TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A L A B O R A L

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**CARMEN EUGENIA OSORIO SCARPETTA**
DEMANDANDO	**COLPENSIONES** **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** **PROTECCIÓN S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001 31 05 015 2019 041 01**
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN Y CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 198 del 30 de noviembre de 2020
TEMAS Y SUBTEMAS	**NULIDAD DE TRASLADO:** OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. omitió cumplir su deber de información
DECISIÓN	**MODIFICAR**

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN y CONSULTA la sentencia No. 97 del 06 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **CARMEN EUGENIA OSORIO SCARPETTA,** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.,** bajo la radicación **76001 31 05 015 2019 041 01.**

ANTECEDENTES PROCESALES

La señora **Carmen Eugenia Osorio Scarpetta** demandó a **Colpensiones, Old Mutual hoy Skandia S.A. y Protección S.A.,** pretendiendo que se declare nulo su traslado del RPM al RAIS, se ordene su retorno a Colpensiones y el traslado de todos los aportes de su cuenta de ahorro individual por parte de Protección S.A. a Colpensiones.

Como hechos indicó que fue abordada por una asesora de Old Mutual hoy Skandia S.A., quien incumplió su deber legal de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que no le explicó las ventajas y desventajas de estar en dicho régimen, ni le presentó las proyecciones pensionales en las diferentes modalidades, vulnerando así su derecho a escoger de manera libre y voluntaria el fondo de pensiones al cual quería afiliarse.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la señora Carmen Eugenia Osorio Scarpetta por considerar que la selección de cualquiera de los regímenes es única y exclusiva de la afiliada, el cual fue efectuado de manera libre y voluntaria. Además, goza de plena validez y la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

Como excepciones propuso la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción.

Old Mutual hoy Skandia S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que la actora realizó su afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, toda vez que los asesores comerciales de la entidad le brindaron una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, dado que le informaron acerca de las características, diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen.

Asimismo, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica.

Protección S.A., contestó oponiéndose a que se declare la nulidad del traslado por cuanto la afiliación de la demandante se realizó con el lleno de requisitos legales, pues le proporcionó toda la información necesaria para que dicho traslado se efectuara de manera libre, espontánea y voluntaria.

A su vez propuso las excepciones denominadas: validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado de RPM al RAIS realizado por la demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legitima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 97 del 06 de marzo de 2020, en la que:

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del ISS, hoy Colpensiones a Old Mutual S.A. y posteriormente a Protección S.A., y en consecuencia condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la actora, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, gastos de administración y rendimientos.

Además, ordenó a Colpensiones a recibir a la señora Carmen Eugenia Osorio en el RPM como si nunca se hubiera trasladado al RAIS.

Finalmente condenó en costas a Protección S.A. en la suma de 1.000.000 y exoneró a los demás demandadas.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Protección S.A.** presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

"Solicitamos al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali proceda a revocar el numeral 04 de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral de Circuito por las siguientes razones:

Respecto a los gastos de la administración, la comisión de administración es aquella que cobra las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta ahorro del ahorro individual de los afiliados. De cada aporte el 16% que hubiese realizado el demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuentos que se encuentra debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la 797 de 2003 y que opera tanto para Régimen de Ahorro Individual como para Régimen de Prima Media.

Durante todo el tiempo que la demandante estaba afiliada al fondo de pensiones administrado por Protección, mi representado que ha administrado los dineros que han depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión que se realizó con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección es una entidad financiera experta en distribuir los recursos de propiedad de sus afiliados.

Respecto a lo anterior, así no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por la comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión de administración como legalmente permitidos frente a cualquier entidad financiera.

Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no se pueden desconocer, sobre todo cuando se trata de contratos que tiene que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado frente a la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubiere dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última la comisión administradora al afiliado, dado que, si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debió de haber existido rendimientos.

Respecto a las sumas cesonaria y seguros previsionales de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, tanto en el régimen de Prima Media como el de Ahorro Individual, el 3% que ejerce los afiliados al Sistema General de Pensiones, se estima para la comisión de administración y el seguro previsional, este último se le paga mes a mes a una aseguradora para que, en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia, dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia.

Así las cosas, en el contexto de la norma se infiere que la prestación a cargo de la aseguradora en RAIS constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia en la medida en que se concrete el pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de la pensión por estos conceptos y para que la aseguradora pague dicha suma de dinero mes a mes a la administradora del fondo de pensiones, dependiendo del ingreso base de los afiliados.

