que el asbesto solamente se utiliza en una parte muy específica de la cadena productiva, que no tiene nexo con las actividades del demandante, y en todo caso, desde el año 2000, el proceso de ensamble y maquinado de rodillos de asbesto no se realiza en la planta de Cogua.

Aclaró que el accionante tuvo exposición ocupacional a altas temperaturas únicamente cuando laboró en el cargo de operador de máquinas quebradoras, pero durante ese tiempo se realizó la respectiva cotización especial. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción y cobro de lo no debido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de octubre de 2013, absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda inicial y condenó en costas al actor.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, mediante sentencia proferida el 6 de febrero del 2014, confirmó la decisión de primer grado y condenó en costas de la alzada al actor.

En su decisión, definió como problema jurídico, determinar si estaba acreditado que el accionante había desempeñado actividades de alto riesgo y, por ende, si tenía derecho a la pensión reclamada. Preciso que la norma aplicable en el presente asunto es el Decreto

2090 de 2003, dado que el demandante no es beneficiario de ningún régimen de transición, porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 40 años de edad ni con 15 de servicios cotizados.

Indicó que dicha disposición establece en su artículo 2°, qué se entiende por actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, y aclaró que acoge la postura de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en sentencia CSJ SL 3 jul. 2013 rad. 42152, en virtud de la cual, es posible acreditar la actividad de alto riesgo, a través de cualquier medio de prueba, aun en tiempo anterior a la expedición del Decreto 1281 de 1994.

Señalo que el demandante se desempeñó en tres oficios diferentes durante el tiempo que estuvo vinculado con la empresa Cristalería Peldar, así: i) en el cargo de labores varias desde el 23 de noviembre de 1984 hasta el 4 de mayo de 1986, ii) como selector varios, entre el 5 de mayo de 1986 y el 25 de noviembre de 1999 y iii) operador de máquinas quebradoras del 26 de noviembre de 1999 al 19 de octubre de 2011. Respecto de este último periodo, indicó que la empleadora admitió que se realizaron las respectivas cotizaciones especiales por cuanto las labores implicaban una exposición al calor.

Adujo que según la historia ocupacional del actor (f.º 438), en el oficio de labores varias, debía ejecutar tareas específicas de aseo, limpieza y movimiento de materiales en cualquiera de las dependencias de la planta, «sitio donde realizaba la labor: en el área de decoración de envases». En el cargo de selector varios, esta misma prueba estableció que el actor era responsable de la correcta selección y empaque de producción, lo cual implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar productos, calibrar, desechar la imperfecta, empacar, pegar cajas y etiquetarlas, labor que se realiza sin exposición al calor durante 8 horas, -«Sitio donde realizaba la labor: en el área selección de envases».

Indicó que, frente a estas labores, se debe verificar si existió exposición a sustancias cancerígenas. En cuanto a la prueba de inspección judicial, afirmó que no ha debido ser tenida en cuenta por el a quo, toda vez que se practicó en un tiempo diferente a aquel en que se efectuó el vínculo laboral; por tanto, resulta inútil e innecesaria para los fines del proceso.

En relación con los «estudios» que se aportaron con la demanda, y que el apelante afirma que no fueron valorados, advirtió que «el realizado en febrero de 1988 por el seguro social se encuentra incompleto y el elaborado por el Instituto de Higiene, Ambiente y Salud para los años de 1992 y 1994, se tiene que examinados los mismos no resultan unánimes e inequívocos», para poder concluir que en la ejecución de labores varias y selector varios, el demandante hubiese estado expuesto de manera permanente a sustancias comprobablemente cancerígenas. Tampoco permiten evidenciar, como lo quiere hacer ver el actor, que todos los trabajadores de la empresa Cristalería Peldar desarrollaban actividades de alto riesgo.

Agregó que el estudio realizado por la «firma Fergusson 1991 a abril de 1992» se utilizó para evaluar la salud de los trabajadores de la mencionada empleadora, y en específico, la existencia de sustancias cancerígenas y se aplicó el siguiente método: «se seleccionó un grupo de trabajadores de las secciones de mina, planta, arena, alfarería, hornos, molduras, decoración, espejos y formación, se obtuvo respuesta de 137 trabajadores, de los cuales se seleccionaron 49 para examen físico, también se aplicaron 39 encuestas a pensionados,

sin embargo, valdría la pena hacer un estudio con mayor profundidad en este grupo de población». Conforme lo anterior, concluyó que no existe certeza si las personas que desempeñaron los oficios de labores varias y selector varios, hubiesen sido evaluadas, para poder entrar a valorar los resultados.

También indicó que en el estudio efectuado por SURATEP para el año 1996 dentro de las áreas seleccionadas para evaluación, no se encuentran las secciones de decoración de envases donde el actor prestó la labor de oficios varios, ni la de selección de envases, donde sirvió como selector varios.

Expresó que según el artículo 3° del Decreto 2090 de 2003, para acceder a la pensión especial de vejez es necesario que el trabajador se haya dedicado de manera permanente al ejercicio de actividades de alto riesgo, no de manera ocasional. Por tanto, aunque al desempeñar el cargo de labores varias, el actor pudo tener contacto con sustancias cancerígenas en algunas ocasiones, ello no fue permanente, o por lo menos no logró acreditarse tal hecho. Adujo que el testimonio de Siervo Tulio Arévalo no permite establecer el supuesto fáctico debatido, pues pese a que explicó la manera como se ejecutaba la labor, nada refirió en cuanto a los riesgos a los que se estaba expuesto o si se manipulaban materiales con compuestos cancerígenos. Tal hecho tampoco se puede derivar de la declaración de Ricardo Álvarez Cubillos, pues nada informó sobre los oficios desempeñados por el accionante.

Aclaró que no es válido afirmar que por la clasificación de la empresa empleadora en el sistema de riesgos profesionales, en este caso, en el nivel 4, pueda deducirse que todos sus trabajadores desempeñen actividades de alto riesgo. Esto, como quiera que el Decreto 2090 de 2003 hace referencia a la afectación en la salud del individuo, en razón a las labores específicas que desarrolla, no simplemente por la actividad económica de la empresa.

Finalmente señaló que en relación con el cargo de operador de máquinas quebradoras desempeñado entre el 26 de noviembre de 1999 y el 19 de octubre de 2011, Cristalería Peldar afirmó que había realizado cotizaciones especiales, dada la exposición ocupacional al calor; por tanto, es dable concluir que la demandada confiesa que tal actividad es considerada de alto riesgo. Sin embargo, con el tiempo prestado en tal actividad, el actor no alcanza a reunir las 700 semanas necesarias para la pensión especial.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la decisión del a quo y acceda a las pretensiones de la demanda inicial. Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, los cuales fueron replicados oportunamente.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de infracción directa de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 8° del Decreto 2090 de 2003, en relación con los artículos 141 de la Ley 100 de 1993, Ley 436 de 1998 que aprobó el

convenio 162 de la OIT la cual fue declarada exequible mediante sentencia C-496/98, sentencia C-038 de 2004, artículos 11 del Decreto 1295 de 1994, 8 del Decreto 1161 de 1994, Decreto 2633 de 1994, artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1832 de 1994, Decreto 917 de 1999, Decreto 2463 de 2001, artículo 54 A del CPTSS; 53 de la Constitución Política y 177 del CPC.

