

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

Magistrado ponente

SL088-2018

Radicación n.º 52774

Acta 01

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CESAR AUGUSTO VILLANUEVA VIZCAINO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 29 de abril de 2011, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En cuanto al memorial obrante a folios 45 y 46 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES «Colpensiones», de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del

Decreto 2013 de 2012, en armonía con el artículo 60 del CPC, - hoy artículo 68 del CGP- aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del artículo 145 CPTSS.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante convocó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se condenara al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez, por haber laborado en actividades de alto riesgo *«estando expuesto y/o operando con sustancias comprobadamente cancerígenas»*. Así mismo, solicitó que se condenara a la demandada a la cancelación del retroactivo pensional y a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que laboró para la sociedad Rohm And Haas Colombia desde el 21 de febrero de 1964 hasta el 21 de octubre de 1986; que desempeñó los siguientes cargos: (i) *«Ayudante de Bodega»* del 21 de febrero al 30 de marzo de 1964; (ii) *«Ayudante de Servicios»* desde el 30 de marzo de 1964 hasta el 1 de marzo de 1966; (iii) *«Cosedor»* entre el 1 de marzo de 1966 y el 22 de enero de 1972 y (iv) *«Vigilante»* a partir del 22 de enero de 1972 hasta el 21 de octubre de 1986.

Aseguró que por razón de la prestación de sus servicios a su empleador, tuvo contacto con productos químicos y materias primas comprobadas como cancerígenas, dentro de las que destacó, *«Dithane M22 y M45, Herbicida STAM F-34*

(anillo bencénico en su estructura), Macice, Calcio Dodecill Benceno», entre otras. Señaló que su salud estuvo expuesta a un alto riesgo, toda vez que el equipo de protección que utilizaba para desempeñar sus labores, no era suficiente para atender el nivel de riesgo, por ello los trabajadores de la compañía sufrieron una «*Dermatitis Alérgica*».

Sostuvo que durante 22 años de servicio a la compañía, sufragó al ISS «924 semanas cotizadas», periodo de tiempo en el que «*estuvo en forma continua a la exposición (sic) de las sustancias químicas que se ha comprobado son cancerígenas*». Finalmente relata, que le fue reconocida la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguro Sociales, sin habersele otorgado la prestación como pensión de alto riesgo.

El juez de conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, con auto del 13 de enero de 2006 ordenó la corrección de la contestación de la demanda presentada por el ISS, por cuanto no reunía los requisitos exigidos al tenor del artículo 18 de la Ley 712 de 2001, que subrogó el artículo 31 del CST y concedió el termino de cinco días para que la entidad subsanara las deficiencias enunciadas. Mediante auto dictado el 25 de enero de esa misma anualidad, el *a quo* tuvo por no subsanada la contestación de la demanda (f.° 52 a 53).

En la primera audiencia de trámite, el *a quo* en relación con la solicitud del ISS para que se llame en garantía al empleador Rohm And Haas Colombia, decidió «*se aclara que*

no se le dio curso al llamado en garantía, por no haberse interpuesto en los términos formales» (f.° 56).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, profirió fallo el 13 de marzo de 2009 (f.°104 a 113), en el que decidió:

[...] ABSOLVER al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y a la empresa ROHM AND HASS DE COLOMBIA de reconocer al señor CESAR AUGUSTO VILLANUEVA VIZCAÍNO la PENSION ESPECIAL DE VEJEZ reclamada en la demanda, en merito a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SIN COSTAS.

[...]
(resaltado original del texto).

Para arribar a tal decisión, el *a quo* señaló que para acceder a la prestación pensional pretendida, el actor debía acreditar los siguientes requisitos: (i) el ejercicio de una de las cuatro actividades relacionadas en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990; (ii) que esa labor, se encuentre debidamente calificada por parte de las dependencias de salud ocupacional del ISS; y (iii) acreditar como mínimo 1.000 semanas de cotización desarrollando actividades de alto riesgo, a fin de descontar de las primeras 750 hasta obtener derecho a esta pensión un año antes por cada 50 semanas adicionales cotizadas; así las cosas, concluyó que ninguno de los elementos de prueba incorporados al plenario acreditan a Cesar Augusto Villanueva Vizcaino como trabajador de alto riesgo, y en consecuencia no era

procedente otorgar el reconocimiento de la pensión especial de vejez pretendida.

