El siguiente es el proyecto presentado por el magistrado ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en secretaría.

Providencia:	Sentencia del 10 de julio de 2013
Radicación Nro.	66001-31-05-002-2012-00300-01
Proceso	Ordinario Laboral
Demandante:	Carlos Alberto Vélez Orozco
Demandado:	Instituto de los Seguros Sociales
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Juzgado de origen:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito
Tema:	**AFILIACIÓN AL RÉGIMEN SUBSIDIADO.** Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo regulado por el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, *"El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte"*, las prestaciones que emergen a favor de los beneficiados de dicho auxilio, no son otras que las consagradas para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que se encuentran definidas en el título II del compendio normativo antes citado. En el anterior orden de ideas, quien resulte favorecido con dicho subsidio, en caso de que se acrediten los requisitos legales, puede acceder a la pensión de vejez o invalidez y a la indemnización sustitutiva ó en caso de muerte, sus beneficiarios pueden solicitar la pensión de sobrevivientes, así como el auxilio funerario. Por otro lado, la afiliación al régimen subsidiado en pensiones debe ser solicitado por quien considera estar en las condiciones previstas en la disposición antes citada, pues no opera ni como una imposición, ni como un contrato o acuerdo de voluntades, pues se trata de un beneficio otorgado por el Estado, cuya permanencia depende de la ocurrencia de los eventos establecidos en el artículo 9º del Decreto 1858 de 1995, modificado por el Decreto 2414 de 1998.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

AUDIENCIA PÚBLICA

SALUDO. BUENOS DÍAS

Hoy, diez de julio de dos mil trece, siendo las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los Magistrados PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR y JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, quien actúa como Ponente, se declara en

audiencia pública con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, el día 27 de noviembre de 2012, dentro del proceso ordinario que CARLOS ALBERTO VELEZ OROZCO promueve contra el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, cuya radicación corresponde al No. 66001-31-05-002-2012-00300-01.

Se deja constancia que en la fecha, la doctora Ana Lucia Caicedo Calderón se encuentra asistiendo a la capacitación en Equidad de Género en calidad de Presidenta de esta Corporación e integrante de la Comisión Seccional de Género de Pereira.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, por medio del cual se suprimió y liquidó el ISS, el terminó de tres (3) meses allí establecido para que dicha entidad continuara atendiendo los procesos judiciales en curso, venció el pasado 28 de diciembre de 2012, por lo tanto, se tiene como sucesor procesal en el presente asunto a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-.

Decisión notificada en estrados.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

En este estado de la diligencia, se le corre traslado a las partes empezando por **(la recurrente o la actora según sea el caso)** con el propósito de que si lo consideran necesario presenten sus alegatos de conclusión en un lapso de 8 minutos, término que considera la Sala prudente para el efecto de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 42 del C.P.T.

Oídas las argumentaciones de las partes y como quiera que los aspectos propuestos por ellas fueron tenidos en cuenta al momento de discutir el proyecto

presentado por el ponente, procede la Sala a resolver lo que es materia del recurso, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

ANTECEDENTES

DEMANDA

Solicita el demandante que se ordene al Instituto de los Seguros Sociales reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL obtenido del promedio de lo devengado en toda su vida laboral, sin incluir los aportes efectuados al régimen subsidiado, los cuales solicita le sean reintegrados, por haberse generado una vinculación irregular.

Consecuente con lo anterior, aspira al pago de la diferencia que resulte entre la mesada reconocida por el ISS y la aquí declarada, así como a lo que se determine conforme a las facultades extra y ultra petita, los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamenta sus peticiones en que, a través de la Resolución 12341 de 2009, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 7 de agosto de 2009, con sustento en el régimen transicional del Decreto 758 de 1990, liquidando un IBL equivalente a $470.935, al cual le aplicó una tasa de remplazo del 90%; contra dicho acto administrativo fueron interpuestos los recursos de ley, logrando que a través del de reposición se liquidara el IBL de acuerdo con lo cotizado en toda la vida laboral, para un total de $1.226.976 que, sin variación de la tasa de reemplazo, arrojó una primera mesada del orden de $1.104.278.

Inconforme con el monto reconocido, presentó recurso de apelación, buscando se omitiera de la liquidación del ingreso base de cotización, el tiempo registrado en el régimen subsidiado, esto es entre el 17 de agosto de 2000 y noviembre de 2008, dado que su vinculación a Prosperar se realizó de manera irregular, pues para esa fecha ya acreditaba un total de 1300 semanas al sistema pensional, error grave al que fue inducido por un funcionario de dicha entidad. No obstante

lo anterior, la Resolución No 1728 de 2010, por medio de la cual fue modificada la decisión inicial, fue confirmada en su integridad.

Considera que, luego de efectuar los cálculos correspondientes, la mesada pensional que debió ser reconocida equivale a $1.286.747, lo cual arroja un retroactivo del orden de $7.062.092.79.

El ISS al dar respuesta a la demanda, acepta los hechos relacionados con el agotamiento de la vía gubernativa y el contendido de las resoluciones por medio de las cuales se reconoció la pensión de vejez del actor y se resolvieron los recursos interpuestos por él.

Se opuso a las pretensiones, formulando contra éstas las excepciones de mérito que denominó: *"inexistencia de la obligación" y "prescripción"*.

Agotadas las etapas previas, en la audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el veintisiete (27) de noviembre de 2012, se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó a la demandante al pago de las costas.

Expuso la Juez, que el demandante no acreditó que en el contrato o acuerdo de voluntades surgido con ocasión a su vinculación al régimen subsidiado, se presentaron vicios en el consentimiento o error inducido, carga probatoria que le correspondía, dado que es la persona afectada en su voluntad, quien debe demostrar su ocurrencia como un acto inducido, provocado o compelido por persona distinta de él, pues es un hecho cierto, que nadie puede beneficiarse de sus propios errores.