Para sustentar esta acusación, aclara que no discute que laboró para Cristalería Peldar de manera ininterrumpida a partir del «1 de febrero de 1988», inicialmente en el cargo de labores varias y desde «el 23 de noviembre de 1984 y hasta el 19 de octubre de 2011, es decir, por 26 años, 9 meses y 9 días, en las mismas instalaciones de procesamiento y producción de la empresa en el Municipio de Cogua- Cundinamarca».

Afirma que el ataque se centra en analizar los efectos de las normas acusadas frente a los derechos del actor, estudiando para ello las funciones y sitio de trabajo donde el actor prestó sus servicios como operario de máquina quebradora, dado que el Colegiado no lo abordó porque tuvo en cuenta la existencia de una confesión. Estas labores, junto con el tiempo trabajado como selector varios y labores varias, le permiten adquirir la pensión especial de vejez, pues estuvo expuesto a la acción contaminante en los términos del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003.

Destacó que el Tribunal «admitió sin ambages» que en el actor estuvo expuesto a un medio laboral altamente contaminado, y como no se discute el tiempo de trabajo, se advierte que reunió más 700 semanas continuas en tales actividades. Afirma que lo importante es que el trabajador estuviese expuesto a sustancias cancerígenas, sin que sea necesario buscar en la ley, calificaciones distintas sobre la mayor o menor intensidad de los niveles de contaminación.

En este caso, se dan las condiciones previstas en la ley, pues el propio juzgado aceptó que el demandante laboró en «cualquier dependencia de la planta» (labores varias), en el área de selección de envase (selector varios) y que la actividad como operador de máquinas quebradoras era considerada de alto riesgo. En ese orden, aunque el demandante «no estuvo expuesto directamente a material particulado contaminante», lo cierto es que en el desarrollo de sus funciones, si se vio sometido a un medio ambiente altamente contaminado en razón a la clase de empresa en donde trabajó; además, también estuvo sometido a altas temperaturas en el último cargo desempeñado.

Afirma que el Tribunal no realizó ninguna clase de interpretación de las normas acusadas, no emitió concepto y tampoco aplicó la norma, haciéndole producir algún efecto diferente al querido por el legislador, pues, por el contrario, se rebeló contra ella.

VII.

RÉPLICA

Cristalería Peldar S.A. se opone al cargo porque afirma que resulta ininteligible, tanto jurídica como lógicamente y por ello, su estudio resulta imposible. Además, en la sustentación involucra elementos fácticos y probatorios, lo cual vicia el ataque jurídico que pretende formular. El censor cuestiona que el Tribunal hubiese considerado que la prueba aportada era insuficiente, e insiste en que al desempeñar los cargos de labores varias y selector varios, estuvo expuesto a la acción contaminante. Por tanto, si sus críticas eran de orden probatorio, ha debido acudir a la vía indirecta.

Colpensiones presenta réplica conjunta a los dos cargos y sostiene que en ambos se

presenta una mezcla de elementos fácticos y jurídicos que hacen inviable la acusación.

Además, asegura que el Tribunal no se equivocó al concluir que no habían suficientes elementos probatorios para determinar que el actor podía acceder a la pensión especial de vejez, pues en efecto, pese a laborar en Cristalería Peldar, no estuvo expuesto a sustancias cancerígenas durante todo el tiempo que perduró la vinculación de trabajo, y el lapso en el cual sí existió tal exposición, no resulta suficiente para estructurar la prestación reclamada.

/III.

CONSIDERACIONES

El censor dirige esta acusación por la senda directa, por considerar que se dejaron de aplicar normas del Decreto 2090 de 2003, relativas a la regulación de la pensión especial de vejez. Sin embargo, en la sustentación de su ataque plantea aspectos fácticos y probatorios, pues indica que se deben estudiar las funciones y sitio de trabajo del actor mientras desarrolló el cargo de operador de máquina quebradora, pues el Tribunal no lo hizo; que en los oficios de labores varias y selector varios estuvo expuesto a la «acción contaminante», que laboró durante más de 700 semanas en presencia de sustancias nocivas para la salud y que el medio ambiente era altamente contaminado.

Si bien afirma que el Tribunal «admitió sin ambages» que en su trabajo estuvo expuesto a un medio laboral altamente contaminado, tal premisa resulta errada, pues el Colegiado no llegó a tal conclusión. En efecto, en la sentencia impugnada se estableció que mientras el actor desarrolló la labor de operario de máquinas quebradoras, estuvo expuesto a altas temperaturas, que no se acreditó que al ejecutar los oficios de labores varias y selector varios, hubiese estado expuesto a sustancias nocivas y que solamente «desempeñando la labor de oficios varios, en algunas ocasiones, pudo haber tenido contacto con sustancias cancerígenas», pero resaltó que no se acreditó que fuese de manera permanente como lo exige la ley, sino ocasional.

Por tal razón, como el supuesto fáctico relativo a que el tiempo de exposición a un ambiente altamente contaminado lo fue durante todo el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, no fue definido por el juez de la alzada, el censor no puede partir de esta premisa no definida, para estructurar un yerro jurídico, pues necesariamente ha debido cuestionarlo a través de la senda fáctica.

Con esta precisión, la Sala debe resaltar que la formulación del primer cargo resulta inapropiada, pues el recurrente presenta una mixtura de vías directa e indirecta de violación de la ley sustancial, las cuales son excluyentes, pues mientras por la senda directa la discusión es eminentemente jurídica, la vía indirecta está sustentada en la falta de valoración o errada estimación de los medios de convicción allegados al proceso, de ahí que su formulación debe hacerse por separado.

La Corporación ha explicado que cuando el cargo se dirige por la vía directa, se controvierten aspectos jurídicos, sin que sea dable controvertir las conclusiones fácticas a las que arribó el sentenciador de segundo grado. Así se explicó en sentencia CSJ SL6119-2017 la Sala sostuvo:

En efecto, cuando se acude a la vía directa, la sustentación de la demanda de casación debe ser estrictamente jurídica, en la medida que se parte de la plena conformidad de la recurrente con las conclusiones fácticas y probatorias a las que arribó el Tribunal. En ese asunto, al involucrar temas fácticos, la censura hace una mixtura de las vías directa e

indirecta de violación de la ley sustancial, las cuales son excluyentes, por razón de que la primera lleva a un error jurídico, mientras que la segunda, conduce a la existencia de uno o varios yerros fácticos, por lo que su análisis debe ser diferente y su formulación por separado.

Ahora, si al margen de los argumentos de carácter fáctico, la Sala abordara el reparo jurídico, encontraría que no le asiste razón al recurrente al denunciar la infracción directa de los artículos 2 y 3 del Decreto 2090 de 2003, como quiera que el juez de alzada sí los tuvo en cuenta, pues explicó que en virtud de dichas normas, los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas son considerados como actividades de alto riesgo, y que la pensión especial de vejez se causa a favor de los afiliados que se dediquen de manera permanente a labores de alto riesgo durante el número de semanas que corresponda y realicen cotizaciones especiales durante por lo menos 700 semanas.

En razón de lo anterior, se observa que el Colegiado si dio aplicación a las normas acusadas, solo que no encontró acreditados los supuestos fácticos que ellas prevén y, por ende, concluyó que no era dable otorgarle a la pensión especial solicitada. Por tanto, siendo que el fundamento del Tribunal para negar las súplicas de la demanda inicial fue de orden probatorio, resulta equivocado acudir a la senda directa para cuestionar su decisión. Por lo anterior, el cargo no prospera.

IX.

CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada por violación indirecta en la modalidad de violación medio, por aplicación indebida de las normas procesales contenidas en los artículos 174, 175, 177 y 187 del CPC, por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, en consonancia con los artículos 51, 60 y 61 del mismo estatuto procesal; violación medio que condujo a la «no aplicación» del artículo 3° del Decreto 2090 de 2003, en consonancia con los artículos 13 y 19 del CST.

Señala que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho:

Primero: No dar por acreditada, siendo evidente, la relación de causalidad entre las funciones desarrolladas por el actor con los niveles de exposición, también para los cargos de LABORES VARIAS, SELECTOR VARIOS y OPERADOR DE MAQUINAS QUEBRADORAS.

Segundo: No dar por demostrado, siendo ostensible, que aunque los estudios puedan determinar que no en toda la empresa existe el mismo nivel de contaminación, sin embargo el riesgo es igualmente inminente por el manejo de material particulado de alta volatilidad u contaminación ambiental.

Tercero: No dar por cierto, existiendo certeza, que el demandante durante toda la relación laboral estuvo en los sitios de mayor concentración de la contaminación, pues siempre estuvo en toda la planta, selección y quebrado, en vidrio plano.

Cuarto: No dar por demostrado, siendo manifiesto, que el demandante estuvo expuesto permanentemente, durante más de 26 años, al mayor o menor nivel de contaminación general existente en la empresa afiliadora y empleadora del actor y que, de acuerdo con la ley, adquirió el derecho a su pensión especial de vejez.

Quinto: No dar por demostrado, siendo evidente, que por el sólo hecho de haber estado desempeñando los cargos de LABORES VARIAS, SELECTOR VARIOS y OPERARIO DE MAQUINAS QUEBRADORAS durante más de 26 años continuos, es decir más de 700

semanas, en actividades expuestas al medio ambiente altamente contaminado por material particulado (sílice, asbesto), aceptado por el Tribunal, la sentencia ha debido reconocer el derecho a la pensión especial.

Sexto: No dar por demostrado, siendo evidente, que el demandante acreditó el riesgo y la totalidad del tiempo para hacerse acreedor a la pensión especial solicitada.

Séptimo: No dar por demostrado, siendo evidente que, precisamente por el alto grado de contaminación a nivel general, también frente a los cargos de LABORES VARIAS, SELECTOR VARIOS y OPERARIO DE MAQUINAS QUEBRADORAS desempeñados por el señor ALVARO CRUZ CASTRO en particular, necesariamente se logra determinar el riesgo de contaminación por material particulado al que el demandante estuvo expuesto durante todo el tiempo y, no dar por cierto, a pesar de la evidencia, que el demandante no era la excepción a esa exposición general en la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A., demostrada en el proceso.

Octavo: Dar por demostrado, siendo evidente lo contrario, que no obra prueba técnica que permita concluir que el demandante estuvo expuesto durante todo el tiempo a la alta y general contaminación comprobada en toda la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A.

Noveno: No dar por demostrado estándolo, que de conformidad con los estudios, especialmente el "INFORME DE EVALUACIONES AMBIENTALES DE CONTAMINANTES QUÍMICOS – MATERIAL PARTICULADO" obrante a folios 171 a 187, concretamente define en el acápite Control en la Fuente del numeral 7 RECOMENDACIONES, se advierte la contaminación general de los trabajadores de la empresa Peldar S.A., por material particulado al expresar: "...Para el área de descargue de materias primas, según lo observado respecto a las condiciones locativas, y, considerando que las concentraciones halladas están afectando las áreas vecinas, se recomienda evaluar la posibilidad técnico factible de diseñar un sistema de extracción de cubra las zonas de descargue, principalmente, para de esta manera evitar que las partículas se dispersen en el ambiente. Esta medida también puede ser contemplada para el área de preparados menores, donde también se genera polución por la manipulación de las materias primas...".

Décimo: No dar por demostrado, estándolo, que de las pruebas recaudadas se encuentra claro que la parte de las materias primas usadas en la empresa Cristalería Peldar Ltda., es la sílice y el asbesto como elemento aislante de calor indispensable en la producción del vidrio, los que a través del polvo que se expanden, genera en los trabajadores contaminación por partículas cancerígenas.

Décimo Primero: No dar por demostrado estándolo que de conformidad con la prueba que milita a folios 123 y vuelto del cuaderno principal, las fibras de asbesto son prácticamente indestructibles y que como estas fibras son tan finas se encuentran en el aire, flotan libremente y nunca se asientan, no son atrapadas por el moco o las cílios del aparato respiratorio y llegan al alvéolo sin obstáculo.

Décimo Segundo: No dar por demostrado, estándolo con base en la prueba que obra a folio 123 vuelto del cuaderno principal, se calcula que durante una jornada de ocho horas de trabajo en Peldar S.A., y de acuerdo con el límite aceptado de 2 fibras por cm cubico de aire, un individuo respira 15 millones de ellas.

Décimo Tercero: No dar por demostrado estándolo con base en la prueba que obra a folios 123 vuelto del cuaderno principal, una fibra de asbesto que se respire a los 18 años permanecerá en los pulmones hasta la muerte.

Décimo Cuarto: No dar por demostrado estándolo con base en la prueba obrante a folios 123 vto., del cuaderno principal, que el asbesto produce asbestosis, enfermedad que provoca la pérdida de funcionamiento de los pulmones. Además, tiene otro efecto aún más serio: provoca que ciertas células del organismo se transformen en células cancerosas.

Décimo Quinto: No dar por demostrado estándolo (folio 125 y 126 del cuaderno principal), que en la empleadora del actor no se dieron beneficios a los trabajadores ni en salarios, ni en las condiciones laborales que defiendan su salud.

Décimo Sexto: No dar por demostrado siendo evidente que, en Cristalería Peldar S.A., sobresalen los riesgos ocasionados por el empleo de materias primas altamente peligrosas, en un ambiente laboral que no ha sido diseñado para limitar la exposición de los trabajadores a sustancias comprobadamente cancerígenas en los diferentes momentos de su procesamiento. (Folio 126 del cuaderno principal)

Décimo Séptimo: No dar por demostrado, estándolo, que en una población tan pequeña como la de la planta de Cogua, se evidencia, para el año 1992, 5 casos severos de cáncer, teniendo en cuenta su curso agresivo. (f.º 125 y vto del cuaderno principal)

Décimo Octavo: No dar por demostrado, estándolo, que las separaciones, aislamientos y encerramientos de las fuentes productoras de polvo en la Planta de Peldar no es hermética como lo establecen los estudios (folios 123 vuelto, 135, 136, 143 vuelto, 144, 170 vto., 171 vuelto 183 vuelto y 184 del cuaderno principal).

Décimo Noveno: No dar por demostrado estándolo, que la limpieza y aseo de toda la planta de Peldar en Cogua se hace mediante el sistema de aire comprimido y barrido en seco (folios 135, 136, 169 vto, 184, 262 vuelto y 263 del cuaderno principal), causante absoluto de contaminación general por material particulado (sílice, asbesto, carbón) en la población trabajadora de Peldar S.A., planta de Cogua donde laboró el actor.

Vigésimo: No dar por demostrado, estándolo, que de las pruebas recaudadas se encuentra claro que parte de las materias primas usadas en la empresa Cristalería Peldar Ltda., es la sílice, materia prima y el asbesto como elemento aislante de calor indispensable en la producción de vidrio, los que a través del polvo que se expande genera en los trabajadores contaminación por partículas cancerígenas.