Así las cosas, no es procedente que se ordene el traslado de lo concerniente a mi representada descontó por el seguro provisional, toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base a la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestadora del servicio, siendo un tercero de buena fe."

Además, el proceso se conoce en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, toda vez que la sentencia resulto adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes, se profiere la

SENTENCIA No. 198

En el presente proceso no se encuentra en discusión: **i)** que la señora **Carmen Eugenia Osorio,** el 16 de diciembre de 1999 se trasladó del ISS hoy Colpensiones a Old Mutual hoy Skandia S.A. (fl.53) **ii)** que el 09 de agosto de 2002 se afilió a Protección S.A., efectiva desde el 01 de octubre de 2002 (fl. 65) **iii)** que el 19 de octubre de 2018 elevó solicitud de traslado a Old Mutual hoy Skandia S.A. (fl.68), la cual fue negada por improcedente el 9 de noviembre del mismo año (fl. 69-70) **iv)** que el 19 de octubre de 2018 radicó petición de traslado ante Protección S.A. (fl.71-72), y el 31 de octubre la entidad le respondió desfavorablemente por presumirse legal su afiliación (fl.74 a 78) **v)** que el 02 de noviembre de 2018 pidió su traslado ante Colpensiones, el cual fue negado en la misma fecha por encontrarse a 10 años del requisito de tiempo para pensionarse (fl.66-67).

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención al recurso de apelación presentado por Protección S.A. y el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por la señora **Carmen Eugenia Osorio Scarpetta.**

De ser procedente la nulidad de traslado, se deberá determinar si Protección S.A. debe devolver a Colpensiones los gastos de administración y rendimientos financieros causados en los períodos en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Al respecto del deber de información, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses[1] y, sobre este punto,

[1] artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014.

jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba[2].

En el caso, la señora **Carmen Eugenia Osorio Scarpetta** sostiene que, al momento del traslado de régimen, la asesora de Old Mutual hoy Skandia S.A. no le explicó eficientemente las condiciones del traslado, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas de tal acto.

Al respecto, **Old Mutual hoy Skandia S.A.,** AFP a la que se realizó el traslado inicial, no demostró el cumplimiento del deber de información, obligación que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar, situación que no se logró acreditar en el caso bajo estudio.

En consecuencia, dado el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones y ante la declaratoria de nulidad del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, **Protección S.A.** deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil, por lo tanto, se modificará la sentencia de primera instancia.

Además, **Old Mutual hoy Skandia S.A.,** deberá retornar los gastos de administración, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C[3]., ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros, los descuentos realizados para el seguro previsional causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Dicho lo anterior y en virtud del recurso de apelación presentado por el apoderado de Protección S.A. en cuanto a la restitución que debería hacer la afiliada de los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, se debe precisar que dada la

---

[2] sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.
[3] CSJ sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31989.

declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, esta no trae consigo la imposición de nuevas obligaciones a cargo de la misma como erradamente lo manifestó el recurrente, pues la señora Carmen Eugenia no está en el deber de restituir los rendimientos de su cuenta individual a la administradora, en razón de su buena fe y toda vez que es una carga que debe asumir la AFP como un deterioro de la cosa entregada en administración.

Finalmente, debe recalcarse que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, pues con ello se verificó la legalidad de la condena, encontrando que hay lugar a la nulidad de traslado solicitada.

Las razones anteriores son suficientes para modificar la sentencia apelada.

Se condenará en costas a **Protección S.A.,** por cuanto su recurso de apelación no fue resuelto de manera favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral tercero de la Sentencia apelada, precisando que **PROTECCIÓN S.A.** debe trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de la afiliación de la señora **CARMEN EUGENIA OSORIO SCARPETTA,** tales como cotizaciones, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; también deberán devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante y **OLD MUTUAL HOY SKANDIA S.A.** deberá devolver con cargo a sus propios patrimonios

el porcentaje de los gastos de administración por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.COSTAS en estas instancias a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** Liquídense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias.

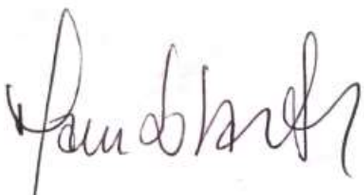
En constancia firman,

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMÁN VARELA COLLAZOS