En cuanto devolución de los aportes realizados al sistema de pensiones en su condición de afiliado a Prosperar, se remitió a lo decidido por la Sala Laboral de este Distrito judicial, en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado 666001-31-005-002-2010-01423-01, donde se indicó la imposibilidad de devolver los aportes efectuados al régimen de prima media con prestación definida por tratarse de un fondo común que busca garantizar las prestaciones no sólo de un afiliado sino de todos los demás.

Indicó además, que en el presente asunto, para el momento en que el actor se afilió al régimen subsidiado, no contaba con un derecho adquirido, sino con una mera expectativa, dado que no había cumplido la edad para acceder a la gracia pensional, situación que equivocadamente considera la parte actora en sus alegatos de conclusión, que es una limitante para acceder al subsidio del estado, pues basta con hacer parte de la población más vulnerable del país y no acreditar los requisitos para acceder a la pensión, para ser aceptado en el régimen subsidiado de pensiones, teniendo límite para beneficiarse de él, alcanzar la edad de 65 años.

La sentencia no fue apelada, motivo por el cual, atendiendo que fue totalmente desfavorable a los intereses de la demandante, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES

No observándose nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia la Sala se plantea el siguiente:

PROBLEMA JURÍDICO

> ***¿Es procedente inobservar los aportes efectuados por el actor al régimen subsidiado para efectos de liquidar el IBL?***

Con el propósito de dar solución al interrogante en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

1. AFILIACIÓN AL RÉGIMEN SUBSIDIADO

Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo regulado por el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, *"El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o*

independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte", las prestaciones que emergen a favor de los beneficiados de dicho auxilio, no son otras que las consagradas para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que se encuentran definidas en el título II del compendio normativo antes citado.

En el anterior orden de ideas, quien resulte favorecido con dicho subsidio, en caso de que se acrediten los requisitos legales, puede acceder a la pensión de vejez o invalidez y a la indemnización sustitutiva ó en caso de muerte, sus beneficiarios pueden solicitar la pensión de sobrevivientes, así como el auxilio funerario.

Por otro lado, la afiliación al régimen subsidiado en pensiones debe ser solicitado por quien considera estar en las condiciones previstas en la disposición antes citada, pues no opera ni como una imposición, ni como un contrato o acuerdo de voluntades, pues se trata de un beneficio otorgado por el Estado, cuya permanencia depende de la ocurrencia de los eventos establecidos en el artículo 9º del Decreto 1858 de 1995, modificado por el Decreto 2414 de 1998.

1- CASO CONCRETO

Sea lo primero advertir, que en la actualidad la disposición que regula el régimen subsidiado de pensiones es el Decreto 3771 de 2007; sin embargo, para el momento en que el señor Vélez Orozco diligenció la solicitud de afiliación al fondo de solidaridad pensional –fl 28-, la disposición que regulaba la materia, era el Decreto 1858 de 1995, modificado por el Decreto 2414 de 1998.

Clarificado lo anterior, basta decir que no se advierte en el presente asunto, prueba indicativa de que el actor fue compelido o forzado a afiliarse al Fondo de Solidaridad Pensional, por el contrario, se evidencia en el diligenciamiento de la solicitud de subsidio su voluntad de vinculación, independientemente de acreditar al sistema pensional 1300 semanas, situación que a pesar de haber sido

percibida por el Consorcio Prosperar –administrador del régimen-, no fue óbice para aceptarlo como beneficiario del subsidio de pensiones en dicho fondo.

Y es que el hecho de que el actor contará con esa densidad de semanas, no es una causal legal, para declarar inválida su afiliación al régimen subsidiado en pensiones y por ende, desestimar las cotizaciones efectuadas al mismo, pues durante los más de 8 años que estuvo vinculado, de acuerdo con lo consignado líneas atrás, si bien ya reunía las semanas para hacerse a la pensión de vejez y sus beneficiarios podían acceder sin inconveniente alguno a la de sobrevivientes en los términos del parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, prestaciones como la invalidez y el auxilio funerario estaban siendo amparadas con su permanencia en Prosperar, mas no lo estarían de haber dejado de cotizar.

Lo anterior es así, por cuanto, en lo que respecta al cubrimiento por el riesgo de invalidez, aún cuando haya cotizado el 75% de las semanas mínimas para la pensión de vejez, para acceder a tal derecho es necesario además haber aportado 25 semanas dentro de los últimos tres años, en los términos del parágrafo 2º del artículo 39 ibídem; mientras que en lo referente al auxilio funerario, ha considerado esta Corporación en decisiones como la proferida el 19 de enero de 2012, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Maria Yeisleni Puentes Arana contra el Instituto de Seguros Sociales, con ponencia de quien hoy cumple igual encargo, que quien aspire a dicha prestación, debe, además de acreditar el pago de los gastos fúnebres del afiliado o pensionado, demostrar que éste cotizó por lo menos 50 semanas en los tres (3) años anteriores a su deceso.

En otras palabras, la permanencia del actor en Prosperar no significaba, como él lo pretende hacer ver, el pago de un aporte sin contraprestación, pues como quedó visto, en realidad conllevaba el cubrimiento de prestaciones que en caso de invalidez o de muerte no se habrían generado a su favor o de sus causahabientes.

Así las cosas, no existiendo justificación legal para inobservar las semanas cotizadas al Fondo de Solidaridad Pensional con el fin de reliquidar el IBL

reconocido por el ISS en la Resolución No 1728 de 2010 –fls 15 y 16-, la decisión de primera instancia será confirmada por las razones antes expuestas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que ha sido objeto de consulta.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Ausencia justificada

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria