



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR
Magistrado ponente

SL1531-2025

Radicación n.º 76001-31-05-003-2014-00862-01

Acta 16

Bogotá D. C., trece (13) de mayo de dos mil veinticinco (2025).

La Sala decide el recurso de casación que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 23 de abril de 2018, en el proceso que **FABIO HURTADO** instauró contra la entidad recurrente.

I. ANTECEDENTES

Fabio Hurtado llamó a juicio a PORVENIR S. A., con el fin de que se declare que, al momento del reconocimiento de

la pensión, era acreedor a la modalidad de renta vitalicia y no de retiro programado, como lo ha indicado la AFP enjuiciada. También que, de manera ilegal, la enjuiciada no

le ha reajustado año a año las mesadas pensionales conforme al IPC.

Consecuencialmente, pidió se ordene a la AFP demandada *«a realizar la corrección pertinente frente a la modalidad de su pensión, es decir, cambiarla de ahorro programado a renta vitalicia»*, y condenar *«[p]or la reliquidación de las mesadas pensionales conforme a la variación del IPC para cada anualidad desde el año 2004»*, más la indexación de las diferencias por mesadas pensionales.

Fundamentó sus peticiones, en lo que interesa al recurso de casación, en que nació el 14 de enero de 1940 y estuvo en el ISS, hoy COLPENSIONES, hasta 1998. Informó que, por las altas expectativas que fueron creadas por los fondos privados, con las promesas de altos rendimientos para obtener mesadas pensionales superiores a las que podría conceder el régimen de prima media con prestación definida, RPMPD, decidió trasladarse al fondo BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS en diciembre de 1998. En mayo de 2002, solicitó el reconocimiento y pago de dicha prestación y le fue concedida la pensión de vejez por esa entidad, indicándole de manera ilegal que su modalidad era la de *«retiro programado»*, cuando la prestación a reconocerle era la de renta vitalicia.

Igualmente, manifestó que la primera mesada en el 2002 fue de \$1.935.362, la cual fue reajustada inicialmente cada año conforme al IPC. En el 2004, en lugar de obtener

ese incremento, le fue reducida la mesada. Luego de 2004, las mesadas pensionales fueron reajustadas para cada anualidad, pero, en el 2009, la mesada fue desmejorada bajo el argumento de que el capital estaba menguando y con base en su expectativa de vida, así recibió el mismo monto de 2008.

Indicó que, a partir del 2 de diciembre de 2008, le otorgaron la pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia, sin que surtiera efectos positivos en el monto de su mesada pensional. Reiteró que, en el 2009, en lugar de aumentar su pensión, la mesada pensional fue desmejorada.

Relató que, ante esa situación, presentó solicitud de incremento pensional en dos oportunidades, pero le fue negado con el argumento de que la modalidad de retiro programado no permite ese tipo de operaciones.

Aclaró que, el 31 de diciembre de 2013, la demandada PORVENIR S. A. absorbió a la entidad AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, a quien le pidió la proyección de los ajustes de su mesada pensional futura hasta el 2018, pero resultó inferior a lo que él llamó «cálculo real de las mesadas pensionales conforme al IPC», de cuya comparación extrajo las diferencias insolutas por concepto de mesada pensional reajustada conforme al IPC, hasta el 2014, con un total de \$75.173.993 (fs. 3 al 13).

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó

que el actor se trasladó al RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones. Aceptó haberle comunicado el reconocimiento de la pensión de vejez al accionante, pero aclaró que el demandante optó por la modalidad de retiro programado de forma libre y no por la de renta vitalicia, como se dijo en la demanda, según consta el formato suscrito el 2 de mayo de 2002. Agregó que, el 6 de octubre de 2014, el actor solicitó por escrito, sin que ello implicara compromiso alguno, información de cómo le quedaría la pensión de renta vitalicia, lo que, a su juicio, ratifica que el actor era totalmente consciente que nunca estuvo pensionado bajo dicha modalidad.

Añadió que la pensión le fue reajustada conforme al art. 81 de la Ley 100 de 1993 y, por tal razón, informó que la mesada pensional del actor ha sido actualizada según la variación del IPC, cuando ello ha sido viable, recalculándola con base en el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional para tal fin.

También aseveró que el actor siempre ha estado en la modalidad de retiro programado que escogió libremente. Por tanto, no era cierto que tuviera la modalidad de renta vitalicia desde diciembre de 2008, afirmación que -según la accionada- se desvirtúa con el hecho de que ella era la que le seguía cancelando la mesada, pues, de haberse contratado la renta vitalicia, sería una aseguradora la llamada a realizar los pagos. Señaló, además, que se ha informado al actor los pormenores del pago de su pensión de vejez en la modalidad de retiro programado y que, al optar por esta, aceptó todas

sus características, entre ellas, que el incremento anual de los beneficios pensionales dependería de la proyección de crecimiento real del fondo de pensiones obligatorias, atada a la rentabilidad de este. En consecuencia, el valor de la mesada podría mantenerse, disminuir o aumentar cada año, según lo establecido por la Ley 100 de 1993.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción; inexistencia de la obligación; ausencia de derecho sustantivo; carencia de acción; cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; pago; compensación; buena fe de la sociedad demandada; y la excepción innominada y la genérica, f.ºs 74 al 93.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 22 de julio de 2015, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali absolvió a la demandada de todas las pretensiones (f.º 146), teniendo en cuenta las formuladas en la demanda, tal como fueron presentadas, y en la fijación del litigio efectuada en la audiencia del art. 77 del CPTSS. En esa oportunidad se estableció que el objeto del proceso consistía en determinar cuál era la modalidad bajo la cual se encontraba pensionado el actor dentro del RAIS: si bajo renta vitalicia o retiro programado; y, según dicha modalidad, determinar si le asistía el derecho al reajuste de la mesada pensional con base en el IPC, desde el 2004, con la indexación respectiva.

Así, con base en prueba documental que fue allegada por las partes y los arts. 80 y 81 de la Ley 100 de 1993, el juzgador determinó que el demandante eligió libremente la modalidad de retiro programado y optó por la reclamación de \$62.000.000 como excedentes de libre disponibilidad, lo cual redujo el saldo de la cuenta de ahorro individual. Por esa razón, explicó que la fluctuación que las mesadas pensionales obedecía a dicha decisión y, en consecuencia, no le asistía al accionante el derecho a que se declarara que había estado pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia, la cual requiere la celebración de un contrato con una aseguradora que es de carácter irrevocable. Añadió que ello no impedía que el actor optara por esa modalidad en los términos del art. 80 precitado. Concluyó que el demandante no demostró haber escogido una aseguradora ni que suscribió el respectivo contrato de renta vitalicia a través de una escritura pública. Esta circunstancia, sostuvo, era conocida por el actor, según los documentos que fueron aportados por la AFP enjuiciada.

Seguidamente, el juez examinó si el accionante tenía derecho a los incrementos pensionales con base en el IPC de cada año, y concluyó que no le asistía tal derecho. Para ello, se apoyó en la prueba documental aportada al proceso -la cual no fue tachada de falsa- y en el hecho de que el demandante no compareció al interrogatorio de parte. Con fundamento en ese acervo, determinó que la mesada pensional del accionante venía siendo recalculada anualmente de acuerdo con la modalidad del art. 81 de la Ley 100 de 1993, en la cual los riesgos del mercado son asumidos

por el pensionado, la obligación del fondo es de medio y no de resultado, y, en todo caso, el saldo de capital de la cuenta de ahorro individual no podía ser inferior al necesario para financiar una renta vitalicia de salario mínimo legal mensual vigente. Por lo anterior, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación que interpuso el demandante, a través de sentencia de 23 de abril de 2018, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió revocar la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, condenar a la pasiva a reajustar la mesada pensional reconocida al Sr. Fabio Hurtado, a partir del 1 de enero de 2012, de conformidad con la variación porcentual del IPC anualmente, certificado por el DANE, y determinó que la mesada, para el 2018, era de \$ 3.475.577.

Además, condenó al retroactivo de \$86.252.831 por concepto de diferencias causadas entre la mesada pagada por la administradora y la que legalmente le correspondía recibir desde el 1 de enero de 2012, conforme al IPC y hasta el 30 de abril de 2018, y autorizó a la demandada descontar las retenciones legales y obligatorias del art. 143 de la Ley 100 de 1993.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal consideró como fundamento de su determinación que debía resolver si, efectivamente, el demandante vio disminuida su mesada pensional y si esta no ha sido ajustada de conformidad con el IPC. De ser afirmativa la respuesta, determinaría lo correspondiente al reajuste.

Seguidamente, el juez colegiado se remitió a la Ley 100 de 1993, de la cual citó el art. 12, que estableció dos regímenes de pensión: el de prima media con prestación definida (RPMPD) y el de ahorro individual con solidaridad (RAIS). De este segundo, anotó que es administrado por entidades particulares, en donde los afiliados tienen una cuenta individual de naturaleza privada y depositan cotizaciones obligatorias y voluntarias, así como los bonos pensionales y subsidios del Estado, si a ellos hay lugar. Explicó que, para acceder a una pensión bajo esta modalidad, debe acumularse el capital y rendimientos que así lo permitan.

