El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 10 de mayo de 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2016-00353-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Salomón Perdomo Méndez

Demandado: AFP Protección, Colpensiones y Departamento de Risaralda

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: INEFICACIA DE TRASLADO / LIBERTAD DE EMPLEADO EN ESCOGENCIA DE RÉGIMEN / FACULTAD DEL EMPLEADOR ES LIMITADA Y POR UNA SOLA VEZ-Decreto 692 de 1994 / ERROR DEL EMPLEADOR / CONFIRMA / CONCEDE /**

Evidentemente el legislador procuró premiar la libre escogencia, claramente asignando la titularidad de tal derecho a los afiliados, garantía que trasladada al ámbito de las obligaciones, implica la posibilidad de manifestar libre y voluntariamente su consentimiento para vincularse a determinado régimen, tal como lo reglamentó el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Sin embargo, tal voluntad –excepcionalmente- puede suplirse por el empleador, en aquellos eventos en los que el trabajador no ha optado por el régimen, tal como lo enlista el canon 25 del Decreto referido.

(…)

De la cita normativa se extracta que esta facultad es residual, que el empleador puede acudir a la misma ante la renuncia del trabajador de indicar el régimen al que quiere afiliarse, pero además que tal posibilidad patronal está limitada a una vez, la primera en la que el trabajador ingresa a la empresa, no pudiendo posteriormente, de manera unilateral trasladarlo de régimen o cambiar la administradora seleccionada, pues tales potestades pertenecen de manera exclusiva al trabajador, siendo por tanto ineficaz cualquier determinación que vaya en contravía de esto, además de ser merecedor de las sanciones del canon 271 de la Ley 100 de 1993.

(…)

Lo anterior, permite a esta Sala colegir que en el caso puntual el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 no tiene aplicación, amén que si bien no hay constancia de manifestación expresa de escogencia del fondo por parte del actor, lo cierto es que antes de 1997 el empleador venia efectuando cotizaciones al régimen de prima media, por medio de Cajanal, por lo que el “traslado” que se efectuó para el ciclo de marzo de 1997, claramente es ineficaz pues no obedeció a la voluntad del demandante, son más bien, de lo que se puede inferir de la referida prueba documental, ese traslado obedeció a un error del empleador, tal como lo coligió la a-quo.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los diez (10) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuesto por las codemandadas Departamento de Risaralda y la AFP Protección S.A.y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 15 de junio de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Salomón Perdomo Méndez*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A. y Departamento de Risaralda***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que persigue el actor que se declare la nulidad e ineficacia del traslado por falta de los requisitos de ley y, en consecuencia que se ordene a Protección S.A. efectuar el traslado de los aportes efectuados en el Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como sustento de hecho de tales pedidos, se relata que el actor nació el 31 de julio de 1953, que desde el 06 de noviembre de 1979 inició su vida laboral, que desde esa calenda y hasta el 31 de octubre de 2009 se pagaron los aportes obligatorios a pensión por el Departamento de Risaralda a Cajanal, que desde el 01 de noviembre de 2009 y hasta el 31 de julio de 2012 los mismos fueron efectuados a Colpensiones, que a partir del 01 de agosto de 2012 y hasta la fecha los mismos se han efectuado a ING hoy Protección S.A., que el traslado lo hizo el empleador sin autorización del trabajador, que se enteró de dicha situación en el año 2013 cuando se acercó a Colpensiones para solicitar su historia laboral, que ha solicitado reiteradamente su traslado sin que hubiere sido posible, que el cambio de régimen se dio sin el consentimiento del actor.

Admitida la demanda se dispuso el traslado del caso a las entidades demandadas, las cuales allegaron respuesta por medio de apoderados judiciales que dieron respuesta así:

- Colpensiones aceptó todos los hechos que le aludían, indicando respecto a los restantes que no le constaban. No se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

- La AFP Protección acepta los hechos de la demanda que le aluden, salvo la calenda desde la cual se encuentra el demandante afiliado al Fondo Privado, indicando que lo es desde el 01 de marzo de 1997 y el alusivo al traslado del actor, pues indica que el mismo cumple con lo referido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994. Respecto a los restantes indicó que no le constaban. Se opuso a las pretensiones de la demanda y excepcionó de fondo “No cumplimiento de requisitos para realizar el traslado al régimen de prima media”, “Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “Saneamiento del vicio del consentimiento”, “Improcedencia de una indemnización por perjuicios”, “Improcedencia de intereses moratorios” y “Prescripción”.