Vigésimo Primero: No dar por demostrado estándolo, que la sílice y el asbesto, como parte importante y de utilización ineludible y repetida, como parte de las materias primas utilizadas en la industria del vidrio, son elementos químicos de alta volatilidad, que se encuentran en todo el ambiente de la empresa, y desde luego genera una contaminación general, donde no solamente se encuentra expuesto el que manipula una contaminación general, sino también aquellos que no están directamente en contacto directo con dicho material particulado, motivo por el cual la empresa se clasifico en el riesgo IV para la parte administrativa y en riesgo V para la parte productiva, de lo que se colige que el alto riesgo es de toda la empresa.

Vigésimo Segundo: No dar por demostrado estándolo, que los polvos generados en los procesos operacionales de la Planta Peldar objeto del Estudio de Polvos de 1994, presentó concentraciones de Sílice libre superiores al 2.0% y por consiguiente fueron consideradas como de alto riesgo higiénico sanitario. (Fl. 148 vuelto del cuaderno principal).

Vigésimo Tercero. - No dar por demostrado estándolo, que conforme Estudio de Polvos de 1994, en todas las muestras analizadas el valor hallado para polvos totales y fracción respirable superó el máximo permisible. (Fls. 106 y vuelto y 150 vuelto del cuaderno principal)

Vigésimo Cuarto. - No dar por demostrado estándolo, siendo un hecho evidente que, el estudio Fergusson advierte que a pesar de existir riesgo ergonómico en el sitio de trabajo del actor en el área de selección "...tiene un medio ambiente altamente contaminado, debido a la distribución física de las instalaciones, lo que hace que haya presencia de gran cantidad de polvos, vapores y ruido que con adecuadas medidas de aislamiento podrían ser eliminadas..." (fº. 121 del cuaderno principal)

Vigésimo Quinto: No dar por demostrado estándolo, que nunca se demostró haberse extinguido o eliminado los riesgos por contaminación de polvos.

Vigésimo Sexto.- No dar por demostrado, siendo un hecho evidente, que prácticamente sin excepción todas las sustancias utilizadas en la producción del vidrio en Cristalería Peldar S.A., son causa de alteración del organismo. (fl. 121 y 122 y vuelto, 117 del cuaderno principal – estudio Fergusson)

Vigésimo Séptimo: No dar por demostrado, estándolo, que en lo corrido de la vida de la empresa Cristalería Peldar S.A., se han ocasionado enfermedades y muertes de los trabajadores de la misma. (Fl. 123 vuelto del cuaderno principal - estudio Fergusson)

Vigésimo Octavo: No dar por demostrado, estándolo, que en la industria Peldar se usan 15.000 agentes químicos y físicos y que debido a la expansión tecnológica se introducen 3000 agentes químicos que se introducen sin suficientes estudios y programas de higiene y seguridad industrial que garanticen su uso sin peligro para los trabajadores de dicha empleadora. (Fl. 118 del cuaderno principal- estudio Fergusson)

Vigésimo Noveno: No dar por demostrado, siendo un hecho evidente, que debido al descargue de materiales desde vehículos a granel en recepción materiales vidrio plano, la contaminación por polvos en la Cristalería Peldar S.A., es general en todo el ambiente. (Folio 150 del cuaderno principal – estudio de Polvos de 1994)

Trigésimo: No dar por demostrado, estándolo, que de acuerdo a los estudios realizados en Cristalería Peldar en Cogua, se superaron todos los TLVs o valores límites permisibles. (Fls. 140 vuelto y 141 de cuaderno principal – estudio de Polvo, Ruido y Temperaturas de 1992)

Trigésimo Primero: No dar por demostrado, estándolo, que si el índice de riesgo es superior a uno (1) indica la existencia aparente de un riesgo para la salud del personal expuesto. (fls. 167, del cuaderno principal – Informe de Evaluaciones Ambientales de Contaminantes Químicos – Material Particulado)

Trigésimo Segundo: No dar por demostrado, siendo un hecho evidente que las concentraciones promedio halladas de Polvo Total Respirable en todos los casos muestreados, superan el valor del 0.1 mg/m², definido por la norma para polvos silíceos con contenidos de más del 2.0% de sílice libre. (Fl. 149 vuelto del cuaderno principal.- Estudio de Polvos 1994)

Trigésimo Tercero: No dar por demostrado estándolo, que inclusive hay contaminación en operaciones de manipulación del vidrio terminado. Fls. 148 vuelto del cuaderno principal. – Estudio de Polvos de 1994.

Trigésimo Cuarto: No dar por demostrado estándolo, que en la industria del vidrio la presencia de partículas es algo común y parte de este polvo puede ingresar y llegar hasta los pulmones. Folio 164 del cuaderno principal. - Informe de Evaluaciones Ambientales de Material Particulado 1996.

Trigésimo Quinto: No dar por demostrado estándolo, que la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo como consecuencia de la información contenida en los mismos estudio decretados como prueba en el presente proceso, estableció que: "... En consecuencia y de acuerdo a la información entregada a nosotros por ustedes, las personas que desarrollan labores en la Empresa Peldar, como operario directos en la producción del vidrio, están desempeñándose dentro de ambientes en los cuales hay definitivamente las condiciones para ser denominadas como de –alto riesgo" (Fl. 232 del cuaderno principal)

Trigésimo Sexto: No dar por demostrado estándolo, que para ser acreedor el demandante a la pensión especial deprecada solo debe demostrarse la realización de la actividad de alto riesgo y el tiempo de exposición al mismo.

Trigésimo Séptimo: No dar por demostrado estándolo, que para ser acreedor el demandante a la pensión especial deprecada no es requisito de esta figura la enfermedad laboral.

Denuncia como pruebas y piezas procesales mal apreciadas, las siguientes: i) demanda (f.ºs 285 a 293), ii) contestación de la demanda (f.ºs 325 a 332), iii) historia ocupacional (f.ºs 89 y 90), iv) estudio ambiental de polvo realizado por el ISS en 1988 (**f.ºs 134 a 136**); v) informe de Evaluaciones ambientales de material particulado, realizado por Cristalería Peldar y el Laboratorio de Higiene Industrial de SURATEP en diciembre de 1996 y marzo de 2001 (f.ºs 162 a 172 y 171 a 187), vi) estudio denominado «Materia prima utilizada en Peldar y su relación con la salud obrera en general y el cáncer en particular» realizado entre septiembre de 1991 y abril de 1992 por el grupo Guillermo Fergusson (f.ºs 111 a 144) vii) estudio de «Polvo, Ruido y Temperatura» realizado por el Instituto de Higiene Ambiente y Salud en septiembre de 1992 (f.ºs 137 a 144), ix) «Estudio de Polvos» realizado en Peldar S.A. por el Instituto de Higiene Ambiente y Salud en el año 1994 (f.º 145 a 161) y x) testimonios rendidos por Siervo Tulio Arévalo Montaña y Ricardo Álvarez Cubillos.