También señaló que, para determinar la cuantía de la prestación, además de los precitados factores, se debe considerar la edad a la cual decide retirarse el afiliado, la modalidad de pensión, las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. Citó expresamente el art. 64 de la Ley 100 de 1993 para sostener que este precepto dispone que la causación de la pensión de vejez en el RAIS requiere que el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual permita obtener una pensión superior al

110% del SMLMV, reajustado anualmente según la variación del IPC, certificado por el DANE.

Así mismo, aludió al art. 79 de la ley que se acaba de citar, para decir que este prevé tres modalidades en las que puede reconocerse dicha prestación, a saber: renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.

Del art. 80 de la Ley 100 de 1993, extrajo que, en la renta vitalicia inmediata, el afiliado beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y la de sobrevivientes para sus beneficiarios por el tiempo que ellos tengan derecho.

Luego, mencionó el art. 81 de la misma ley, sobre el retiro programado con renta vitalicia diferida, destacando que en esta el afiliado recibe de manera vitalicia pagos mensuales que se giran en una fecha determinada y la administradora retiene en la cuenta de ahorro individual de este los fondos suficientes para obtener una renta vitalicia diferida y pagada por una aseguradora.

Del art. 81 de la tantas veces citada Ley 100 de 1993, predicó que este regula la modalidad de retiro programado, en el cual se encontraba el demandante. Mencionó que su característica es la de que el afiliado o beneficiarios obtienen una pensión con cargo a su cuenta de ahorro individual y el monto de la pensión es el resultado de dividir el saldo anual de la cuenta de ahorro individual por el capital necesario

para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponde a la doceava parte de dicha anualidad.

Anotó que, en ningún caso, la pensión puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente y, en el evento en que el afiliado no tenga sus beneficiarios, el saldo de su cuenta de ahorro aumentará la masa sucesoral o, en su defecto, se destinará a la financiación de pensiones mínimas, y citó la sentencia CC T-1052-2008.

Igualmente, del inciso segundo del art. 81 precitado, sobre la fórmula para el cálculo de la mesada, compartió lo que dijo el juez de primera instancia de que la mesada podía o no aumentar cada año por distintos factores.

No obstante, consideró que la interpretación acogida en la sentencia de primera instancia es contraria al AL 01 de 2005, el cual expresamente prevé que, por ningún motivo, debía dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho. Tampoco se ajustaba al precedente constitucional que sostiene que todos los pensionados, independiente del régimen al cual pertenezcan, tienen derecho al reajuste anual de su pensión, según las sentencias CC T-1052-2008 y T-020-2011, donde la Corte Constitucional asentó que los fondos no podían desconocer el art. 14 de la Ley 100 de 1993 que ordena el reajuste conforme al IPC de todas las pensiones en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de

pensiones, cuya finalidad es garantizar que mantengan el poder adquisitivo constante.

Igualmente, señaló que no se puede contradecir el art. 53 de la CP que ordena el reajuste periódico de las pensiones, pues estimó que, de permitirse estos eventos, se afectarían los derechos al mínimo vital, aunque reconoció que no es pacífico el tema, pues los detractores del reajuste consideran que, en últimas, se van a afectar los intereses de orden público y los del afiliado a largo plazo al descapitalizarse las cuentas de ahorro individual, al punto que la AFP debe contratar una póliza de renta vitalicia, como lo prevé el art. 12 del D. 832 de 1996.

El juez colegiado también consideró que la descapitalización de la cuenta de ahorro individual es uno de los posibles eventos, no el único, pues podía ocurrir lo contrario, es decir, que se capitalice con las variaciones del mercado.

Agregó que, por esa razón, la AFP siempre debía informar periódicamente al afiliado sobre los saldos de su cuenta para que este decida si permanece en la modalidad de retiro programado -que conlleva mayores riesgos financieros-, o trasladarse a la modalidad de renta vitalicia, considerada más segura.

Al descender al caso concreto, de la certificación que había aportado la AFP enjuiciada, coligió que, en el 2011, la mesada pensional ascendía a \$2.633.053 y, en el 2012, se

redujo a \$2.370.288, y así fue disminuyendo hasta alcanzar, en 2018, la suma de \$1.529.566. Concluyó que, desde el 2012, era evidente que, en lugar de incrementarse, la mesada pensional del actor había decrecido, lo que consideró que no era de recibo, dado que la AFP enjuiciada no había efectuado el reajuste periódico conforme al IPC, el cual estimó obligatorio incluso para las mesadas de retiro programado, según el precedente constitucional.

Concluyó que, dado que la forma en que procedió la AFP demandada no se ajusta ni a la Constitución ni a la ley, ordenó el reajuste de la mesada pagada en el 2012 conforme al IPC y, en adelante, hasta el 30 de abril de 2018, condenando el pago de las diferencias respectivas equivalentes a \$86.252.831, con los respectivos descuentos del art. 143 de la Ley 100 de 1993, y a una mesada de \$3.475.577 con reajustes anuales con base en el IPC. Declaró no probadas las excepciones.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la decisión de primera instancia.

Con tal propósito formula un cargo por la vía directa, por interpretar erróneamente los arts. 79 y 81 de la Ley 100 de 1993, proceder que lo condujo a aplicar indebidamente los arts. 14 de la Ley 100 de 1993, 48 y 53 de la CP.

VI. CARGO ÚNICO

La censura comienza la demostración con la advertencia de que, por la vía escogida, no discute los supuestos fácticos que determinó el juez de apelaciones, en particular, que el actor se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES; se trasladó al RAIS en 1998; le fue reconocida la pensión de vejez en mayo de 2002, bajo la modalidad de retiro programado conforme a su solicitud de pago, f.º 104, que le fue aceptada en esa misma fecha, f.º 103; el actor reclamó y se le efectuó el pago de excedentes de libre disponibilidad por \$62.000.000, mediante el depósito en su cuenta de ahorro pensional voluntaria (f.º 105), y que, en adelante, se le han efectuado ajustes de ley conforme a lo previsto en el art. 81 de la Ley 100 de 1993 que ordena se haga con base en el cálculo de la rentabilidad mínima obligatoria. Que solicitada por el actor el cambio a la modalidad de renta vitalicia, ella cotizó entre las aseguradoras, sin obtener respuesta favorable de ninguna, f.os 121, 128 al 130, y 132.

Señala que, en el plano estrictamente jurídico, cuestiona que, a pesar de los hechos probados, el juez de la alzada haya revocado la sentencia de primera instancia y condenado a pagar las diferencias causadas entre la mesada reliquidada y la recibida desde el 1 de enero de 2012,

conforme al IPC anual, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993.

También aclara que, como el tribunal se apoyó en las sentencias CC T-1052-2008 y T-020-2011, siguiendo las orientaciones de esta Sala, en materia de la correcta formulación de un cargo en casación, denuncia la interpretación errónea de las normas citadas en esas sentencias.

La censura señala que el tribunal partió de analizar lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, donde se establece que, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes podrán adoptar, a elección del afiliado o de sus beneficiarios, la modalidad de pago de renta vitalicia inmediata, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida que define el artículo 81 de la misma ley, en concordancia con lo reglamentado en los artículos 5º del Decreto 692 de 1994 y 12 del Decreto 832 de 1996.

Sin embargo, acusa al juez de la alzada de estimar que la modalidad de retiro programado no podía contraponerse con los artículos 48 y 53 de la CP que consagran el pago oportuno y el reajuste periódico de las mesadas pensionales bajo las reglas del artículo 14 Ley 100 de 1993, para lo cual se había valido de las sentencias CC T-1052-2008 y T-020-2011, en el entendido que las mesadas debían incrementarse con base en el IPC anual, pues, de no hacerlo, se afecta el

mínimo vital contenido en los arts. 48 y 53 CP y lo regulado en el mencionado art. 14.

Para sustentar la interpretación errónea que le achaca a la sentencia impugnada, la censura transcribe los arts. 79 y 81 de la Ley 100 de 1993, de los que deduce las siguientes características de la modalidad de retiro programado:

- i) La selección es libre y voluntaria por parte del afiliado;
- ii) El cálculo en unidades de valor constante se sujeta al cálculo de la rentabilidad mínima obligatoria;
- iii) El monto de la pensión anual es el resultado de dividir el saldo de la cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios;
- iv) Cuando el saldo de la cuenta de ahorro más el bono pensional conduzcan a una pensión inferior a la mínima y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima, se cambiará la modalidad de pago a renta vitalicia; y
- v) Cuando el afiliado pensionado fallezca sin dejar beneficiarios, el saldo de la cuenta de ahorro pensional acrecerá la masa sucesoral de sus herederos.

Adicionalmente, la censura cita apartes de la sentencia CC C-841-2003 y sostiene que esa sentencia es suficientemente clara en destacar cómo opera el reajuste

anual en la modalidad de retiro programado, donde por ninguna parte se refiere a un incremento basado en el IPC, porque no es más que lo consagrado en la disposición objeto de examen constitucional. Es decir, siendo su sentido claro, no puede pretenderse darle una interpretación diferente a la aprobada por el legislador, como lo hizo el juez de apelaciones, acudiendo a sentencias de tutela que no podían apartarse de la decisión de exequibilidad de la sentencia antes citada.

Refiere que la interpretación sistemática de las normas sustantivas del sistema general de pensiones precisa de una revisión constructiva, por lo que se remite a los dos regímenes excluyentes, pero que coexisten en la ley, con sus propias reglas, en donde el afiliado que resolvió optar por el RAIS se somete a unas reglas concretas, al igual de quien prefirió continuar en el RPM.

Considera que es necesario traer las distinciones que hay entre cada régimen para un mejor entendimiento del asunto, puesto que mezclar condiciones y requisitos de uno y otro régimen que son excluyentes, para beneficiarse de lo dispuesto en el RPMPD, es permitirle al actor, en calidad de pensionado bajo la modalidad de retiro programado, quedarse con lo mejor de los dos mundos: disfrutar de una modalidad de pago donde lo cotizado -como lo había señalado antes- forma parte de su haber patrimonial, incluso obtuvo por solicitud suya un excedente de libre disponibilidad que le fue pagado (como había quedado probado en este caso al margen de la controversia), y exigir el cumplimiento de reglas

que le son extrañas para el incremento anual, como es la aplicación del IPC de dicho periodo.

Ante ello, la recurrente se opone, por considerar que esto no es posible, por cuanto las características del RAIS están debidamente previstas por la ley y no han sido retiradas del ordenamiento jurídico, y tales normas advierten sobre la disminución o aumento de la mesada, pues el pensionado no adquiere el derecho a una prestación fija, salvo con la denominada renta vitalicia que es la más parecida a la pensión de prima media, donde sí está asegurada una mesada pensional fija, sujeta al incremento anual del IPC.

Agrega que, al contrario de la modalidad de retiro programado, con la selección de la aseguradora por el afiliado para el pago de la renta vitalicia, los saldos en la cuenta del pensionado pasarían directamente a la aseguradora o al fondo común, es decir, sus herederos pierden toda opción de aprovechar el saldo en la cuenta del afiliado que sería inexistente.

En línea con lo anterior, la censura sostiene que los arts. 14 de la Ley 100 de 1993 y 48 de la Constitución, con su adición por el AL 01 de 2005, sólo pueden ser aplicados armónicamente a esta modalidad de pago, teniendo en cuenta el afiliado que, bajo la modalidad de retiro programado, sólo proceden los reajustes anuales del recálculo anual con base en la rentabilidad, los cuales pueden ser mayores o menores al IPC; por lo que el

demandante no puede pretender que su pensión de retiro programado se reajuste anualmente con el IPC, poniendo en peligro el saldo en su cuenta, ya que este puede terminar disminuyendo a un monto tal que asegure solamente una pensión mínima, como bien lo anotó la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de la sentencia C-841-2003.

En ese orden de ideas, sostiene que la prohibición de «congelar o disminuir» recogida en el AL 01 de 2005 (art. 48 CP) debe ser interpretada armónicamente con lo preceptuado en esta modalidad especial de pago libremente seleccionada por el afiliado, la cual no es arbitraria de las AFP privadas.

La recurrente recuerda que es claro que la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten (art. 12), cuyas características están debidamente detalladas en los artículos 31, 32, 59 y 60 de la misma ley, a pesar de la regla general establecida en el artículo 14 de la citada ley que no puede interpretarse en su literalidad, pues desconocería las características que gobiernan cada régimen pensional, ambos a ser seleccionados libre y voluntariamente por el afiliado; y mucho menos, se puede dejar de lado las singulares modalidades de pago que puede escoger el afiliado en el RAIS, cuya información se efectúa por parte de las AFPs.

Por todo lo antes dicho, la recurrente considera que no es posible hablar de disminución del mínimo vital del demandante, como lo argumentó el juez de apelaciones, toda

vez que se trata de un pensionado con una mesada pensional superior al salario mínimo, que tiene la expectativa de dejar en cabeza de sus herederos un saldo patrimonial en caso de no existir beneficiario alguno. Por esta razón, alega, no se puede permitir la discusión en términos de injusticia e inequidad cometidos presuntamente por ella, puesto que, ante esas reglas, conocidas por demás y que son claras y suficientes para su entendimiento, no cabe plantear que se han debido aplicar las condiciones de incremento, en forma pura y simple, de las del RPMPD.

Finalmente, la recurrente destaca que la modalidad de pensión de retiro programado es revocable en la medida en que el pensionado o el beneficiario, en cualquier momento, puede cambiar a cualquier otra modalidad de pensión. Sin embargo, recuerda -como en efecto estaba probado y no lo discutía- así lo había solicitado el demandante y fue cotizado entre las aseguradoras, pero ninguna cotizó, por lo que no se le podía tachar a ella de negligencia o de falta de actuación.

VII. RÉPLICA

El actor se opone a la prosperidad del cargo, por cuanto considera que no se especificó en el único cargo el submotivo para casar la sentencia, es decir, no se dijo si por infracción directa, interpretación errónea, o aplicación indebida, por lo que, a su juicio, se debía desestimar el cargo, más aún cuando el fallador de instancia no fue desacertado en su fallo, pues, en su criterio, aplicó las normas correspondientes y, por ello, revocó la sentencia de primera instancia.

VIII. CONSIDERACIONES

No tiene razón la réplica cuando le atribuye al único cargo el error técnico de no indicar el submotivo de la violación, pues está claro que el cargo fue formulado por la vía directa, **por interpretación errónea**, de los arts. 79 y 81 de la Ley 100 de 1993 que condujo al juez de la alzada a aplicar indebidamente los arts. 14 de la Ley 100 de 1993, 48 y 53 de la CP.

Dicho lo anterior, le corresponde a la Sala resolver si el fallador de segundo nivel incurrió en esos desatinos jurídicos que lo llevaron a reconocer los incrementos pensionales del art. 14 de la Ley 100 de 1993, ordenando un retroactivo y la definición de la mesada pensional para el 2018 en \$3.475.577 que deberá ser incrementada anualmente, en tanto que la censura sustenta la interpretación errónea del art. 81 de la ley acabada de citar, por cuanto la mesada del accionante viene siendo liquidada conforme a la modalidad legal de retiro programado y ese precepto no prevé, de forma obligatoria, los incrementos anuales del IPC para ese tipo de mesadas pensionales.

Al ser formulado el cargo por la vía directa, no se discuten los supuestos fácticos fijados en las instancias consistentes en que el actor se afilió inicialmente al ISS, hoy COLPENSIONES; se trasladó al RAIS en 1998; solicitada la pensión de vejez, le fue reconocida en mayo de 2002, bajo la modalidad de retiro programado y de acuerdo con su

solicitud de pago (f.º 104) que le fue aceptada en esa misma fecha (f.º 103). También que el actor reclamó y se le efectuó el pago de excedentes de libre disponibilidad por \$62.000.000, (f.º 105); y que, en adelante, se le han efectuado los ajustes de ley conforme a lo previsto en el art. 81 de la Ley 100 de 1993. Que solicitada por el actor el cambio a la modalidad de renta vitalicia, ella cotizó entre las aseguradoras, sin obtener respuesta favorable de ninguna, f.os 121, 128 al 130, y 132.

Sobre la interpretación del art. 81 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 14 de la ley en cita, esta Sala ha manifestado que lo previsto en el art. 81 de la Ley 100 de 1993 no puede desconocer el art. 14 de la ley en cita ni las garantías constitucionales de los arts. 48 y 53 de la Constitución, de modo que, en principio, todas las pensiones deben ser ajustadas de manera que se garantice su poder adquisitivo (CSJ SL2692-2020, SL2935-2020, SL3106-2020).

También esta Sala ha explicado, verbigracia en la sentencia CSJ SL2935-2020, reiterada en las sentencias SL3106-2020 y SL4101-2020, que, como se puede presentar una «descapitalización» de la cuenta de ahorro individual al aplicarse el marco regulatorio de los mecanismos de reajuste de la pensión en la modalidad de retiro programado en concordancia con las normas legales y constitucionales que garantizan el poder adquisitivo de la mesada, es obligación de los jueces abordar las situaciones particulares y excepcionales de cada caso para plantear soluciones

conforme al marco normativo vigente. En esta providencia, la Sala manifestó:

*Por ello, a juicio de esta Sala de la Corte Suprema de Justicia y conforme lo adoctrinó en sentencia CSJ SL2692-2020 al decidir sobre un asunto similar, le asiste razón al recurrente al afirmar que erró el Tribunal al confirmar la orden de incrementar el valor mensual de la prestación con base en el índice de precios al consumidor y de pagar el retroactivo, **sin tomar las medidas necesarias que impidan la descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante**. Destaca esta vez la Sala.*

*Y es que no bastaba con establecer el condicionamiento de la elección del actor, toda vez que si este insiste en tal reliquidación y en el pago del retroactivo, e incluso de la indexación del mismo, como lo afirma la censura, ello aceleraría el agotamiento de los recursos disponibles en su cuenta de ahorros, pues lo cierto es que tal déficit lo dejaría sin protección e, incluso, podría afectar su mínimo vital. **De manera que esa eventualidad debe ser estudiada por los jueces, quienes en su labor de administrar justicia tienen la obligación de abordar las situaciones particulares y excepcionales y plantear soluciones en el marco de la Constitución Política y las regulaciones pensionales vigentes**. Destaca la Sala. CSJ SL2935-2020.*

En ese orden, la Sala ha señalado que, si bien puede suceder que el reajuste de la pensión de vejez ocasione una «descapitalización» de la cuenta de ahorro individual, es deber de las administradoras de pensiones o del juez ante una controversia que en tal sentido se le plantee, disponer las medidas necesarias para evitar tal efecto en dicha cuenta del pensionado; aspecto este que pasó por alto el tribunal, puesto que ordenó los incrementos anuales del IPC en aplicación del art. 14 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1 de enero de 2012 sin tener en cuenta de dónde saldrían los recursos para pagar tales condenas, puesto que el juez de primera instancia definió que el actor estaba pensionado bajo la modalidad de retiro programado, regulada por el art. 81 de

la ley que se viene citando, y no prosperó la pretensión declarativa de que era acreedor al momento del reconocimiento de la pensión de una renta vitalicia.