- El Departamento de Risaralda guardó silencio.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

 El Juzgado accedió a las pretensiones de la demanda, declarando que el actor seleccionó –mediante esta acción- el régimen de prima media con prestación definida y que en 1997 y 2009 no había agotado tal opción, quedando sin efecto la decisión del empleador. Consecuencia de lo anterior, dispuso el traslado de las cotizaciones efectuadas al Rais al Régimen de Prima Media, con los correspondientes rendimientos e intereses, debiendo Colpensiones recibirlos y aplicarlos a la historia laboral del demandante. Condena en costas al Departamento de Risaralda.

Para así concluir, encuentra que el sistema de la seguridad social en pensiones se rige, entre otros, por el derecho a la libre escogencia, posibilidad que implica que el usuario del mismo está en la libertad de escoger o seleccionar a qué régimen pensional se quiere afiliar, lo que en este caso se echa de menos, pues no hay constancia alguna de escogencia por parte del actor. Lo que se evidencia es que el empleador unilateral e inconsulta o erradamente, dispuso el traslado de régimen pensional, efectuando cotizaciones en el régimen de ahorro individual, cuando el demandante en ningún momento seleccionó el mismo, razón por la cual no puede tenerse por válida esa afiliación.

Por lo tanto, estimó que tal manifestación de escoger régimen pensional se hizo apenas con la presentación de esta demanda y dispuso el traslado de los aportes del Rais al Régimen de Prima Media.

En cuanto a las costas procesales, las impuso a cargo del Departamento de Risaralda, por encontrarlo como responsable del traslado del demandante a RAIS.

***III. APELACIÓN***

La portavoz judicial de la AFP Protección S.A. estuvo inconforme con la decisión, amén que encontró que de conformidad con el canon 25 del Decreto 692 de 1994, la afiliación del demandante al Fondo Privado de Pensiones es válida. Además, destaca que de conformidad con el canon 1750 del C.C. el lapso para pedir la rescisión por la nulidad relativa de la afiliación es de 4 años, el cual ya está superado.

Por su parte el portavoz judicial del Departamento de Risaralda, indicando que esa entidad ha venido cumpliendo con su obligación de pagar los aportes y que además el traslado de régimen pensional fue voluntaria.

Concedido el recurso de apelación, se remitieron las diligencias a esta Sala donde además se aprehendió el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad territorial, conforme a lo dispuesto en el canon 69 del CPTSS.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes problemas jurídicos:

*¿Es posible que el empleador, de manera inconsulta, cambie a su trabajador de régimen pensional?*

*¿Es posible aplicar el lapso referido en el artículo 1750 del CC, en este caso?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

El derecho a la seguridad social en pensiones está sustentado por varias garantías especiales. Una de ellas es el derecho a la libre escogencia, garantía contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y cuyo tenor literal expresa:

*“El Sistema General de Pensiones tendrá la siguientes características:*

*(…)*

*e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran…”*

Evidentemente el legislador procuró premiar la libre escogencia, claramente asignando la titularidad de tal derecho a los afiliados, garantía que trasladada al ámbito de las obligaciones, implica la posibilidad de manifestar libre y voluntariamente su consentimiento para vincularse a determinado régimen, tal como lo reglamentó el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Sin embargo, tal voluntad –excepcionalmente- puede suplirse por el empleador, en aquellos eventos en los que el trabajador no ha optado por el régimen, tal como lo enlista el canon 25 del Decreto referido, que en su tenor literal expresa:

*“Los empleadores están obligados a solicitar a los trabajadores que se vinculen a la respectiva empresa a partir del 1o de abril de 1994, que les informen por escrito, sobre el régimen de pensiones que desean seleccionar y la respectiva administradora. Lo anterior con el fin de efectuar oportunamente el pago de las cotizaciones y de no incurrir en las sanciones por mora.*

***En el evento de que el trabajador no manifieste su voluntad de acogerse a uno de los dos regímenes, o no seleccione la administradora, el empleador cumplirá la obligación de que trata el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, trasladando las sumas por concepto de aportes a cualquiera de las entidades administradoras del sistema general de pensiones legalmente autorizadas para el efecto,*** *sin perjuicio de que con posterioridad, el trabajador se traslade de régimen o de administradora”. –negrillas para destacar-*

De la cita normativa se extracta que esta facultad es residual, que el empleador puede acudir a la misma ante la renuncia del trabajador de indicar el régimen al que quiere afiliarse, pero además que tal posibilidad patronal está limitada a una vez, la primera en la que el trabajador ingresa a la empresa, no pudiendo posteriormente, de manera unilateral trasladarlo de régimen o cambiar la administradora seleccionada, pues tales potestades pertenecen de manera exclusiva al trabajador, siendo por tanto ineficaz cualquier determinación que vaya en contravía de esto, además de ser merecedor de las sanciones del canon 271 de la Ley 100 de 1993.