También denuncia la falta de valoración de: i) respuesta DRL-138/11 del 31 de agosto de 2011 (f.ºs 86 a 88); ii) carta de terminación del contrato de trabajo del 19 de octubre de 2011 (f.ºs 84 y 85); iii) solicitud presentada ante la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo el 1º de febrero de 2008 y su respuesta emitida el 26 de febrero de 2008 (f. 226 a 230 y 231 a 232), iv) solicitud presentada por Cristalería Peldar S.A. al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social el 22 de diciembre de 1994 (f.º 98); v) memorando «25-DRI-0108» del 28 de septiembre de 1987 (f.º 99); vi) acta 57 del Comité Paritario de Salud Ocupacional de fecha 3 de abril de 2007 (f.ºs 262 y 263), vii) escrito del 26 de febrero de 2001, dirigido a Cristalería Peldar Zipaquirá y sus anexos (f.º 184 a 225) y, vii) dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá por los trabajadores de Cristalería Peldar S.A. Jorge Enrique González Romero y Oscar Alfredo Páez Ortiz (f.ºs 233 a 261).

En la demostración del cargo, señala que la actividad de valoración probatoria del Tribunal fue incompleta, dado que no apreció en forma adecuada el contenido de las pruebas denunciadas. Aduce que a pesar de declarar que el cargo de operario de máquinas quebradoras es una actividad de alto riesgo, «para nada [...] se previó por el juzgador de segunda instancia, análisis alguno sobre los distintos elementos y sustancias a los que estuvo expuesto el aludido obrero en el

ejercicio de dicho cargo».

Afirma que el ad quem desconoció que en la empresa donde trabajó el demandante por más de 26 años, esta misma empleadora, así como el ISS y la ARP SURATEP establecieron en los estudios de 1988, 1992, 1994 y 2001, que efectivamente existe una contaminación general por material particulado sílice, asbesto y carbón. Aclaró que existen dos mecanismos mediante los cuales un trabajador puede estar expuesto a determinada sustancia: de forma directa y específica, cuando debe manipular la materia contaminante en razón de las funciones para las que fue contratado, o de manera indirecta u «ocupacional», cuando se encuentra en cercanías a la sustancia y que por sus características ésta se dispersa fácilmente.

Por lo anterior, cuando se pretende la pensión especial de vejez por exposición ocupacional a sustancias cancerígenas, debe demostrarse que en cumplimiento de sus funciones el trabajador estaba expuesto ocupacionalmente en forma directa o indirecta a esos elementos. Dice que esta circunstancia está acreditada en el proceso, pues el actor prestó sus servicios para una empresa catalogada como de alto riesgo y, por ende, según los estudios que se aportan como prueba, durante todo el tiempo estuvo enfrentado a exposición de sustancias cancerígenas de alto contenido volátil.

Afirma que al estudiar la historia ocupacional del demandante (f.º 89 y 90), el Tribunal dividió su criterio, pues al referirse a los cargos de labores varias y selector varios, admitió que el demandante pudo tener contacto con sustancias cancerígenas, pero descarta la exposición a dichos elementos en el cargo de operario de máquina quebradora, por la confesión de Peldar S.A. y no hace un estudio sobre la contaminación informada en la demanda. Por ende, se apoya en la confesión de la accionada pero «alejándose y sin analizar los estudios que menciona en el fallo, como tampoco de los dejados de estudiar.»

Afirma que el Tribunal erró al considerar que por haber laborado en el área de decoración, el actor no estuvo expuesto a sustancias cancerígenas, pues según el Estudio de Polvos de 1994 el nivel de sílice y por ende, el riesgo, es mayor en las labores relacionadas con las operaciones de manipulación de vidrio terminado. También se equivocó al considerar que los «estudios de 1988, 1992 y 1994» no son unánimes e inequívocos para determinar la exposición al riesgo.

Además, lo que todos los estudios mencionan es que la contaminación estaba diseminada por todas las áreas de la empresa y ese nivel general de exposición fue el que acreditó el actor; por tanto, el sentenciador ha debido exigir a la demandada que acreditara que en los lugares de trabajo del demandante, dicha contaminación era menor o que no generaba riesgo. Por ende, el Tribunal se equivocó al apreciar los estudios allegados, pues dio por establecida una excepción de contaminación que no señalan. Además, no tuvo en cuenta que el demandante laboró en el área de producción de una empresa clasificada como de alto riesgo, tal como se desprende de su historia laboral; omisión que le impidió establecer la relación de causalidad entre las funciones desempeñadas y los niveles de exposición.

Explica que también se equivocó al entender que en algunas áreas de la empresa el riesgo desaparece o es menor, pues los estudios denunciados indican lo contrario. El Tribunal se limitó a referirse al grupo de trabajadores tomados como muestra general para realizar el estudio del grupo Fergusson, y concluyó, sin argumentos, que no existe certeza de si, entre las personas que fueron calificadas, se encontraban quienes trabajaron en labores varias o selector varios. Igualmente estableció, sin mayor sustentación que en el estudio efectuado por Suratep en 1996, no se evaluaron las áreas de decoración y selección de envases, pero no advirtió que allí se

concluyó que en general, todos los procesos operacionales de la planta analizados, muestran alta contaminación por diseminación en el medio ambiente laboral (f.º 150 – Estudio de Polvos 1994). Además, el Colegiado tampoco efectuó un análisis particular sobre los estudios «1988,1992 y 1994» para definir que no son unánimes e inequívocos.

Adujo que no se tuvo en cuenta el documento «DRL – 138/11» del 31 de agosto de 2011 (f.º 86 a 88), en el cual se indica que la empresa se encuentra clasificada en los grados de riesgo IV para toda el área administrativa y V para toda el área productiva, sin que se haga distinción en cuanto a las áreas con mayor o menor contaminación. Además, no apreció correctamente el Informe de Evaluación Ambientales de Contaminantes Químicos – Material Particulado (f.º 177 a 187), que en el acápite denominado «control de la fuente» del numeral 7 del capítulo de Recomendaciones, advierte la contaminación general para los trabajadores de Cristalería Peldar, por material particulado.

Agrega que no entiende cómo el Tribunal dejó de valorar el dictamen 11106 de la Junta Nacional en el caso de José Miguel Quiroga Larrota, prueba que acredita una exposición general de los trabajadores en un centro de producción (Peldar S.A.) a unos contaminantes, en razón a su alta volatilidad y que se consideran de suma peligrosidad. Así las cosas, como quiera que existe equivocación en la valoración de las anteriores pruebas, es dable referirse a los testimonios denunciados, de los cuales se desprende que el actor estuvo permanentemente expuesto a la contaminación de la empresa en «ambos cargos desempeñados» y que el riesgo existía en todas las áreas.

En ese orden, queda acreditada la existencia de una actividad de alto riesgo, lo cual no es desvirtuado por ningún medio probatorio; además, tampoco está demostrado que el actor hubiese estado bajo un aislamiento específico que evitara su exposición a la dispersión de asbesto y sílice.

Señala que no se apreció correctamente la demanda inicial, su contestación ni la historia ocupacional del demandante, pues de estos elementos se desprende que se hizo caso omiso de la exposición a la contaminación durante toda la vinculación laboral. Resalta que la prueba es necesaria en el proceso para dar cuenta de los hechos, sin ella, primaría la arbitrariedad del juzgador, a quien le está vedado basarse en su propia experiencia para decidir. En este caso, el Tribunal no observó la abundante prueba que pone en evidencia los supuestos fácticos controvertidos, violando de esta forma los artículos 60 y 61 el CPTSS.

I. RÉPLICA

La empresa demandada se opone a esta acusación, porque considera que resulta contradictoria, dado que el censor afirma que las pruebas denunciadas no fueron apreciadas, y posteriormente indica que se valoraron con error. Resalta que la mayoría de los yerros fácticos endilgados, se fundan en la misma premisa, esto es, que como en las instalaciones de Peldar existen sustancias nocivas, debe concluirse que el actor estuvo en contacto con las mismas, sin importar las dependencias donde trabajo. Tal argumento, supone entonces que todos los trabajadores tendrían derecho a la pensión especial de vejez, sin importar el lugar donde laboren, lo cual tiene un ingrediente jurídico.

Afirma igualmente que, en rigor, el recurrente no ataca los ejes fundamentales de la sentencia impugnada, pues en los 37 yerros que plantea, no cuestiona las conclusiones del Tribunal sino que propone unas definiciones fácticas nuevas.

Dado que Colpensiones presentó réplica conjunta a los dos cargos, la Corte se remite a lo expuesto en la oposición a la primera acusación.

II.

CONSIDERACIONES

Desde el punto de vista fáctico, el censor cuestiona que no se hubiese establecido, a partir de las pruebas denunciadas, que el demandante estuvo expuesto a sustancias cancerígenas durante toda la relación laboral con Cristalería Peldar S.A., esto es, durante más de 26 años, en los que ejerció los cargos de labores varias, selector varios y operador de máquinas quebradoras. Lo anterior, dado que, afirma, en dicha empresa existía una contaminación general que afectaba toda la planta y secciones de la empresa, por la volatilidad de algunos elementos y sustancias usadas para la fabricación de vidrio, que eran riesgosas para la salud.

En la sentencia impugnada, se concluyó que no estaba acreditada la exposición permanente del actor a sustancias cancerígenas, mientras desempeñó los cargos de labores varias y selector varios, pues a lo sumo, se podía advertir que en el primer oficio pudo tener algún contacto, pero solo «en algunas ocasiones». También señaló que, aunque la demandada confesó que en la labor de operador de máquinas quebradoras el demandante si se expuso a altas temperaturas y por tanto, efectuó las cotizaciones especiales respectivas, el tiempo laborado en éste último cargo no le permitía reunir las 700 semanas en actividades de alto riesgo, exigidas por el Decreto 2090 de 2003.

Así las cosas, dado que el juez de apelaciones dio por establecido que durante el desempeño del último cargo el actor si desarrolló una actividad de alto riesgo por exposición a altas temperaturas, esto es, entre el 26 de noviembre de 1999 y el 19 de octubre de 2011, la Sala abordará el análisis de las pruebas denunciadas, únicamente para determinar si en el ejercicio de labores varias y selector varios, el demandante estuvo expuesto a sustancias cancerígenas, pues resulta innecesario efectuar tal análisis respecto del cargo de operador de máquina por haberse encontrado demostrada su exposición.

1. Previo a ello, debe aclararse que quedó definido por el juez de apelaciones y no es materia de inconformidad, que el demandante se desempeñó desde el 23 de noviembre de 1984 hasta el 4 de mayo de 1986 en el cargo labores varias. Igualmente está fuera de debate que laboró como selector varios entre el 5 de mayo de 1986 y el 25 de noviembre de 1999, periodos en los cuales se discute si el accionante ejerció actividades de alto riesgo, por exposición a sustancias cancerígenas.

3. Los cargos desempeñados y las áreas en las que laboró el demandante definidas por el ad quem fueron acertadas, ya que conforme se advierte de la historia ocupacional expedida por el Director de Relaciones Laborales de Cristalería Peldar el 31 de agosto de 2011 (f.º 89 a 91), se desempeñó en el cargo de labores varias en el área de decoración de envases del 23 de noviembre de 1984 al 4 de mayo de 1986, oficio que se describe de la siguiente manera:

Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica ejecuta labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta, es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados. [...]

Sitio donde realizaba la labor: en el área de Decoración Envases.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Bandas transportadoras de envases, envases de vidrio, cajas de cartón, estibas de madera, máquinas de Strutz de decoración, pinturas de decoración etc.

La temperatura en esa sección oscila entre 15 y 20°.

Nivel de ruido: promedio de 66,5dBA.

Si bien se afirma que en virtud de este cargo se ejecutan labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta, lo cierto es que, en el caso específico del demandante, fue asignado a una sección determinada, esto es, Decoración Envases y se definieron las herramientas utilizadas «en ese lugar»; de ahí que resulte razonable que el Colegiado hubiese concluido que fue ésta el área de trabajo del demandante en el mencionado cargo.

Posteriormente, tal y como lo acredita la referida certificación, se desempeñó como «selector varios» en el área de selección envases desde el 5 de mayo de 1986 hasta el 25 de noviembre de 1999, «responsable por la correcta selección y empaque de producción, de tal manera que garantice, que la producción empacada reúna las características de calidad, tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo cual implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar, desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar las cajas, tiquetearlas, colocarlas en conveyor o arrumarlas. [...] Sitio donde se realizaba la labor: en el área de selección envases».

2. El censor cuestiona la errada valoración de la demanda inaugural y su contestación, pues afirma que se desconoció la exposición a la contaminación durante toda la relación laboral, cuando en verdad, el Tribunal no derivó de estas piezas procesales la conclusión sobre la ausencia de tal exposición en los cargos de labores varias y selector varios, sino de los informes y estudios practicados sobre la exposición a sustancias nocivas, en los que no encontró que los mencionados cargos fueran de alto riesgo para la salud. Es más, el juez de apelaciones en sus consideraciones solamente hizo alusión a las mencionadas piezas, para dar por cierto que la labor de operador de máquinas quebradoras, sí era de alto riesgo.

3. El censor también denuncia el estudio ambiental de polvo realizado por el ISS en la empresa Peldar y que data de febrero de 1988, suscrito por los ingenieros higienistas industriales de dicho instituto. En él se concluyó que los valores límites permisibles resultaron elevados, por lo que la empresa debe controlar el riesgo «disminuyendo las concentraciones ambientales de polvo y partículas por debajo de los límites permisibles recomendados», para lo cual se sugiere aplicar uno o combinar los siguientes métodos: eliminación del contaminante en el punto de origen, prevención de la dispersión de los contaminantes, ventilación general y ventilación local exhaustiva (f.º 134 a 136).

El contenido de este documento no contribuye a la demostración de los errores endilgados, ya que de éste no surge que en el desempeño de los cargos de labores varias y selector varios, el actor hubiera estado efectivamente expuesto a sustancias cancerígenas, como quiera que la información que se deriva de tal estudio, resulta muy general y no se especifica de forma concreta las áreas o labores expuestas a dicha contaminación.

Al respecto, este documento se limita a señalar que «en todas las secciones muestreadas» se superó el límite permitido, afirmación de la cual no es dable conocer, cuáles fueron las áreas de trabajo analizadas. Por ende, no se advierte equivocación ostensible del Colegiado al no derivar de tal documento la exposición a las sustancias contaminantes referidas por el censor.

4. De otro lado, el informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos -material

particulado realizado por Suratep en la empresa Peldar – Cogua en marzo de 2001 (f.º 171 a 187), establece que el mecanismo más efectivo para evitar la contaminación, es controlar el aire en la fuente misma, y se sugiere que como en el área de descargue de materias primas las concentraciones halladas están «afectando las áreas vecinas», se recomienda a la empresa evaluar la posibilidad de diseñar un sistema de extracción que cubra las zonas de descargue, principalmente para de esta manera «evitar que las partículas se dispersen en el ambiente» (f.º 183 anverso). Como medidas de control en el medio, se sugiere la separación, aislamiento y encerramiento de las fuentes productoras de polvo a fin de evitar que «el personal ajeno a las operaciones se exponga innecesariamente al contaminante al lograr el confinamiento y concentración de esta área definida» (f.º 184).

En ese orden, si bien el mencionado informe hace alusión a la contaminación y la dispersión de las partículas en el ambiente en áreas vecinas al descargue de materias primas, del mismo no se desprende que el actor como selector varios del área de selección de envases o labores varias de la sección de decoración, hubiera estado expuesto a dicha contaminación, ya que el estudio fue realizado únicamente sobre los cargos de operadores de hornos envases, preparadores menores, recepción de materias primas, operador equipo de mezcla materia prima y ayudante de mezclas (f.º 180), y con el objetivo de cuantificar las concentraciones de material particulado en las áreas de mezclas de materias primas y hornos de envases de la empresa (f.º 179), labores y secciones ajenas al demandante.

Además, el informe no es preciso en determinar cuáles eran las áreas cercanas al lugar en donde se llevaba a cabo el descargue de materiales, esto es, las afectadas con la contaminación. Por ello, pese a que el colegiado no analizó esta prueba, su omisión no genera un yerro protuberante, ya que de ésta no se deriva la exposición a sustancias cancerígenas alegada por el censor.

5. Así mismo, se observa que en el documento «Estudios de polvo, ruido, temperaturas», del Instituto de Higiene, Ambiente y Salud, de septiembre de 1992, se consignaron los resultados de la evaluación efectuada en las áreas de planta térmica, materias primas, planta de arena, moldura y alfarería, y se concluyó que existe alto contenido de sílice libre en los procesos de materias primas, trituración de caliza, planta de arena y alimentación de hornos y concentración de polvo de níquel en el área de molduras.

Por lo anterior, no constituye un error manifiesto considerar, como lo hizo el Tribunal, que de este estudio no era dable inferir con certeza que en la ejecución de labores varias y selección varios, el demandante estuviese expuesto a sustancias cancerígenas, pues los sitios y procesos evaluados no guardan relación con los cargos desempeñados por el demandante.

6. En el estudio de polvos realizado en Cristalería Peldar en el año 1994 por el Instituto de Higiene y Ambiente y Salud Ltda. se indica que «en general todos los procesos y operaciones de la planta analizados para polvo total y respirable muestran una alta contaminación por diseminación de partículas en el medio ambiente laboral», estudio en el cual se concluyó que los «polvos generados en los procesos y operaciones» de la planta Peldar presentan «concentraciones de sílice libre superiores a 2.0% y por consiguiente son considerados como de alto riesgo higiénico sanitario» (f.º 145 a 161).

Aunque en este documento se refiere una contaminación en el ambiente laboral por la diseminación de partículas que contenían sílice libre, sustancia que de acuerdo a la comunicación del 26 de febrero de 2008, emitida por el Presidente de la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, ha sido reconocida «por la Agencia Internacional de Investigación del Cáncer IAR-

como probable cancerígeno en humanos- A2-, en 1986 y luego cancerígena en humanos -A1-, desde 1996 (f.º 231 y 232), lo cierto es que no se deriva de forma concreta que los cargos de selector varios y labores varias o el área a la que pertenecían – selección y decoración de envase, respectivamente- estuvieran expuestos a dicha contaminación ambiental, pues dentro de los cargos y secciones enlistadas en los anexos, éstos no se relacionan.

7. En lo referente al informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos – material particulado realizado en la empresa Peldar – Planta Zipaquirá de diciembre de 1996 elaborado por Suratep (f.º 162 a 170), se evidencia que fue practicado en las áreas de materias primas, alfarería, molduras envases, molduras cristalería, planta arena y planta térmica, más no sobre las áreas en las cuales estaban ubicados los puestos de trabajo del accionante cuya exposición se controvierte, esto es, labores varias en la sección de decoración de envases y selector varios en selección envases.

En ese orden, la conclusión que el Tribunal derivó de tal prueba, esto es, que dentro de las áreas sobre las cuales fue practicado el estudio no se encontraban los sitios de trabajo del actor, no configura un yerro ostensible como lo alega el censor, pues en verdad el análisis fue practicado en lugares diferentes. De ahí que las mediciones y resultados de dicho informe sobre las concentraciones de material particulado no son aplicables al caso del actor, pues no se hicieron sobre su sitio de trabajo.

Debe resaltarse que en el «análisis de resultados» se hace mención a la exposición del «operario de labores varias» al material particulado, sin embargo, se refiere a quien ejerce este cargo en la sección de materias primas, sitio donde no prestó sus servicios el actor según la historia ocupacional ya analizada.

8. Con el estudio denominado «Materia Prima Utilizada en Peldar y su relación con la salud obrera en general y el cáncer en particular» elaborado por el Grupo Guillermo Fergusson entre septiembre de 1991 y abril de 1992 (f.º 111 a 133), se pretendió efectuar un análisis de la situación de salud y trabajo en dicha empresa, para lo cual, previamente se hizo una descripción del proceso de producción de vidrio, así como de los riesgos y cargas laborales generales, y luego se centró en su objetivo, esto es, el estudio en las materias primas utilizadas en las secciones de mina de arena, planta de arena, planta térmica, materias primas, alfarería, hornos, molduras, decoración y espejos, y su relación con la salud de los trabajadores.

Para cumplir con tal propósito, se seleccionó un grupo de trabajadores de algunas de las mencionadas áreas y se concluyó que sobresalían los riesgos ocasionados por el empleo de materias primas altamente peligrosas en el ambiente laboral y que en el grupo de trabajadores estudiado se evidenciaron múltiples molestias y enfermedades derivadas del panorama laboral encontrado, por lo que recomendaron profundizar el control de las condiciones del medio ambiente de trabajo.

Sin embargo, tal como lo resaltó el Tribunal, no existe certeza sobre los cargos desempeñados por los trabajadores que fueron evaluados en esa época, pues solo se mencionan las secciones donde laboraron, por ende, dicha consideración del Colegiado no constituye un error protuberante u ostensible. Además, la conclusión que hace el informe sobre la existencia de materias primas altamente riesgosas, se deriva del estudio de aquellas encontradas en las áreas de evaluación, entre las cuales, no se encuentra la de selección de envase, donde el actor laboró entre los años 1986 a 1999.

Ahora bien, si se aceptara que al haber efectuado una evaluación de algunas personas que prestaban sus servicios en la sección de decoración, así como de las materias primas allí usadas -entendiendo que corresponde a decoración de envases-, podría advertirse que las conclusiones de este estudio serían aplicables al cargo de labores varias, pero tal circunstancia no lograría desvirtuar la decisión del juez de alzada en cuanto a la improcedencia de la pensión especial de vejez.

En efecto, aun admitiendo que según el documento analizado, en la actividad de labores varias desarrollada en el área de decoración hubo exposición a sustancias contaminantes, debe resaltarse que solamente fue ejercida por el demandante durante 17 meses y 12 días, esto es, 522 días, entre el 23 de noviembre de 1984 y el 4 de mayo de 1986 (74.57 semanas) como lo refiere la historia ocupacional, tiempo que sumado al lapso laborado como operador de máquina quebradora, 141 meses 6 días, es decir, 605 semanas, respecto del cual no se controvierte que es de alto riesgo, no permitiría acreditar el mínimo de 700 semanas en este tipo de actividades, exigido por el Decreto 2090 de 2003 para acceder a la pensión pretendida.

9. Ahora bien, también se denuncia la falta de valoración de la comunicación DRL-138/11 del 31 de agosto de 2011, a través de la cual el Director de Relaciones Laborales de Peldar da respuesta a una solicitud del actor y le remite su historia ocupacional (f.º 79 a 81). En este documento se indica que el demandante nunca estuvo expuesto directa ni indirectamente a sustancias cancerígenas, y además, la empresa admite que «se encuentra clasificada en los grados IV para el área administrativa y V para el área productiva de riesgos», hecho que resalta el censor. Sin embargo, la aludida clasificación en el sistema de riesgos, no implica que el actor hubiera estado expuesto a sustancias nocivas para su salud.

En efecto, tal y como ha tenido oportunidad de explicarlo la Sala, el hecho de que una empresa sea clasificada en un alto riesgo no implica que todos sus trabajadores desempeñen labores catalogadas como tales, por lo que, en cada caso deberá acreditarse la exposición y valorarse la situación particular del trabajador. En sentencia CSJ SL11248-2015, mencionada posteriormente en decisión CSJ SL7861-2016, se concluyó:

[...] Así lo ha considerado esta Sala de la Corte, que en sentencia CSJ SL 3963 – 2014, en un proceso contra la misma empresa Monómeros Colombo Venezolanos, precisó:

Si bien el Tribunal no se refirió a este documento, no se puede inferir de su contenido que el actor tenga derecho a la pensión especial de vejez, pues de acuerdo a la preceptiva legal que rige el asunto que ahora se estudia, aquél debió haber laborado o manipulado sustancias cancerígenas, resultando inane cualquier consideración sobre la calificación o categoría que en materia de riesgos merezca una empresa. La exposición a las sustancias dañinas referidas debe encontrarse demostrada, no de otro modo puede un trabajador hacerse acreedor al derecho pensional deprecado.

En otras palabras, las reglas aplicables a la clasificación de una determinada empresa dentro de las clases de riesgo identificadas por el Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy laborales, no puede confundirse con el hecho de que un trabajador desarrolle efectivamente alguna de las labores que la ley califica como de alto riesgo.

No por el hecho de que una empresa como la demandada sea clasificada como de alto o máximo riesgo, se puede predicar que todos sus trabajadores despliegan 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 al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud. (Ver sentencia CSJ SL-10031-2014).

Significa lo anterior, que es menester acreditar en cada caso el cumplimiento de funciones con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas que es la hipótesis que interesa en el sub lite, y no el hecho genérico de laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo [...].

10. De otro lado, se precisa que el recurrente hace alusión a algunas pruebas que por su naturaleza, no resultan aptas en casación para estructurar un yerro fáctico.

En ese sentido, acusa la errada apreciación de los testimonios rendidos por Siervo Tulio Arévalo y Ricardo Álvarez Cubillos; sin embargo, no son medio de convicción calificado para acudir en casación, pues, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley 16 de 1969, solamente pueden controvertirse los documentos auténticos, la confesión judicial y la inspección judicial. Por ende, solamente es posible abordar el análisis de la prueba testimonial en casación, cuando previamente se advierte error en la valoración de una prueba idónea, lo cual no ocurre. El acta 57 del comité paritario de salud ocupacional del 3 de abril de 2007 (f.º 262 y 263), tampoco es un medio apto en casación, dada su naturaleza intrínseca testimonial, como se explicó en providencia CSJ SL 25 de jul. 2002, rad. 18520, reiterada en CSJ SL4514-2017.

Los dictámenes de la Junta de calificación de invalidez a los señores José Miguel Quiroga, Jorge Enrique González Romero y Oscar Alfredo Páez Ortiz, corresponden a pruebas periciales, y en esa medida tampoco son calificadas en el recurso extraordinario, tal como se precisó en sentencia CSJ SL 1 feb. 2005, rad. 21851. En todo caso, estas calificaciones de pérdida de capacidad laboral no tienen relación con el presente caso, dado que se trata de valoraciones médicas particulares y concretas realizadas a terceros, sin que puedan incidir en la definición del hecho controvertido, esto es, si el demandante estuvo expuesto a un alto riesgo en el desarrollo de sus funciones.

11. Ahora, debe precisarse que respecto de la carta de terminación del contrato de trabajo (f.º 84 y 85), la solicitud presentada ante la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo (f.º 226 a 230), la comunicación de Peldar ante el Ministerio del Trabajo el 22 de diciembre de 1994 (f.º 98), el memorando 25 DRI – 0108 de 1987 (f.º 99) y el escrito del 26 de febrero de 2001 (f.º 189 a 225), el recurrente no indicó en qué consistió el desacierto que le endilga al Colegiado, pues se limitó a enunciarlas, lo que solamente permite colegir cuál podría ser la causa del posible error. Pero para poder abordar su análisis, ha debido exponer de manera clara qué es lo que estos documentos acreditan, a través de un análisis razonado y crítico de las pruebas, confrontando las conclusiones que derive de ellas con las consideraciones acogidas en la decisión judicial (CSJ SL 23 ago. 2001, rad. 16148). Por ende, al no sustentar cual fue la equivocación del Colegiado, esta Corporación no puede revisar el contenido de tales documentos.

12. Para finalizar, esta Sala precisa que la definición sobre el ejercicio de actividades de alto riesgo en una empresa, depende de los hechos que logren acreditarse en cada caso en particular, aun tratándose del mismo empleador, pues existen variables como el sitio específico donde se ejecuta cada cargo, los oficios asignados, el tiempo de permanencia en cada área, las materias primas utilizadas, entre otras, que condicionan la exposición o no a sustancias cancerígenas o que pongan en riesgo la salud del trabajador.

Además, no puede perderse de vista que en cada asunto, debe partirse del razonamiento

efectuado en la sentencia impugnada y los argumentos en que se funda su cuestionamiento en casación, para determinar si la decisión acusada transgrede o no la ley sustancial. Esto, como quiera que el recurso extraordinario no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito, a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, pues no es una tercera instancia, por el contrario, **al juez de la casación solo le compete ejercer un control de legalidad sobre la decisión de segundo grado, dado que «se enfrentan la sentencia gravada y la parte que aspira a su quiebre, bajo el derrotero que el impugnante trace a la Corte» (CSJ SL4281-2017).**

Estos aspectos implican que en relación con trabajadores de una misma empresa, no sea dable predicar la existencia de exposición al riesgo de manera general, pues la conclusión al respecto, depende de la actividad probatoria y argumentativa que se despliegue en cada proceso judicial, a la luz de las previsiones contenidas en los artículos 60 y 61 del CPTSS, y específicamente en sede de casación, guarda relación con los argumentos y análisis del fallador de segunda instancia y la manera como el censor formule su acusación.

Conforme lo expuesto, debe concluirse que en el presente asunto, las pruebas denunciadas no logran acreditar la comisión de yerros fácticos ostensibles en las conclusiones adoptadas por el ad quem, razón por la cual, no prospera este cargo.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte demandante y a favor de las accionadas, quienes presentaron réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$4.000.000, que se incluirá en la liquidación que practicará conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

I.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 6 de febrero de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALVARO CRUZ CASTRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, en el que se vinculó como litis consorte necesario a **CRISTALERÍA PELDAR S.A.**

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS

En comisión de servicios



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de octubre de 2019