Ciertamente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prevé el reajuste de las pensiones en cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior y, en similar sentido, el inciso 2o del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 previo que *«[...] por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho»*.

Sin embargo, en situaciones como la del accionante que está pensionado bajo la modalidad de retiro programado desde mayo de 2002, en la que además hizo uso del derecho a reclamar los excedentes de libre disponibilidad del art. 85 de la Ley 100 de 1993, dicha regla debe ser interpretada de forma sistemática con las demás disposiciones que regulan la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual y conforme a la Constitución.

El art. 81 de la ley en cita establece que el retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar, con la expresa advertencia (tercer inciso) de que, mientras se disfrute de la pensión por retiro programado, el saldo de la

cuenta de ahorro individual no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de «*salario mínimo vigente*».

Inclusive, la norma en comento (art. 81) estipula que no se podrá disfrutar de una pensión por retiro programado si el capital ahorrado más el bono pensional, si es del caso, únicamente alcance para una pensión inferior a la mínima y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima (art. 65 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien respecto del capital requerido para financiar la pensión, hay que decir que, en la modalidad de retiro programado, existen dos etapas claramente diferenciadas: a) una denominada de *acumulación*, periodo en el que se recogen los aportes de empleadores, trabajadores, los rendimientos, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, y b) otra etapa llamada de *desacumulación*, la que comienza desde el momento en que le es reconocida la pensión al afiliado por contar con el capital necesario para comenzar a disfrutar de la pensión.

La segunda etapa se conoce como *desacumulación* porque es cuando el afiliado, en su condición de pensionado, comienza a utilizar los recursos depositados en su cuenta de ahorro individual, y ya no hay ingresos a la cuenta provenientes de los aportes, salvo los derivados de los rendimientos financieros del saldo de la cuenta, por lo que matemáticamente, en el retiro programado del art. 81 en comento, es lógico esperar que dicho saldo comience a

agotarse, cuando los rendimientos financieros no alcancen a cubrir el pago de las mesadas de retiro programado.

La desacumulación del saldo de la cuenta de ahorro individual no es completamente discrecional, sino que está regulada con el fin de garantizar la pensión de salario mínimo que es el pilar fundamental del régimen de ahorro individual, como se puede colegir del mismo art. 81, entre otros de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 48 de la Constitución.

De tal suerte que la administradora está obligada a ceñirse a la regulación prevista para la etapa de desacumulación por mandato de la propia Constitución, pues, conforme al art. 48 de la norma superior, la seguridad social se presta por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley. Además, esa norma superior expresamente señala que **«[s]in perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho»**, es decir, la prohibición constitucional de congelamiento o reducción no es un mandato absoluto. Por esta razón, la Sala considera que la responsabilidad de las AFP es de medio y no de resultado.

En línea con lo anterior, concluye la Sala que, en efecto, el juez colegiado incurrió en la interpretación errónea de los

arts. 79 y 81 de la Ley 100 de 1993 acusada que lo llevó a la aplicación indebida del art. 14 de la ley en cita.

Ahora bien, el tribunal adicionalmente invocó las sentencias CC T-1052-2008 y la T-020-2011 para proferir condena, sin embargo, esta Sala debe recordar que los efectos de las sentencias de revisión de tutela son interpartes, de conformidad con los arts. 48 de la Ley 270 de 1996 y el art. 36 del D. 2591 de 1991, pero, adicionalmente, de la misma sentencia T-020-2011, que reiteró la de 2008, se desprende que la Corte Constitucional también es del criterio que tales incrementos no son automáticos, sino que el propio pensionado es quien debe decidir si continúa o no en la modalidad de retiro programado o se pasa a renta vitalicia, como se desprende del siguiente aparte:

La única manera de conciliar, entonces, la normativa que regula el régimen de ahorro individual, especialmente el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones reglamentarias que regulan la materia, con los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales el artículo es mediante la *interpretación conforme*, es decir, armonizando la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto, las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de retiro programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Ahora bien, esta interpretación conforme tiene claras implicaciones que no pasan inadvertidas a esta Sala de revisión, porque precisamente puede conducir a que la cuenta de ahorro individual del pensionado se descapitalice y en definitiva ocurra el evento previsto por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, es decir, que la Administradora deba contratar una póliza de renta vitalicia. Este riesgo precisamente encierra una terrible paradoja: que en virtud de los incrementos anuales la mesada pensional termine por reducirse a un salario mínimo mensual (monto mínimo de la

pensión de renta vitalicia prevista por el inciso tercero del citado artículo), pero entiende esta Sala de revisión que este riesgo está implícito en la elección de la modalidad de retiro programado que hace el afiliado, quien debe tomar una decisión informada de las contingencias a las que está sujeta su elección y de los posibles riesgos a largo plazo que enfrenta. Negrillas de esta Sala.

Esta información debe ser suministrada periódicamente al afiliado, al igual que sobre los saldos de su cuenta de ahorro individual, para que decida si permanece en el régimen de retiro programado o si prefiere trasladarse al régimen de renta vitalicia.

Justamente, el art. 12 del D. 832 de 1996 al que alude la sentencia de tutela invocada por el juez colegiado, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 12. CONTROL DE SALDOS EN EL PAGO DE PENSIONES BAJO LA MODALIDAD RETIRO PROGRAMADO. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción al Decreto 719 de 1994, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el Retiro Programado, la aseguradora con la cual ésta deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado, sin perjuicio de que su decisión pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de

una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia.

PARÁGRAFO PRIMERO. Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resolución, y previa consulta con la Superintendencia Bancaria, fijará las fórmulas matemáticas a emplear por las AFP para establecer si un afiliado puede contratar un Retiro Programado de acuerdo con los parámetros empleados para calcular el Saldo de Pensión Mínima que se describen en el artículo 9º del presente decreto.

Por otra parte, en la sentencia CC C-258-2020, la Corte Constitucional se refirió a uno de los problemas estructurales de la modalidad de retiro programado del régimen pensional de ahorro individual, relacionados con la forma de financiación. Señaló que, como lo había indicado el Ministerio de Hacienda,

...los estudios actuariales [...] han mostrado que existe un riesgo de descapitalización en las cuentas de Retiro Programado generado por el diseño mismo de esta modalidad de pensión, debido a que los recursos de los pensionados se siguen administrando bajo un esquema de cuentas individuales y no existen compensaciones con saldos entre una cuenta y otra, lo que se conoce como mutualización de los riesgos, lo cual dificulta la administración de algunos riesgos y en particular, del riesgo de extralongevidad.

Lo anterior también fue considerado en la sentencia CC T-020-2011 ya mencionada, pues, en esa oportunidad, la Corte Constitucional anotó expresamente:

Esta situación obedece –nuevamente según el informe rendido por la Superintendencia Financiera- a que las cuentas de los

pensionados forman parte del fondo de pensiones, que por disposiciones legales debe valorar sus inversiones diariamente a precios de mercado, de manera tal que el saldo de las cuentas individuales de afiliados y pensionados depende no solo de los aportes y retiros que se realicen, sino también de las variaciones en el valor de las inversiones realizadas que, como se mencionó anteriormente, están sujetas a las tasas de interés, la tasa de cambio y los precios del mercado accionario.

Estas condiciones y características de la modalidad de retiro programado han sido puestas de relieve por la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de algunos apartes del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en la Sentencia C-841 de 2003:

"En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión. El valor de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida pensionarse el afiliado, de las semanas de cotización, de la rentabilidad y de la modalidad de la pensión // Como sistema de capitalización que es, garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...) El Retiro Programado, es la modalidad en la cual el afiliado o sus beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora con cargo a la cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional, si a él hubiere lugar. Esta modalidad de pensión se calcula anualmente de acuerdo con la expectativa de vida del afiliado y de su grupo familiar y la mensualidad se recalcula anualmente teniendo en cuenta el saldo de los recursos en la cuenta de ahorro individual. Mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, el saldo de la cuenta de ahorro pensional, no puede ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima // **En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto ésta depende de sus aportes, sin perjuicio de las**

garantías de rentabilidad mínima (Artículo (sic) 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo (sic) 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo (sic) 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales (...)" (negritas añadidas).

En línea con lo antes expuesto, por la misma estructura del régimen pensional del RAIS, en la modalidad de retiro programado, los incrementos del art. 14 de la Ley 100 de 1993 deben ser cubiertos por los mismos recursos de la cuenta de ahorro individual del mismo pensionado, pues él asume los riesgos financieros y de extra-longevidad a cambio de conservar la propiedad de sus ahorros y la posibilidad de reclamar los excedentes de libre disponibilidad, como lo hizo el actor, pues

...es apenas lógico que en el régimen de ahorro individual con solidaridad la integración del capital suficiente para el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes dependa -en lo que concierne al aporte del trabajador-, únicamente de su propio esfuerzo ahorrativo incrementado con sus correspondientes rendimientos financieros. Así fue concebido este sistema por el legislador y por ello se denomina régimen *de ahorro individual*, caracterizado por que las pensiones se financian con el ahorro proveniente de las contribuciones hechas por los trabajadores, que en su conjunto forman un capital autónomo que es administrado por los fondos privados de pensiones.

La circunstancia de que el legislador no haya previsto la participación de otras personas distintas al trabajador en la conformación de su cuenta de ahorro individual, no puede ser interpretada como una vulneración del principio constitucional de solidaridad de la seguridad social, por cuanto el esquema del régimen de ahorro individual adoptado por el legislador en desarrollo de su libertad configurativa se fundamenta en el esfuerzo individual y personal del afiliado aportante, al cual se agrega el aporte del empleador cuando se trata de trabajadores dependientes tal como preceptúa el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior sin perjuicio del reconocimiento de la pensión de vejez, para aquellas personas que habiendo cumplido 62 años de edad si son hombres o 57 si son mujeres, no hayan podido alcanzar a generar los aportes para la financiación de la pensión mínima. En estos casos, el afiliado tiene derecho a que el Estado, en virtud del principio de solidaridad, complemente los recursos que hacen falta para el reconocimiento y pago de la pensión mínima, con lo cual se permite el desarrollo del principio de solidaridad. CC C-086-2002

En otras palabras, en la modalidad de retiro programado, mientras el saldo de la cuenta de ahorro individual sea suficiente para garantizar una renta vitalicia equivalente al salario mínimo legal mensual para el pensionado y sus beneficiarios -conforme a lo dispuesto en el art. 81 de la Ley 100 de 1993-, el pensionado conserva la titularidad sobre dichos recursos y puede decidir si permanece en esa modalidad o si opta por trasladarse a la de renta vitalicia. En el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá contratarse una póliza de renta vitalicia, caso en el cual el pensionado entregará todo su capital ahorrado a una aseguradora, a cambio de una mesada predeterminada de por vida para él y sus beneficiarios, siendo esta última la entidad encargada del pago de la pensión y la que asume los riesgos de extra-longevidad y financieros.

En todo caso, conforme al art. 81 de la Ley 100 de 1993, mientras el pensionado reciba su mesada bajo la modalidad de retiro programado, el saldo de su cuenta de ahorro individual no podrá ser inferior al capital necesario para financiar, para él y sus beneficiarios, una renta vitalicia equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, precisa la Sala en esta oportunidad que, bajo la condición prevista en el art. 81 de la Ley 100 de 1993, y siempre que el capital en la cuenta de ahorro individual lo permita, el pensionado tendrá derecho a los incrementos anuales de su mesada pensional, conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la misma ley, dentro de la modalidad de retiro programado.

En caso de que el saldo final de la cuenta de ahorro individual resulte insuficiente para financiar una renta vitalicia, debido a que la administradora de fondos de pensiones no adoptó oportunamente las medidas necesarias para evitar dicha situación, será esta quien deba asumir la diferencia faltante, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por el incumplimiento del deber legal correspondiente, pues así lo prevé el parágrafo primero del art. 12 del D. 832 de 1996.

Por consiguiente, el sentenciador de segundo nivel se equivocó en la interpretación del art. 81 de la Ley 100 de 1993, lo que llevó a la aplicación indebida del art. 14 de la Ley 100 de 1993, por tanto, se casará la sentencia.

Sin costas en sede de casación dado que prospera el cargo.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

El juez de primera instancia negó la pretensión declarativa de que el actor *«al momento del reconocimiento de la pensión es acreedor a la modalidad de renta vitalicia y no retiro programado como lo ha indicado la entidad demandada»*, por lo que de contera no accedió a dar la orden a la demandada de hacer la corrección pertinente a la modalidad de pensión, esto era, *«cambiarla de retiro programado a renta vitalicia»*.

Para arribar a las precitadas conclusiones, el fallador de primer nivel determinó que el actor había escogido libremente la modalidad de retiro programado, conforme a lo acreditado en el f. 104, y que su pensión había sido recalculada anualmente en los términos del art. 81 de la Ley 100 de 1993. También concluyó que el demandante no había suscrito ninguna renta vitalicia. Además, estableció que el actor conocía que estaba bajo esa modalidad, con base en las documentales de f.os 121 a 122, 124, 126, 128 a 132.

En consecuencia, el juez no declaró que el demandante se encontrara pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia, aunque le indicó que podía acceder a ella si así lo decidía.

Igualmente, negó los reajustes de la mesada del art. 14 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en las pruebas documentales mencionadas -las cuales no habían sido tachadas de falsas- y en el hecho de que el actor no asistió al interrogatorio de parte. Así las cosas, tuvo por cierta la solicitud de devolución de los saldos de libre disponibilidad,

lo cual -determinó- redujo el capital de la cuenta de ahorro individual. Además, consideró que la pensión había sido recalculada anualmente conforme al art. 81 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

El accionante apeló y alegó que tenía derecho a los reajustes pensionales de cada año con base en la ley, por ser un derecho de rango constitucional con fundamento en el AL 01 de 2005 que prohíbe congelar o reducir las mesadas pensionales, al estar probada la mengua de la mesada pensional después del 2004. Por lo tanto, pidió revocar la sentencia y condenar a los reajustes pensionales desde el 2004 y al pago de las diferencias pensionales.

Para resolver la apelación, la Sala se remite a lo solicitado en el recurso de apelación y a las pretensiones de la demanda, en atención de los principios de consonancia -previsto en el art. 66A del CPTSSS- y de congruencia de la sentencia, regulado en el art. 281 del CGP, norma esta última aplicable al proceso laboral por virtud del principio de integración normativa derivado del art. 145 del CPTSS.

Así pues, la Sala advierte que, en la demanda, el actor solicitó los incrementos anuales de la mesada pensional con base en el IPC, como consecuencia de las pretensiones declarativas mediante las cuales pidió que se estableciera, por una parte, que, *«al momento del reconocimiento de la pensión es acreedor a la modalidad de renta vitalicia y no de retiro programado como lo ha indicado la demandada»*, y, por

otra, que la entidad demandada *«de manera ilegal no ha reajustado año a año las mesadas pensionales del señor... conforme al IPC»*.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el actor solicitó, en primer lugar, *«Ordenar a la entidad demandada a realizar la corrección pertinente frente a la modalidad de la pensión del señor..., es decir, cambiarla de ahorro programado a renta vitalicia»*; y, en segundo lugar, condenar *«[p]or la reliquidación de las mesadas pensionales conforme a la variación del IPC para cada anualidad desde el año 2004»*, así como el pago de la indexación sobre las diferencias de las mesadas pensionales que resulten.

Tal como lo señaló la juzgadora de primera instancia, el actor solicitó a la administradora el reconocimiento de su pensión bajo la modalidad de retiro programado y, en esos términos, le fue reconocida por la entidad demandada. En consecuencia, siempre ha estado pensionado bajo dicha modalidad, regulada en el art. 81 de la Ley 100 de 1993, según lo probado con la documental visible en los f.ºs 121 a 122, 124, 126, 128 a 132. Por tanto, no proceden las pretensiones de carácter declarativo solicitadas. En ese orden, tampoco prosperan las pretensiones consecuenciales, por estar supeditadas al éxito de las primeras.

Según el art. 281 del CGP, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que permite la ley,

verbigracia, la reforma de la demanda del art. 28 del CPTSS que no ocurrió en este caso respecto de la causa petendi.

Por tanto, al no prosperar las pretensiones declarativas, tampoco han de prosperar las pretensiones consecuenciales, por estar supeditadas a aquellas. Con mayor razón, si se tiene en cuenta lo señalado por la Sala, en sede de casación, en el sentido de que, bajo la condición prevista en el art. 81 de la Ley 100 de 1993 –esto es, contar en la cuenta de ahorro individual con el capital necesario para financiar una renta vitalicia equivalente al salario mínimo legal mensual vigente– y siempre que dicho capital lo permita, el pensionado tendrá derecho a los incrementos anuales de su mesada pensional, conforme a lo dispuesto en el art. 14 ibidem, dentro de la modalidad de retiro programado.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, aunque por las razones acabadas de exponer.