En el caso puntual, se tiene que la prueba documental permite colegir que el señor Perdomo Méndez fue trasladado de régimen, de manera equivocada y unilateral, por parte de su empleador Departamento de Risaralda. En efecto, al verificar el certificado de información laboral aportado con la demanda –fls. 15 y ss.- se observa que el demandante cotizó inicialmente en el régimen público – Cajanal- , lo que se extendió desde el 14 de mayo de 1975, fecha de inicio de su vinculación laboral con el Departamento de Risaralda y hasta el 31 de octubre de 2009, pasando a hacerlo en el ISS hasta el mes de julio de 2012, cuando las cotizaciones se hicieron a los fondos privados ING y Protección.

Sin embargo, la situación es más compleja que el listado que se certificó por el empleador, pues verificada la historia laboral aportada por Colpensiones –fls. 217 y ss- se observa que la totalidad de los aportes efectuados por su empleador a dicho Fondo de Pensiones, se remitieron a ING, al encontrarse válidamente vinculado a dicho fondo, lo que se ratifica con el pantallazo del Fondo Protección S.A. –fl. 109-, en el que se verifica que la afiliación del señor Perdomo Méndez inició el 02 de marzo de 1997. No obstante tal información, al verificarse la historia laboral aportada por la AFP Protección –fls. 111 y ss.-, se observa que la cotización efectuada en el año 1997, apenas fue una y aislada, pues de allí apenas se volvió a cotizar a ese fondo en el ciclo de julio de 2009, cotización que obedeció a traslado efectuado por el ISS.

Lo anterior, permite a esta Sala colegir que en el caso puntual el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 no tiene aplicación, amén que si bien no hay constancia de manifestación expresa de escogencia del fondo por parte del actor, lo cierto es que antes de 1997 el empleador venia efectuando cotizaciones al régimen de prima media, por medio de Cajanal, por lo que el “traslado” que se efectuó para el ciclo de marzo de 1997, claramente es ineficaz pues no obedeció a la voluntad del demandante, son más bien, de lo que se puede inferir de la referida prueba documental, ese traslado obedeció a un error del empleador, tal como lo coligió la a-quo.

Y de una vez abórdese el tema de la prescripción de la acción rescisoria, que alega la entidad demandada Protección S.A., la cual se deriva de las nulidades relativas de los actos o contratos y que conforme al canon 1750 del CC es de 4 años. Dígase que en este caso, en realidad no hay nulidad relativa ni absoluta del contrato o acto de afiliación del demandante, porque éste en realidad nunca existió, razón por la cual no se puede hablar de nulidad, sino de ineficacia del traslado de facto efectuado, atendiendo su inexistencia, por tal razón, el aludido lapso no es aplicable al asunto presente.

Finalmente, respecto al tema de las costas procesales de primer grado, que se impusieron al Departamento de Risaralda, las cuales se revisan en sede de consulta, encuentra la Sala que tal medida es ajustada al caso puntual, pues como lo advirtió la falladora de primera instancia, fue por causa imputable al Departamento de Risaralda, como empleador del señor Perdomo Méndez, pues fue quien dio pie al presunto traslado de régimen, que obligó al actor a adelantar el presente proceso judicial, por lo que es adecuado que pague las costas del proceso.

Así las cosas, resueltos los recursos propuestos y el grado jurisdiccional de consulta, se hace forzosa la confirmación de la providencia judicial de primer grado.

Frente a las costas en segunda instancia, ante la improsperidad de los recursos propuestos por la AFP Protección S.A. y el Departamento de Risaralda, se impondrán las mismas a su cargo y a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

***1. Confirmar*** la sentencia proferida el 15 de junio de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. Costas en esta instancia a cargo de la AFP Protección y del Departamento de Risaralda.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA**

 Magistrado Magistrada