Contra la anterior decisión, el demandante presentó recurso de apelación.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante sentencia del 29 de abril de 2011, confirmó íntegramente el fallo de primer grado, sin condenar en costas en la alzada.

Previo a decidir el fondo del litigio, esa colegiatura advirtió, que no engendran efectos vinculantes las decisiones impartidas en el *sub examine* respecto de la empresa ROHM AND HASS COLOMBIA S.A., habida cuenta que esa entidad, para la cual refiere el demandante en el libelo inaugural, haberle prestado sus servicios, no fue convocada al juicio por el juez de conocimiento, tal como lo confirma el proveído proferido el 14 de junio de 2006, visible a folios 56 y 57 del plenario, en el curso de la primera audiencia de trámite, que decidió no dar curso al llamamiento en garantía solicitado por el Instituto de Seguros Sociales.

Precisado lo anterior, el Tribunal para desatar la alzada se remitió al objeto del recurso de apelación presentado por el actor, consistente en que las pruebas del proceso si demuestran, en su decir, la exposición a sustancias

cancerígenas, sin embargo, peticionó la práctica de otras pruebas que resulten necesarias y conducentes.

El fallador de segundo grado comenzó por aludir a los artículos 12 y 15 del Acuerdo 049 de 1990, 1°, 2° y 3° del Decreto 1281 de 1994. Resaltó que el parágrafo 1° del citado artículo 15 del Acuerdo 049, establece que *“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”*; así las cosas, concluyó que la prueba técnica es de vital trascendencia para el otorgamiento de una pensión especial de vejez como la aquí reclamada, aspecto que aseguró, fue de absoluta indiferencia para el promotor del proceso.

De esa manera, el *ad quem* sostuvo que era impropio acreditar las labores desplegadas por el accionante en exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas con el testimonio del señor José Castelar Jiménez Jiménez, pues entre muchas razones, destacó que esa declaración ni siquiera describió el interregno durante el cual el accionante adelantó labores en condiciones de alto riesgo, así como también, se desconoció cuál era la profesión del testigo examinado, pues esa información no fue consignada en el acta que recaudo su versión, de forma que no era posible considerarle como un testigo técnico que eventualmente ostentara un mayor mérito de credibilidad frente a los hechos que narró.

En el mismo sentido, aseveró que era inadmisibile patrocinar la práctica de pruebas en segunda instancia, tal como lo pretendía el apelante, pues no se presentan las circunstancias exigidas para acceder ello, como lo consagra el artículo 41 de la Ley 712 de 2001, por el contrario, para el Tribunal tal pretensión fue elevada en forma «*vaga e indeterminada*», dejando a libre discreción del juez de apelaciones el decreto de pruebas, distanciándose de los preceptos diseñados en esta materia, por el legislador.

Bajo esas consideraciones, el Tribunal decidió confirmar la decisión recurrida por la parte actora.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Fue propuesto en los siguientes términos:

[...]

Pretendo con la presente demanda que la SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CASE la sentencia de Segunda Instancia proferida el 29 de abril de 2011 por la Sala primera de Descongestión Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario promovido por el señor CESAR AUGUSTO VILLANUEVA VIZCAINO, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en cuanto a su numeral PRIMERO, confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante la cual decidió absolver al demandado I.S.S. de todas las pretensiones en su contra.

Con tal propósito formula un cargo, oportunamente replicado, el cual procede la Sala a estudiar a continuación.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por la causal primera de casación laboral, de ser violatoria en forma directa del artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 y el 15 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en relación con los artículos 24 y 36 de la Ley 100 de 1993, 1°, 2°, 3°, 5° y 8° del Decreto 1281 de 1994, 8, 12 y 13 del Decreto 1161 de 1994 y 1°, 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994.