Las costas de segunda instancia estarán a cargo de la parte actora.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 23 de abril de 2018, en el proceso que **FABIO HURTADO** instauró contra la **SOCIEDAD**

**ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En sede de instancia, se confirma la sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali de 22 de julio de 2015 que absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO
OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR
Magistrado ponente

Radicación n.º 76001-31-05-003-2014-00862-01

**FABIO HURTADO Vs SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.**

Tal y como lo predije cuatro años atrás, la Sala tuvo que desandar sus pasos y, de paso, rectificar los criterios que quedaron plasmados en la sentencia CSJ SL3942-2021, pues el sentido de los preceptos que gobiernan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en especial, la modalidad de retiro programado o aquellas que existen en combinación con ésta se tornan diferentes a las propias del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

La exposición de motivos¹ que acompañó el proyecto, el cual luego del trámite legislativo se convirtió en la Ley 100 de 1993, dio cuenta de las características de un sistema pensional de capitalización individual con garantías estatales

¹ www.normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/xp_exm_l0100_93.htm.

que, en la ley, finalmente, se denominó Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS.

Dijo la exposición de motivos lo siguiente:

UN SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL CON GARANTÍAS ESTATALES.

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS. El Sistema de Ahorro Pensional propuesto como opción para todos los actuales afiliados y otros interesados, se caracteriza en primer lugar por el hecho que las pensiones se financian con el ahorro de las contribuciones hechas para el efecto por empleadores y trabajadores, en cuentas de propiedad individual de los afiliados, así como por los rendimientos logrados por la inversión financiera de los mismos. A ello se suman cotizaciones que sirven, de una parte, para comprar seguros destinados al pago de los aportes adicionales a los saldos, de las cuentas de ahorro que sean necesarios para financiar pensiones de invalidez y de sobrevivientes y otra, para el pago de comisiones de manejo a las administradoras.

Las cuentas de ahorro para pensiones se colocan en fondos que son de propiedad de los respectivos afiliados, y conforman patrimonios independientes de los de las administradoras. Estas cumplen ante todo la labor de manejo de las inversiones y por ello reciben comisiones, que en ningún caso pueden considerarse como participaciones en los rendimientos de los ahorros. Cuando los ahorros se hayan convertido en capital para pago de pensiones por parte de aseguradoras, configuran las reservas de los seguros correspondientes, que son también patrimonio colectivo de los beneficiarios, independiente del de las aseguradoras. En uno y otro caso, los rendimientos financieros son de los afiliados o pensionados.

Las pensiones de vejez resultantes de un sistema de esta naturaleza dependen en cada caso individual de las cotizaciones realizadas y de los rendimientos obtenidos por los ahorros respectivos. Por lo tanto, no se garantiza que serán iguales a cierta proporción de los salarios base de las cotizaciones, sino que dicha proporción será la resultante del capital que se haya acumulado. A mayor ahorro, y a mayor rendimiento, corresponderá una mayor pensión.

Las pensiones de invalidez y de sobrevivientes son garantizadas mediante seguros, a niveles correspondientes a proporciones dadas de los salarios sobre los cuales venía cotizando el afiliado o a la pensión que disfrutaba el pensionado causante.

La segunda característica fundamental del Sistema de Ahorro Pensional consiste en la libertad de escogencia de los afiliados respecto a los administradores de sus ahorros y pensiones, y de los pensionados para seleccionar la aseguradora que les pague sus rentas. Las administradoras competirán entre sí para lograr la mayor rentabilidad del manejo de los fondos a su cargo, para conseguir los mejores seguros, y para prestar los mejores servicios complementarios. A su vez, las aseguradoras competirán para otorgar las mejores pensiones respecto a los capitales aportados.

Tratándose del manejo de ahorros obligatorios, y para el fin social de protección contra riesgos de vejez, invalidez y muerte, dicha competencia y el manejo de las inversiones se sujetan a controles y límites gubernamentales que aseguren los fines propuestos, y la transparencia del sistema.

En tercer lugar, el sistema ofrece además opciones respecto a cotizaciones voluntarias, la edad de pensionamiento, al monto de las pensiones de vejez y a la modalidad bajo la cual se contratan las pensiones. El afiliado podrá obtener su pensión de vejez a partir del momento en el cual haya alcanzado a constituir un capital suficiente para una pensión del 110% del salario mínimo, pero si lo desea podrá continuar cotizando hasta cuando complete lo necesario para la pensión que desee, y mientras esté vigente la relación laboral el empleador estará obligado a hacer los aportes correspondientes hasta que el trabajador cumpla 65 años.

Por otra parte, al pensionarse, podrá disponer libremente del saldo que exceda el capital necesario para financiar una pensión de 110% del mínimo y del 70% del ingreso sobre el cual se liquida la pensión. Al contratar las pensiones se puede optar por modalidades que permiten escoger entre mayores niveles, en liquidez, y protección contra riesgos financieros y de en longevidad.

Adicionalmente a lo anterior, se permite que las administradoras y aseguradoras ofrezcan planes alternativos de capitalización y de pensiones a quienes hayan superado metas mínimas de capitalización, siempre que sean aceptados por la Superintendencia en Bancaria, que no restrinjan la movilidad y ofrezcan de la protección contra todos los riesgos. Con ello, se facilita la complementariedad con planes voluntarios de ahorro y de pensiones; y se generará una competencia por productos y no sólo por rentabilidades y servicios.

La cuarta característica básica del sistema lo constituye el conjunto de garantías estatales para *pensionales (sic)* mínimas, rentabilidad mínima, y para proteger que (sic) las cuentas de ahorros y asegurar el pago de las rentas en caso de incumplimiento de las administradoras y aseguradoras. Debido

al carácter público del sistema, los fondos deben obtener una rentabilidad mínima, sin perjuicio de que los resultados dependen de los comportamientos individuales de ahorradores y administradores, así como de los mercados de capitales y de seguros. Las administradoras deben completar con su patrimonio los faltantes para alcanzar la rentabilidad mínima, y el Estado es último garante de esta, obligación, como lo es respecto a los ahorros y rentas.

De otra parte, el Estado completará el capital necesario para que quien haya cotizado 1.500 semanas o más, obtenga a los 65 años una pensión de vejez igual al salario mínimo a la vigencia de la ley y actualizado luego según las variaciones del IPC, si no ha alcanzado el capital necesario para ello. Así mismo garantiza pensiones mínimas de invalidez y para sobrevivientes.

En quinto lugar cabe señalar que este Sistema de Ahorro Pensional es obligatorio respecto a todos los nuevos asalariados que ingresen a la fuerza laboral, en el sector público o en el sector privado. Con ello se busca reemplazar en el largo plazo el sistema vigente por el de ahorro pensional, por las razones ya citadas de inconveniencia del primero y las ventajas del segundo.

El sistema propuesto es por supuesto optativo para y todos los independientes ó personas naturales que lo acojan, pero también para todos los actuales afiliados al sistema vigente de pensiones, con excepción de los próximos a pensionarse que no quieran seguir hasta los sesenta y cinco años.

Los actuales afiliados al sistema vigente, y quienes lo hayan sido con anterioridad, tendrán un reconocimiento de sus aportes o tiempo servido, en forma de un bono pensional. Dicho bono contribuirá a elevar el capital ahorrado por el afiliado en el nuevo Sistema de Ahorro Pensional, hasta un nivel que le permita por lo menos una pensión como la que obtendría en el nuevo régimen pensional del ISS. Para ello, dicho bono será superior a las cotizaciones efectuadas por los afiliados ya que éstas han sido insuficientes para financiar una pensión o completamente inexistentes en el caso del sector público.

Por último, se unificarán los sistemas pensionales vigentes para el sector público y el sector privado.

[...]

Las garantías ofrecidas en la exposición de motivos en relación con el monto de la pensión siempre hicieron alusión a la *pensión mínima*, estableciendo ésta como equivalente al *salario mínimo*, con lo cual, uno de los presupuestos de

funcionamiento del sistema es, precisamente, que por regla general se obtendrá, al menos, la prestación mínima consagrada y que todo el andamiaje jurídico y financiero está orientado a que dicha garantía se cumpla.

Para no dejar lugar a dudas sobre el hecho de que la filosofía del sistema se fundaba en garantizar una pensión como «*piso*», equivalente al salario mínimo, al proceder a hacer la descripción del proyecto de ley y su articulado, la exposición de motivos indicó:

PENSIONES DE VEJEZ, INVALIDEZ Y DE SOBREVIVIENTES.

En relación con las características generales de las pensiones, el proyecto establece:

- Por regla general, las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, se financian con los recursos de las cuentas individuales de ahorro pensional de los afiliados, con los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con las sumas adicionales que para la conformación del capital necesario, deben cubrir las aseguradoras.

- El Estado, como anteriormente se anotó, aportará los recursos necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas. No obstante, cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal.

- A efectos de mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones, éstas se reajustarán anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el Dane.

Por otra parte, el monto de la pensión mínima legal será igual al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley, actualizado anualmente conforme a dicha variación,

- Los afiliados, al hacer efectiva su pensión, podrán elegir las modalidades de renta vitalicia, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida u otras autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

- Como complemento a las pensiones de sobrevivientes, el proyecto establece un auxilio funerario, para quien demuestre haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado.
- Así mismo, se prevé la posibilidad para los afiliados de acceder a planes alternativos de capitalización y de pensiones, que sean aprobados por la Superintendencia Bancaria.

Es evidente, como suele suceder con casi todos los proyectos de ley, que la versión final de éstos no necesariamente coincide con lo que inicialmente fue radicado con miras a surtir el trámite legislativo necesario y, para el caso que nos atañe, esta no fue la excepción.

No obstante, insisto, la filosofía de la garantía de pensión mínima, equivalente al salario mínimo se mantuvo, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso, como última alternativa, luego de ir agotando las diversas fuentes que el sistema contempla para el reconocimiento y pago de la prestación pensional.

Recuérdese, otro de los pilares del sistema consiste en que la prestación se reconoce, en primera medida, con los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual con todos sus componentes y si ello no resulta suficiente, entonces operan las respectivas garantías de la forma en que fueron concebidas.

El marco jurídico del RAIS se encuentra en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y su concepto, concretamente, se hallan en el inciso 2.º del artículo 59 que

dice: «Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados»

El artículo 60 de la Ley 100 de 1993 señala las características de este régimen y, sin apartarse de la filosofía plasmada en la exposición de motivos citada en precedencia, los literales a), b), g), i) y j) de este precepto recalcan la garantía que ofrece el sistema, ya en la forma de subsidio directo del Estado para el pago de *pensiones mínimas* o ejerciendo la regulación, inspección, vigilancia y control frente a los ahorros del afiliado y el pago de las prestaciones económicas a que éste tenga derecho.

No sobra advertir, una vez más, que el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 garantiza, en las condiciones allí anotadas, una *pensión mínima* de vejez, como se anunció también, en la mentada exposición de motivos del proyecto de ley, lo cual es reiterado en el artículo 68 al desarrollar el tema de la financiación de la pensión de vejez.

No quedaría completo el panorama normativo de orden legal sin reseñar que los artículos 79 a 82 de la Ley 100 de 1993 determinan las modalidades de pensión en el RAIS para vejez, invalidez y sobrevivientes: *i)* renta vitalicia inmediata (art. 80); *ii)* retiro programado (art. 81) y *iii)* retiro programado

con renta vitalicia diferida (art. 82). También incluye el literal d) del artículo 79, aquellas modalidades que autorice la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, cuales son: *iv)* renta temporal variable con renta vitalicia diferida, *v)* renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, *vi)* retiro programado sin negociación del bono pensional y *vii)* renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto.

Interesa al presente escrito la segunda modalidad, de retiro programado, en el cual la pensión se obtiene directamente de la administradora de pensiones, con cargo a los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y el bono pensional.

El Capítulo 4 del Título 5 del Decreto 1833 de 2016 contempla las reglas generales referidas a la financiación de las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual (art. 2.2.5.4.1)²; y el reconocimiento de la garantía de pensión mínima (art. 2.2.5.4.4)³.

En ese mismo orden, el Título 6 del Decreto 1833 de 2016 dispone lo pertinente sobre las modalidades de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fijando los aspectos generales en el Capítulo 1, la garantía de renta vitalicia en el Capítulo 2 y el retiro programado en el Capítulo 3:

² Decreto 1889 de 1994, artículo 4.º, modificado por el Decreto 832 de 1996, artículo 8.º

³ Decreto 832 de 1996, artículo 4º, modificado el Decreto 142 de 2006, artículo 1º.

Artículo 2.2.6.1.1. Pensiones en el régimen de ahorro individual. Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso.

El afiliado o los beneficiarios acogidos al retiro programado podrán siempre modificar esta opción por otra modalidad de pensión.

Para el cálculo del retiro programado se utilizarán las bases técnicas dictadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, para optar por una renta vitalicia inmediata o diferida deberán estar todos de acuerdo. Mientras no se haya ejercido la opción, los beneficiarios obtendrán la pensión por retiro programado.

Para el cálculo de la renta vitalicia inmediata y la diferida, la aseguradora tendrá en cuenta la información sobre los beneficiarios que repose en la administradora y en la que le suministren al momento de su contratación. Si con posterioridad se presentase un beneficiario con derecho a pensión de sobrevivientes, no considerado en el contrato de seguro de renta vitalicia, la aseguradora deberá recalcular la pensión para incluir a todos los beneficiarios con derecho, para lo cual se utilizará la reserva matemática disponible que mantenga la entidad aseguradora.

(Decreto 1889 de 1994, artículo 2º)

[...]

Artículo 2.2.6.3.1. Control de saldos en el pago de pensiones bajo la modalidad retiro programado. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad retiro programado deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción a lo previsto en el capítulo 2 del título 6 de la parte 2 del libro 2 del presente decreto, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el retiro programado, la aseguradora con la cual esta deberá contratar la renta vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad retiro programado, sin perjuicio de que su decisión

pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad de renta vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de renta vitalicia.

Parágrafo 1°. Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una renta vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resolución, y previa consulta con la Superintendencia Financiera de Colombia, fijará las fórmulas matemáticas a emplear por las AFP para establecer si un afiliado puede contratar un retiro programado de acuerdo con los parámetros empleados para calcular el saldo de pensión mínima que se describen en el artículo 2.2.5.5.1 del presente decreto. (Subrayas propias)

(Decreto 832 de 1996, artículo 12)

[...]

(Subrayas y cursivas propias)

El comportamiento de la mesada pensional involucra un elemento particular en el Régimen de Ahorro Individual que es la asunción o cesión de los riesgos financieros de longevidad, el índice de deslizamiento, entre otros. Para la modalidad de retiro programado el pensionado asume dichos

riesgos financieros y de longevidad; en tanto que en la modalidad de renta vitalicia dichos riesgos son cedidos a una compañía de seguros.

Retomo, en el retiro programado, la pensión se obtiene de la administradora contra las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros que de forma permanente se capitalizan y el bono pensional, lo que implica que cada año se efectúe el recálculo respectivo como lo ordena la ley (art. 81, Ley 100 de 1993).

Significa lo anterior que, en este último régimen pensional, si bien existen las garantías de rentabilidad y pensión mínimas, también se presenta cierto nivel de incertidumbre respecto del monto y comportamiento de la mesada pensional en el tiempo, teniendo mayor nivel de certeza la renta vitalicia (por que se ha cedido el riesgo) y menor el retiro programado (porque el afiliado se asume el riesgo).

Téngase presente, además, que no se discute el reajuste periódico de las pensiones ordenado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y que la Corte ha entendido que opera tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual con Solidaridad (CSJ SL2692-2020; CSJ SL2935-2020 y CSJ SL3106-2020), sino que debe tenerse en cuenta el efecto sobre el saldo de la cuenta de ahorro individual pudiera tener dicho reajuste y las consecuencias que ello conllevaría cuando se quiere cambiar a la modalidad de renta vitalicia.

Si bien el artículo 53 de la CP impone un deber del reajuste periódico de las pensiones legales, la hermenéutica no lleva a que el reajuste debe realizarse con un indicador de precios, o que deba realizarse al mismo ritmo de variación de los precios. Así, no se encuentra realmente consagrado, de manera expresa, un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, salvo lo consagrado en el artículo 57 de la ley 1328 de 2009, que aplica para pensiones de garantía mínima:

Artículo 57. Garantía para mantener el poder adquisitivo constante de los aportes efectuados a los Fondos de Pensiones. Sin perjuicio de las garantías previstas en los artículos 99 y 109 de la Ley 100 de 1993, y en desarrollo de lo previsto por el artículo 48 de la Constitución Política, la Nación garantizará a los afiliados a los fondos de pensiones obligatorias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, un rendimiento acumulado equivalente a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE, de manera que la rentabilidad real de los aportes, calculada al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, nunca sea negativa.

Para estos efectos, cuando un afiliado solicite el reconocimiento de la pensión de vejez, la sociedad administradora a la cual se encuentre vinculado calculará el valor de todos los aportes realizados, ajustando cada uno de ellos de conformidad con la variación del IPC que corresponda desde la fecha de cada aporte hasta la fecha de reconocimiento de la pensión y comparará dicho resultado con el saldo acreditado en su cuenta individual sin incluir en esta el valor del bono pensional, si hubiere lugar a este. En caso de que el saldo de la respectiva cuenta individual sea inferior al valor de los aportes ajustados por IPC, la Nación, a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, procederá a cubrir dicha diferencia, en la oportunidad y forma que determine el Gobierno Nacional.

Esta garantía sólo será aplicable cuando el afiliado que solicite su pensión haya cumplido la edad prevista en la ley para tener acceso a la garantía de pensión mínima de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Parágrafo. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras establecerá, con base en criterios técnicos de proporcionalidad

respecto del riesgo asumido, el valor que por concepto de primas cobrará para el cubrimiento de la garantía de que trata el presente artículo. El costo de la prima de la garantía de poder adquisitivo constante podrá asumirse con cargo a los recursos Fondo de Garantía de Pensión Mínima o al Presupuesto General de la Nación, según determine el Gobierno Nacional.

Si los recursos destinados a pensión deben mantener su capacidad adquisitiva, las pensiones se financian con cargo a esos recursos, luego, las pensiones deben mantener el poder adquisitivo constante.

Debe agregarse que cuando el saldo de la cuenta de ahorro individual es apenas suficiente para financiar una pensión mínima, el afiliado, por regla general, no puede optar por la modalidad de retiro programado, de suerte que, si el demandante se encontraba en esta última modalidad es porque el saldo puede cumplir el presupuesto del art 64 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 establece que cuando el saldo de la cuenta conduzca a una pensión inferior a la mínima y el afiliado no tenga acceso a la garantía de pensión mínima, no hay lugar al retiro programado.

Ahora bien, el pensionado puede mantenerse en el retiro programado mientras el saldo de la cuenta sea suficiente para financiar la pensión de vejez y de sobrevivientes en la modalidad de renta vitalicia, y dicho ejercicio implica la permanente comparación entre el Saldo de Pensión Mínima -SPM y el saldo en la cuenta.

Como el SPM corresponde a la pensión mínima más un 5% aproximadamente, ese margen de valor y tiempo permite prever la contratación de la renta vitalicia, ante la reducción del saldo de la cuenta de ahorro a niveles de carencia de capital para financiar la pensión mínima

El Decreto 832 de 1996 prevé que la Administradora debe informar al pensionado, con no menos de cinco (5) días de antelación a la compra de la renta vitalicia, sobre la necesidad de trasladarlo a la modalidad de renta vitalicia y la obligación de la Administradora, entonces, es contratar la póliza de renta vitalicia con la última aseguradora informada por el afiliado.

Si ello no ocurriere, es decir, la Administradora no tomó medidas oportunas para evitar la descapitalización, le corresponde a dicha Administradora pagar el valor faltante para que se pueda adquirir la póliza de renta vitalicia, y a las sanciones e indemnizaciones correspondientes.

Ahora bien, en la modalidad de retiro programado lo lógico es que a medida que el pensionado haga efectivo el pago de las mesadas pensionales contra el saldo de sus ahorros que la financian (incluida la suma adicional a cargo de la aseguradora que fue depositado en la cuenta), según lo programado, el capital disminuye, lo cual tiene previsión en la ley, que como medida de salvaguardia ha establecido que dicho saldo debe ser monitoreado para que, en todo caso, su monto permita contratar una renta vitalicia, que por lo menos cubra una pensión mínima.

Esta no es una solución que contraría la Constitución, porque, como ya se mencionó, la Corte Constitucional no ha expresado que el Régimen de Ahorro Individual en sí mismo considerado, viole la Constitución y porque esa configuración propia de la modalidad de retiro programado es ínsita al sistema, pues responde al grado de incertidumbre propio de absorber o asumir los riesgos tanto financiero como de longevidad por parte del pensionado. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en sentencia CC T-020-2011:

En efecto, las previsiones del artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y de las disposiciones reglamentarias que regulan la modalidad de retiro programado, prevén un cálculo cada año, a partir del capital existente en la cuenta de ahorro individual, de una anualidad la cual a su vez es dividida en doceavas partes, cada una de las cuales corresponde a una mesada pensional. Pero dado a que el monto de la cuenta de ahorro individual puede resultar afectado de un año a otro (porque depende de las variaciones en el valor de las inversiones, que a su vez pueden resultar afectadas por los contingencias de las tasas de interés, la tasa de cambio y los cambios en los precios del mercado accionario) y a que sobre las AFP pesan especiales deberes dirigidos a evitar que las cuentas de sus afiliados se descapitalicen, la Administradora en principio podrá decidir congelar o incluso reducir la mesada para evitar que esta última eventualidad tenga lugar. Pues de aplicarse el mandato legal que exige el reajuste anual por valor del IPC, incluso en los años en los cuales la cuenta de ahorro individual tuvo rendimientos negativos, podría afectarse el saldo final de la cuenta y se pondría en riesgo el pago de mesadas futuras.

...

'La única manera de conciliar, entonces, la normativa que regula el régimen de ahorro individual, especialmente el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones reglamentarias que regulan la materia, con los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales el artículo es mediante la interpretación conforme, es decir, armonizando la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto, las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de retiro programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente

según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

'Ahora bien, esta interpretación conforme tiene claras implicaciones que no pasan inadvertidas a esta Sala de revisión, porque precisamente puede conducir a que la cuenta de ahorro individual del pensionado se descapitalice y en definitiva ocurra el evento previsto por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, es decir, que la Administradora deba contratar una póliza de renta vitalicia. Este riesgo precisamente encierra una terrible paradoja: que en virtud de los incrementos anuales la mesada pensional termine por reducirse a un salario mínimo mensual (monto mínimo de la pensión de renta vitalicia prevista por el inciso tercero del citado artículo), pero entiende esta Sala de revisión que este riesgo está implícito en la elección de la modalidad de retiro programado que hace el afiliado, quien debe tomar una decisión informada de las contingencias a las que está sujeta su elección y de los posibles riesgos a largo plazo que enfrenta.

'Esta información debe ser suministrada periódicamente al afiliado, al igual que sobre los saldos de su cuenta de ahorro individual, para que decida si permanece en el régimen de retiro programado o si prefiere trasladarse al régimen de renta vitalicia'.

De esta suerte, se insiste, lo que el sistema garantiza a través de diversos mecanismos, no es la llamada *pensión de referencia*, sino la *pensión mínima*, como expresión del principio de solidaridad dentro del Régimen de Ahorro Individual.

La verdad es que el retiro programado se creó con la pretensión de ser una especie de «*solución a la medida*», para que los pensionados puedan, por ejemplo, seleccionar una pensión más alta al principio del ciclo, según sus necesidades, la que paulatinamente va disminuyendo en la medida que se materializan los retiros de sus ahorros de la cuenta individual de forma programada (cálculo de la anualidad).

Lo que no es viable garantizar en el sistema es que el pensionado conserve *per se* la misma pensión inicial reajustada, mientras que paulatinamente disminuye el saldo de la cuenta individual que la financia, debido a los retiros programados que él mismo efectúa para obtener su prestación económica.

Así mismo, se asevera que en la modalidad de retiro programado si bien, el riesgo financiero lo asume el pensionado, ello no se traduce en que pueda haber un descenso abrupto de la pensión; tampoco encuentra plausible la providencia que exista un *«único y exclusivo límite en el salario mínimo legal, como lo propone la censura»* y agrega que *«A juicio de la Sala, esto desconoce la correspondencia mínima que debe existir entre lo cotizado o ahorrado y la pensión que cubrirá el riesgo respectivo; asimismo, que las pensiones, por mandato constitucional, deben ajustarse anualmente con el IPC»*.

En ese aspecto, es mi convicción, la modalidad de retiro programado garantiza que la pensión sea directamente proporcional a lo ahorrado por el afiliado y es lo que termina trazando la frontera con el Régimen de Prima Media cuyos fundamentos técnicos, jurídicos e ideológicos son sustancialmente diferentes.

Lo que ocurre es que se debe ser consciente de que en esta modalidad los recursos que financian la prestación pensional son *finitos* y sufren una merma periódica (mensual) constante que genera el riesgo de

descapitalización, cuyo remedio, ya se mencionó, consiste en que, al llegar a cierto punto debe activarse un mecanismo de defensa, consistente en que se contrate una renta vitalicia que garantice, al menos, una pensión mínima.

A lo anterior debo agregar que el límite inferior es el capital necesario para financiar una renta vitalicia equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, es decir, una pensión mínima, que está expresamente consagrada a lo largo de todo el texto del Decreto 832 de 1996 y, especialmente, en el último inciso del artículo 12:

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia. (Subrayas y cursivas propias)

Por tanto, el criterio expuesto en la sentencia termina sustituyendo el concepto de garantía de *pensión mínima* del Decreto 832 de 1996, por el de garantía de *pensión de referencia*, cuya elaboración doctrinal con la connotación que se le ha dado, es mi idea, carece de sustento legal.

Por contera, se impone allí a las administradoras la obligación de reconocer las sumas que hagan falta en relación con la *pensión de referencia*, no de la *pensión mínima* como correspondería, y a éstas se las deja expósitas frente a eventuales sanciones, las cuales considero serían

improcedentes por el carácter restrictivo que debe tener la interpretación en materia punitivo-administrativa.

La esencia de la modalidad de retiro programado quedaría modificada por vía jurisprudencial y, de paso, podría generarse un efecto de rebote inesperado sobre las otras modalidades consagradas en la ley (renta vitalicia inmediata y retiro programado con renta vitalicia diferida) y las autorizadas por la Superintendencia Financiera (renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto; renta temporal variable con renta vitalicia diferida; retiro programado sin negociación del bono pensional y retiro temporal variable con renta vitalicia inmediata), dado el comportamiento que pueden llegar a tener los mercados financiero y asegurador en el que se estaría introduciendo un contexto jurídico que genera incertidumbre.

Dejo así consignada mi aclaración de voto a la decisión adoptada en el presente asunto, no sin antes reiterar que la Sala debió explicitar que esta sentencia rectificaba el criterio expuesto en la Sentencia CSJ SL3942-2021, sobre la cual salvé mi voto y, vaticiné en su momento que al adoptar una fórmula de incremento pensional en el retiro programado conforme al IPC, conllevaba algunos efectos nocivos que podrían contribuir al desvertebramiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a borrar la fronteras nítidas que hasta ahora existen entre éste y el de Prima Media con Prestación Definida, pues, con lo razonado terminan asemejándose, en desmedro del sistema.

Fecha *ut supra*.