Menciona que la anterior transgresión de la ley se produjo porque el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

- *Dar por probado no estándolo que no se hizo el llamamiento en garantía de la empresa Rohm And Haas Colombia S.A., cuando la realidad es otra tal como lo manifiesta el juzgado sexto laboral en su sentencia dictada de fecha 13 de marzo de 2009, en la cual señala: al contestar la demanda la empresa Rohm and Hass de Colombia S.A., admite la relación laboral, señalando que el actor prestó sus servicios en la demandada desde el 21 de febrero de 1964 hasta el 30 de marzo de 1964, en el cargo de ayudante de bodega; del 1 de abril de 1964 a marzo 1 de 1966, se desempeñó como ayudante de servicios generales; de marzo 2 de 1966 a enero 22 de 1972; en el cargo de cosedor, de esta última fecha y hasta el 21 de octubre de 1986 estuvo como auxiliar de seguridad.*
- *Dar por probado no estándolo que mi poderdante no laboró expuesta a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
- *No haber dado por probado, ya estándolo, que durante la relación laboral existente entre mi poderdante y la empresa Rohm and Haas Colombia S.A., estuvo expuesto a sustancias*

comprobadamente cancerígenas, tales como FORMALDEHIDO, MANCOCEB, BENCENO, D.C.P.A, ISOFORONA, XILOL, VAPAM, BUTIL, ACRILATO, METIL, ETIL ACRILATO, ESTIRENO, ACIDO SULFURICO, ZINEB, BISULFURO DE CARBONO, entre otras, y en consecuencia se le debe reconocer y pagar la pensión especial por alto riesgo.

Relaciona como pruebas mal apreciadas las siguientes:

- a) *La sala primera de descongestión laboral no valoro en su justa medida el acervo probatorio, se puede afirmar sin alambicadas reflexiones que ni si quiera leyeron la totalidad del expediente, ya que uno de los pilares en que se fundamenta y apoya el fallo de segunda instancia, es una afirmación contraria a la realidad, ya que manifiestan que el juzgador de primera instancia no dio curso al llamamiento en garantía que solicitó el Instituto de Seguros Sociales, ya que es un hecho notorio que la llamada en garantía a la empresa ROHM HASS DE COLOMBIA S.A., contestó la demanda como litis consorte necesaria por pasiva el día 20 de noviembre de 2006, e intervino en el proceso hasta su culminación.*
- b) *Las declaraciones del testigo señor JOSE CASTELLAR JIMENEZ JIMENEZ, es coincidente con lo manifestado en la demanda respecto del listado de sustancias cancerígenas que manipulaba y se encontraba expuesto el señor CESAR AUGUSTO VILLANUEVA VIZCAINO: FORMALDEHIDO, MANCOCEB, BENCENO, D.C.P.A., ISOFORONA, XILOL, VAPAM, BUTIL, ACRILATO, METIL, ETIL ACRILATO, ESTIRENO, ACIDO SULFURICO, ZINEB, BISULFURO DE CARBONO. «Esas materias primas se utilizaban para el proceso del DITHENE, se elabora D.P.A. Herbicidas, Fungicidas, Matamalezas».*

Para demostrar su acusación, la censura comenzó por señalar que el Tribunal incurrió en una evidente y probada vía de hecho, cuando afirmó que en el *sub lite* no se efectuó el llamamiento en garantía a la empresa Rohm And Haas Colombia S.A., pues tal aseveración en su decir, no se adecua a la realidad procesal del *sub lite*, toda vez que la empresa en mención contestó la demanda y en consecuencia si hizo parte de la presente *litis*, razón por la que es enfático en señalar

que la decisión proferida en segunda instancia carece de «congruencia».

Por otro lado, respecto a la declaración del señor José Castelar Jiménez Jiménez, que el Tribunal consideró no era dable tenerlo como un testigo técnico, la censura sostiene que:

[...]

No obstante que el testimonio no es prueba calificada del recurso extraordinario de casación, en el caso sub lite no se discute la valoración del mismo frente a la prueba documental, sino que no fue tenido en cuenta en su integridad pues el testigo es consistente al afirmar y mencionar las sustancias a que estuvo expuesto el actor y a su manipulación.

*Por lo anteriormente señalado, esta **si es una prueba idónea** para establecer las condiciones en que laboraba el demandante y resultan conducentes para probar que el actor trabajaba en actividades de alto riesgo, ya que se trata de una declaración de una persona que estuvo laborando para la misma empresa y en las condiciones y sitios que implicaban exposición a las nombradas sustancias comprobadamente cancerígenas.
(resaltado y subrayado es original del texto).*

Sostiene el recurrente, que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta que el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994, consagra en cabeza del empleador la obligación de cancelar un porcentaje especial de cotización para aquellos trabajadores que desempeñen actividades de alto riesgo, responsabilidad que para el accionante es completamente ajena, sin embargo, las consecuencias de tal incumplimiento eventualmente pueden poner en riesgo la materialización de su derecho pensional. En respaldo de lo anterior, hace mención a la sentencia CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 35595.

Así las cosas, concluye la censura que si la colegiatura hubiese «*leído el expediente y lo hubiere valorado en su integridad*» habría deducido jurídicamente, que se encuentra debidamente comprobado que el señor Cesar Augusto Villanueva Vizcaino, laboró durante toda su vinculación laboral expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, y por otro lado, que efectivamente si se hizo el llamamiento en garantía de la empresa Rohm And Haas Colombia S.A.

VII. LA RÉPLICA

Aduce el opositor que el cargo formulado no acredita las condiciones exigidas por la jurisprudencia unificada de esta Corte, pues adolece de graves errores de técnica que impiden la prosperidad del ataque, las cuales se precisan a continuación.

Comienza por señalar, que la formulación del *petitum* de la demanda de casación no fue acertada, pues se omitió explicar en qué forma pretende que actué la Corte en sede de instancia, es decir, si revoca, modifica o confirma el fallo del juzgador de primer grado; inconsistencia que asegura compromete el éxito del recurso.

Sumado a esto, menciona la accionada, que el cargo único formulado por la vía directa, no estableció la modalidad de violación en que incurrió el Tribunal, bien sea la infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea; y que en el desarrollo de la acusación, la censura involucró

inapropiadamente aspectos fácticos e inclusive mencionó de algunos errores de hecho cometidos por el *ad quem*, proceder que es ajeno al sendero escogido, que corresponde al puro derecho, en ese orden, afirma que el recurso impetrado, no está llamado a prosperar.

VIII. CONSIDERACIONES

Como primera medida la Sala advierte que la demanda de casación presenta algunos defectos técnicos, que comprometen el estudio de la acusación.

En efecto, en el alcance de la impugnación, que es el *petitum* de la demanda, si bien se indicó la sentencia que se debía casar, esto es, la del Tribunal, en cuanto confirmó la absolución impartida por el *a quo*, se omitió por completo especificar la tarea que debe emprender la Sala en sede de instancia, valga decir, si confirmar, modificar o revocar lo decidido en primer grado.

Aun cuando el anterior defecto técnico podría ser superable, bajo el entendido que finalmente lo que busca la censura es que se revoque en sede de instancia el fallo absolutorio del *a quo*, se observa que el único cargo propuesto presenta otras deficiencias técnicas en su formulación, que en principio impediría abordar su análisis de fondo, como a continuación se pasa a explicar:

(i) El ataque se orienta por la vía directa, pero a renglón seguido, sin precisarse el concepto de violación, esto es, la

infracción directa, la interpretación errónea o la aplicación indebida de la ley sustancial; al mismo tiempo, se alude a pruebas y presuntos errores evidentes de hecho cometidos por el juez de alzada, que corresponden a la senda indirecta, lo que hace que incurra el censor en una mixtura indebida de vías de violación en forma inapropiada, cuando es sabido, que su formulación debe efectuarse por separado.

(ii) La sustentación del cargo contiene argumentos jurídicos, sobre la obligación legal del empleador de efectuar cotizaciones adicionales para cubrir el riesgo de la pensión especial de vejez, cuando la actividad que cumple el trabajador es de alto riesgo, conforme la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1281 de 1994, así como al deber de las administradoras de pensiones de adelantar acciones de cobro cuando se presente incumplimiento del empleador en el pago de aportes a la seguridad social, ello en los términos del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, el artículo 8° del Decreto 1161 de 1994, el Decreto 2633 de 1994 y el artículo 53 de la CN, en armonía con los pronunciamientos jurisprudenciales que se traen a colación, y bajo la afirmación de que *«desde esta perspectiva el juez colegiado efectivamente incurrió en los errores jurídicos que le enrostra la censura»*.

Sin embargo, también es evidente que el recurrente se duele de la valoración probatoria que llevó acabo el Tribunal, en cuanto a que el demandante no estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, tales como FORMALDEHIDO, MANCOCEB, BENCENO, D.C.P.A,

ISOFORONA, XILOL, VAPAM, BUTIL, ACRILATO, METIL, ETIL ACRILATO, ESTIRENO, ACIDO SULFURICO, ZINEB y BISULFURO DE CARBONO, entre otras, para lo cual critica tal inferencia y acude a un defecto fáctico, al estimar que en el expediente si está demostrado esa exposición a tales sustancias, ya que uno de los testigos *«es consistente al afirmar y mencionar las sustancias a que estuvo expuesto el actor y a su manipulación»*, alegación última, que es propia del sendero indirecto o de los hechos.

(iii) Aun cuando la sustentación del cargo pretende derruir, como ya se dijo, en forma simultánea, bajo un mismo ataque, los argumentos tanto jurídicos como fácticos, en que se soporta la sentencia impugnada, se observa que al no tener un orden lógico y coherente, se traduce más en un alegato de instancia que en la sustentación propia de un recurso de casación.

Los anteriores defectos técnicos serían suficientes para dar al traste con la acusación encaminada por la vía directa, empero, si se dejara de lado los aspectos fácticos entremezclados y se ocupara la Sala, actuando con amplitud, en el punto jurídico puesto a su consideración, se encontraría que no se cometió ningún yerro, por lo siguiente:

El Tribunal en ningún momento desconoció lo preceptuado en las disposiciones legales que establecen la obligación del empleador de efectuar y cancelar la cotización especial para actividades de alto riesgo, como tampoco, las concernientes a la obligación legal de las administradoras de

pensiones de llevar a cabo acciones de cobro, ello en caso de incumplimiento del empleador en el pago de cotizaciones para riesgo de pensión, es así, que en la sentencia impugnada se alude superficialmente a los artículos 12 y 15 del Acuerdo 049 de 1990, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1281 de 1994, que referenció el demandante al apelar el fallo absolutorio de primer grado, sin aplicarlas plenamente y sin efectuar ninguna exegesis o ejercicio hermenéutico, que amerite su reproche, y en tales condiciones no se evidencia algún yerro jurídico de dicho sentenciador, máxime que sus conclusiones como se verá a continuación, se fundamentaron más en el acervo probatorio.

Vista la motivación de la sentencia impugnada, lo que en verdad consideró el *ad quem* para confirmar la decisión absolutoria del *a quo*, es que desde el punto de vista probatorio, en el plenario no existe prueba alguna que acredite con certeza, que el actor era «*un trabajador de alto riesgo*», que es el aspecto que estimó era el objeto de la apelación y al cual contrajo principalmente su estudio, es así, que concluyó que las pruebas, en especial la testimonial, no eran suficientes para este cometido y no accedió a decretar nuevas pruebas para practicarlas en la alzada, conforme lo sugirió la parte demandante, por tener tal petición como inadmisibile al ser «*vaga e indeterminada*».

Lo anterior significa, que siendo el eje central de la sentencia atacada, la falta de prueba de la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas por parte del trabajador demandante, mientras no se acreditara este

presupuesto fáctico, no era del caso que el Tribunal se adentrara a definir, el pago del porcentaje adicional en la cotización, para esta clase de actividades de alto riesgo, y menos, la posibilidad de que la AFP efectuara acciones de cobro por la no cancelación de esta cotización especial por parte de la empresa empleadora.

En otras palabras, resulta inane el esfuerzo argumentativo desplegado por la censura para tratar de demostrar desde el punto de vista jurídico, la violación de las normas legales que regulan la cotización especial adicional y las acciones de cobro por parte de las AFP, ya que en este caso, no era posible aplicarlas, interpretarlas, ni tampoco hacerles surtir efectos, mientras no estuviese previamente acreditado, que el accionante efectivamente cumplía actividades o labores de alto riesgo, para el asunto a juzgar, expuesto a sustancias cancerígenas, lo cual como ya se dijo, su reproche no podía encaminarse atribuyendo errores jurídicos.

Al respecto, sobre la necesidad de demostrar en estos eventos plenamente la exposición del trabajador demandante a sustancias comprobadamente cancerígenas, es pertinente traer a colación lo dicho por la Sala en sentencia CSJ SL14027-2016, rad. 43714, que reiteró las decisiones de la CSJ SL 10031-2014, SL17123-2014, en las cuales también se solicitaba la pensión especial de vejez y en las que se precisó que en estos casos era indispensable probar que el empleado estaba realmente expuesto a tales sustancias, por virtud de las tareas u oficios que desempeña, sin que sea

suficiente que la empresa esté catalogada como de alto riesgo, lo cual resulta predicable a la luz del Acuerdo 049 de 1990 art. 15 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en este asunto por razón de la transición de que trata el Decreto 1281 de 1994 art. 8°. Al respecto en esa oportunidad se puntualizó:

[...]

*Aunado a lo anterior, lo cierto es que, tal y como lo señaló el Tribunal, esta Sala de la Corte ha indicado que, para poder ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que **resulta indispensable demostrar que el trabajador estuvo expuesto realmente a esas sustancias, por razón de las tareas que desempeñaba.** Y dicha situación es predicable respecto del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, así como del artículo 117 del Decreto 2150 de 1995, de manera que la discusión sobre la vigencia de dichas normas resulta inane. En la sentencia CSJ SL3963-2014, se dijo al respecto:*

“La norma transcrita enlista a aquellos trabajadores que en virtud del ejercicio de ciertas actividades calificadas, pueden obtener una pensión de vejez especial, encontrándose entre éstas la exposición o manipulación de sustancias cancerígenas, que es la que afirma el actor, ocurrió al laborar en la Empresa Monómeros Colombo Venezolanos S.A.

Al tenor de la disposición legal es inminente que el trabajador debe estar expuesto a las sustancias referidas; esa y no otra es la exégesis que deriva del parágrafo 1° transcrito en precedencia, que además consagra que para su aplicación debe existir una calificación, por las dependencias de salud ocupacional del ISS, de la actividad que desarrolla la empresa, con la debida investigación sobre los aspectos puntuales allí señalados.

*Bajo esa óptica, no se vislumbra que el Tribunal haya aplicado indebidamente el **artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990**, por ser en este caso el que regula la pensión especial de vejez, como tampoco que le haya otorgado un sentido contrario, puesto que al ser el demandante beneficiario de la norma reguladora de la transición y en atención al tema que aquí se plantea, surge sin hesitación alguna que el régimen anterior es el previsto en el ya mencionado artículo 15. Huelga aclarar, que la norma en comento se encuentra vigente y no fue derogada por el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995.*

Ahora, si bien la comprobación a la «verdadera» exposición a sustancias cancerígenas, como literalmente lo sostuvo el Tribunal, no es una exigencia de la norma, la labor que desempeñó el actor en las instalaciones de la demandada debe encontrarse dentro de aquellas actividades que refiere el artículo 15 del Acuerdo 049, cuestión que conlleva a la demostración del supuesto de hecho que alega, esto es que durante el tiempo que laboró para la demandada estuvo expuesto a sustancias catalogadas como cancerígenas, cuestión que según el juez de apelaciones no cumplió y que dada la vía directa por la cual se encamina el cargo es imposible de abordar.

Lo hasta aquí discurrido significa que el sentenciador de segundo grado aplicó correctamente la norma acusada, y por tanto, no cumple la censura, la demostración del yerro que le increpa.

*Con todo, de acuerdo con el **artículo 117 del Decreto 2150 de 1995** (derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003), los afiliados al Sistema General de Pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante quinientas semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades de alto riesgo, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, siempre que reúnan los requisitos establecidos para ello, lo que significa que corresponde al trabajador demandante demostrar que la actividad desplegada es o fue de aquellas catalogadas como de alto riesgo, y que se ejerció de manera permanente, lo que tampoco es posible abordar por la vía jurídica por la cual se dirigió el ataque”.*

(Lo resaltado es del texto original).

Así las cosas, desde el punto de vista jurídico, se insiste que el Tribunal no cometió ningún error que amerite quebrar la sentencia.

Cabe agregar, que en lo que tiene que ver con los demás soportes de la sentencia acusada, en especial, lo que hace referencia al análisis de la prueba testimonial, y la necesidad de una prueba técnica que según el Tribunal, no se allegó al proceso por parte de salud ocupacional del ISS, en donde se hubiera calificado la actividad desarrollada por el demandante, previa investigación, como expuesta a

sustancias cancerígenas, que se traduce esto último en la exigencia de una prueba solemne o *ad substantiam actus*, su reproche debió encaminarse por la vía indirecta y no la escogida para orientar el ataque, toda vez que sobre la crítica a los testimonios, que no es prueba calificada en casación de conformidad con la restricción legal contenida en el artículo 7° de la Ley 16 de 1969, en caso de poderse estudiar por estar acreditado algún yerro con documento auténtico, confesión judicial e inspección judicial, genera un error de hecho o yerro fáctico; al igual que exigir que se debía probar un hecho con una determinada prueba que requiera solemnidad para la validez del acto o también denominada *ad solemnitatem*, configura un error pero de derecho; y en consecuencia, en ambos casos no se presenta un error jurídico como lo plantea la censura, no siendo en consecuencia procedente abordar su estudio por la senda directa.

De ahí que, se mantiene incólume la conclusión de la colegiatura sobre la no existencia de la prueba idónea para demostrar las labores desplegadas por el actor con exposición a las mencionadas sustancias comprobadamente cancerígenas, con la aclaración de que la determinación de la segunda instancia de no practicar pruebas en la alzada, corresponde a una situación que debió remediarse en ese estadio procesal, no siendo el recurso extraordinario, el mecanismo idóneo para subsanar tales omisiones.

Por último, en lo que tiene que ver con el reproche del recurrente en casación, en cuanto a que el Tribunal se equivocó al señalar que las decisiones judiciales que se

impartan en este proceso, sólo tienen incidencia, respecto al demandado Instituto de Seguros Sociales, y no engendra efectos vinculantes frente a la empresa Rohm And Haas Colombia S.A., bajo el argumento que por proveído del 14 de junio de 2006 (f.° 56 y 57), el juez de conocimiento no dio curso al llamamiento en garantía que solicitó el ISS, apreciación que para la censura no es de recibo, dado que tal empresa contestó la demanda. Al respecto debe decirse, que en efecto, por auto en firme y que se ha hecho mención, el *a quo* no tramitó el llamamiento garantía *«por no haberse interpuesto en los términos formales»*, con independencia que posteriormente en el plenario, aparezca un poder y contestación de la citada empleadora Rohm And Haas Colombia S.A (f.° 58 a 69) que no tendrá efecto alguno; situación que lleva a que no se pueda tener a dicha sociedad como parte en el proceso, tal como bien lo advirtió el juez de segunda instancia.

Si en gracia de discusión, por el hecho de aparecer en el plenario esa contestación de la demanda por parte de la empresa empleadora, sin haberse aceptado y dado trámite previamente al llamamiento en garantía, se pudiera considerar vinculada tal empresa, tampoco lo expresado en dicha respuesta al libelo demandatorio demuestra, como lo sugiere la censura, que el actor por los cargos desempeñados estuvo expuesto a sustancias cancerígenas; en la medida que la contestación al hecho primero que transcribe la censura alude únicamente a los cargos de *«ayudante de bodega, ayudante de servicios generales, cosedor, y auxiliar de seguridad»*, sin aceptar que por su desempeño o ejercicio se

dio la exposición a sustancias cancerígenas, por el contrario, tal sociedad al dar respuesta al hecho segundo, niega enfáticamente tal presupuesto, al argumentar que *«el demandante laboró en las áreas arriba mencionadas, y por consiguiente, sin contacto con materias comprobadamente cancerígenas»*, además al oponerse a las pretensiones, alegó que el trabajador demandante *«nunca estuvo en contacto con material que se hubiere podido probar que fuera cancerígeno»* (f.º 63 a 65). Lo que quiere decir, que ni siquiera tomando como vinculado a la *litis* a la empleadora del actor, se obtendría éxito en la acusación en los términos propuestos por el recurrente.

Por todo lo expresado, el cargo resulta infundado.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente demandante, por cuanto la acusación no salió triunfante y hubo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3.750.000), que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

IX. 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 proferida por Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 29 de abril de 2011, en el proceso ordinario laboral que **CESAR**

AUGUSTO VILLANUEVA VIZCAINO le adelanta a el
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.

Costas como se dijo en la parte considerativa.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS