



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL2692-2020

Radicación n.º 75317

Acta 27

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación que **BBVA HORIZONTE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. – HOY PORVENIR S.A.** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 25 de mayo de 2016, en el proceso ordinario que **JOSÉ CARLOS MOLINA CABAL** adelanta contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declare que BBVA Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Porvenir S.A. tiene la obligación de incrementar anualmente su pensión de vejez, desde octubre de 2011 y en lo sucesivo, conforme la variación porcentual

del IPC certificado por el DANE. En consecuencia, se condene al pago de las diferencias causadas, los intereses moratorios desde el 1.º de julio de 2008, lo que se pruebe ultra o extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que se afilió a la AFP demandada el 1.º de agosto de 1997, entidad que le otorgó una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, a partir del 9 de noviembre de 2002, en cuantía inicial de \$5.111.068 y 14 mesadas anuales; que como consecuencia de los incrementos anuales equivalentes al IPC, el valor de su prestación para enero de 2008 ascendía a \$7.112.981; que el 28 de mayo de esa misma anualidad, la accionada le informó que a partir del siguiente mes de junio su pensión se reduciría a \$6.401.683, lo que afectó su mínimo vital; que la AFP no le brindó explicación alguna acerca de dicha disminución, pese a sus múltiples solicitudes en tal sentido; que durante los años 2009 y 2010 el valor de la mesada se congeló en la última suma reseñada, y que mediante comunicación de enero 2011, la entidad convocada a juicio le dio a conocer que el monto de su prestación decrecería a la suma de \$6.330.273.

Expuso que, debido a lo anterior, instauró acción de tutela contra BBVA Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Porvenir S.A., en la que alegó la vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, igualdad y seguridad social, acción de la cual conoció el Juez Veintidós Civil Municipal de Cali, quien en sentencia de 15 de julio de 2011 ordenó a la

demandada efectuar los reajustes pensionales según el IPC anual y a realizar, en lo sucesivo, los ajustes conforme dicha variación porcentual; que en cumplimiento de lo ordenado por el juez constitucional, la demandada le canceló la suma de \$57.570.876; que al conocer de la impugnación que propuso la AFP contra la citada providencia, el Juez Quinto Civil del Circuito de Cali la revocó por considerar que dicho conflicto debía tramitarse ante la justicia ordinaria; que por tal motivo, la AFP nuevamente redujo el valor de su pensión a \$6.330.273, y que en enero de 2012 la incrementó a \$6.566.391 (f.º 64 a 75).

Al dar respuesta a la demanda, BBVA Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Porvenir S.A. se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los supuestos fácticos que las soportan, admitió la data de afiliación del actor, el reconocimiento de la pensión de vejez en la fecha, modalidad y cuantía señaladas, el trámite de tutela y el pago que realizó en virtud de la orden impartida en primera instancia constitucional. Frente a los demás, adujo que no eran ciertos o no eran hechos.

En su defensa, expuso que el demandante eligió disfrutar de una pensión bajo la modalidad de retiro programado, regulada en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993; por tanto, descartó la posibilidad del pago de una mesada «*constante e incremental*», pues esta puede aumentar o disminuir según las variaciones en el saldo de la cuenta individual de ahorro que ella administra.

Recalcó que si el actor pretende una prestación en un monto determinado y que no se afecte por la variación que implica la naturaleza misma de la modalidad pensional citada, puede optar por modificar esta última a la denominada renta vitalicia.

Propuso las excepciones de prescripción, «*inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo*», pago, compensación, buena fe y la genérica (f.º 809 a 101).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de providencia de 1.º de julio de 2014, el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Cali decidió (f.º 192 y cd. 2):

PRIMERO: CONDENAR a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al reajuste de las mesadas pensionales a favor del demandante desde el 2008 hasta el 2014 (...).

SEGUNDO: CONDENAR a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al pago de las diferencias de las mesadas por valor de \$67.558.317,77, a favor del señor JOSÉ CARLOS MOLINA CABAL por los periodos desde octubre de 2011 hasta la mesada de junio y adicional de 2014, de acuerdo a la liquidación anexa a la presente sentencia y acta.

TERCERO: ORDENAR al (sic) BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que siga reajustando la mesada del señor JOSÉ CARLOS MOLINA CABAL conforme al índice de precios al consumidor expedido por el DANE o mayor si el rendimiento financiero lo permite.

CUARTO: NEGAR las restantes pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada (...).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que propuso la parte accionada contra la decisión de primera instancia, a través del fallo recurrido en casación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la adicionó en el sentido de autorizar a la AFP a descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional a cancelar al actor, la confirmó en todo lo demás e impuso costas parciales a la entidad recurrente.

Para tal decisión, estableció que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si es procedente el reajuste anual, conforme al IPC, de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado y, de ser viable, si hay lugar a ordenar los descuentos por aportes a salud.

Así, luego de reproducir los artículos 79 de la Ley 100 de 1993, 5.º del Decreto 692 de 1994 y 12 del Decreto 832 de 1996, concluyó que en el régimen de ahorro individual –retiro programado– el valor de la mesada pensional puede aumentar o disminuir en tanto este depende del saldo de la cuenta individual de ahorro *«y de otros factores como la rentabilidad de los ahorros»*, y que dichas disposiciones se contraponen a los mandatos contenidos en los artículos 48 y 53 Superiores relativos al pago oportuno y reajuste periódico de las mesadas pensionales, así como a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que impone que las pensiones otorgadas en cualquiera de los

dos regímenes –RAIS y RPM– deben *«mantener su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior»*.

Resaltó que la Corte Constitucional analizó tal contraposición en sentencias T-1052-2008 y T-020-2011 –que transcribe en parte–, en las que dispuso que el derecho a la actualización de la mesada debe ser reconocido a todas las categorías de pensiones, porque un trato diferenciado carece de justificación, *«se convierte en (...) discriminatorio»* y conduce a la violación del derecho fundamental al mínimo vital, en la medida que la actualización anual *«corrige la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantiene el poder adquisitivo de esta prestación económica»*.

Indicó que, igualmente, en dichas providencias, la Corte Constitucional precisó que el reajuste periódico de las pensiones puede conducir a que la cuenta de ahorro individual del pensionado se descapitalice, caso en el cual la AFP deberá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996; eso es, contratar una póliza de renta vitalicia, y que como quiera que tal riesgo está implícito en la modalidad pensional de retiro programado, a dichas entidades les corresponde *«informar periódicamente al afiliado de las contingencias a la que está expuesto y los saldos de su cuenta de ahorro individual, para que decida si permanece en esa modalidad o si se traslada a renta vitalicia»*.

En ese sentido, estimó que no le asiste razón al apelante al afirmar que el *a quo* debió indicarle al demandante que eligiera otra modalidad de pensión, pues tal determinación está exclusivamente en cabeza del afiliado, y que lo resuelto tampoco afecta el equilibrio financiero del sistema como quiera que la prestación proviene del dinero del asegurado, quien asume el riesgo de la descapitalización de su cuenta individual de ahorro.

Finalmente, realizó las operaciones de rigor a fin de verificar el incremento anual de la pensión del actor conforme al IPC, y afirmó que le asiste razón a la entidad apelante en lo que a la autorización de descuentos por aportes al sistema de seguridad social en salud refiere.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso BBVA Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Porvenir S.A. lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte «*case totalmente*» la sentencia impugnada, para que una vez constituida en sede de instancia, revoque la decisión que profirió el *a quo* y, en su lugar, la absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Con tal propósito, por la causal primera de casación formula un cargo, que fue objeto de réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de infringir por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, artículos 79 y 81 de la Ley 100 de 1993, que lo condujo a aplicar indebidamente los artículos 14 Ley 100 de 1993, 48 y 53 de la Constitución Política».

El recurrente señala que dada la orientación del cargo no discute los supuestos fácticos que dio por establecidos el Tribunal, en especial, que el demandante se encuentra afiliado al «Fondo de Pensiones administrado hoy por PORVENIR Pensiones y Cesantías S.A.»; que le fue reconocida pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde noviembre de 2002; que a partir de junio de 2008 la prestación fue reajustada «con base en la rentabilidad del fondo de pensiones», y que el actor reclamó que el incremento de su mesada fue por debajo del IPC.

En tal sentido, afirma que lo que cuestiona en un plano estrictamente jurídico, es que el Tribunal pese a los hechos que encontró acreditados y a que no desconoció las características de la modalidad pensional denominada «retiro programado», confirmara la decisión de primer grado.

Así, luego de rememorar los argumentos expuestos por el *ad quem* en el fallo recurrido, alude al contenido del

artículo 79 de la Ley 100 de 1993, relativo a que el afiliado tiene libertad de escoger cualquiera de las modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual, y precisa que, en ejercicio de tal facultad, el actor optó por la de retiro programado, regulada en el artículo 81 *ibidem* –que reproduce–, cuyas características principales describe en los siguientes términos:

- 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 una 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.*

A continuación, reproduce apartes de la sentencia CC-841-2003, para señalar que dicha providencia clarifica cómo opera el reajuste anual en la modalidad de retiro programado, sin que en parte alguna aluda a un incremento con fundamento en el IPC, precisamente «*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 Ad quem*».

Señala que el Tribunal se equivocó al fundamentar su decisión en la sentencia CC387-1994, en la medida que dicha providencia se ocupa del incremento de las pensiones de salario mínimo, que no corresponde al asunto debatido.

Refiere también que la interpretación sistemática de las normas sustantivas del sistema general de pensiones precisa de una revisión constructiva y, en esa dirección, se ocupa de recordar las diferencias existentes entre el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, para concluir que *«mezclar condiciones y requisitos de uno y otro régimen que son excluyentes, para beneficiarse de lo dispuesto en el RPM, es pretender un pensionado bajo la modalidad de retiro programado lo mejor de dos mundos: disfrutar de una modalidad de pago donde (...) forma parte de su haber patrimonial, pero exigir el cumplimiento de reglas que le son extrañas para el incremento anual, como la aplicación del IPC anual»*.

Insiste en que las características de cada régimen están previstas en la ley, y que aquellas relativas al retiro programado son claras en *«advertir sobre la disminución o aumento de la mesada»*, de ahí que el pensionado no adquiera el derecho a una prestación fija -sin perjuicio de la rentabilidad mínima-, a diferencia de lo que ocurre con la modalidad de renta vitalicia en la cual *«está asegurada una mesada pensional fija sujeta al incremento anual del IPC»*.

Resalta que lo anterior significa que los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 48 de la Constitución Política únicamente pueden ser aplicados armónicamente a esta modalidad de pago, *«teniendo en cuenta el afiliado que bajo modalidad de retiro programado solo proceden los reajustes anuales del recálculo anual con base en la rentabilidad que puede ser mayor o menor al IPC»* y, en tal sentido, carece de sustento la pretensión del demandante relativa a que su prestación debe reajustarse anualmente con el IPC, *«poniendo en peligro el saldo en cuenta del afiliado, puesto que puede terminar disminuyendo a un monto tal que asegure solamente una pensión mínima»*.

Aduce que, en ese orden de ideas, la prohibición de congelar o disminuir las pensiones contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005 debe ser interpretada armónicamente con la normativa que rige la modalidad pensional que, libremente, seleccionó el afiliado -y no fue impuesta de manera arbitraria por la AFP-.

En virtud de lo anterior, considera que no es posible hablar de trato diferenciado o discriminatorio frente al demandante, en la medida que su prestación es superior al salario mínimo y tiene la expectativa de dejar en cabeza de sus herederos un saldo patrimonial en caso de no existir beneficiario alguno.

Finalmente, destaca que la modalidad de pensión escogida por el actor *«es revocable en la medida en que el pensionado o el beneficiario, en cualquier momento, decida*

cambiar a cualquier otra (...). En consecuencia, si el demandante desea que se le incremente en adelante su pensión con base en el IPC anual, debe optar por revocar su decisión y solicitar la modalidad de pago de renta vitalicia».

VII. RÉPLICA

El opositor arguye que la demanda de casación contiene un defecto de técnica que impide su estudio de fondo, consistente en que las normas cuya infracción se acusa no son las únicas consideradas por el Tribunal para fundamentar su decisión y, en consecuencia, no cumplió su «deber procesal» de realizar «el más activo ejercicio de la dialéctica», pues omitió referirse a la totalidad de las disposiciones que sustentaron la sentencia impugnada.

En lo que al fondo del asunto concierne, considera que el Tribunal no erró en la interpretación de los artículos 79 y 81 de la Ley 100 de 1993, «pues, sin haber incurrido en error hermenéutico alguno, entendió que entre las modalidades que pueden adoptar las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, se cuenta la que el legislador denominó "retiro programado", modalidad de pensión en la cual el afiliado obtiene que "con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar" la correspondiente sociedad administradora le reconozca tal pensión».

Luego, con fundamento en los artículos 48 y 53 Superiores y 14 de la Ley 100 de 1993, concluye que en

cualquiera de los dos regímenes pensionales las mesadas deben reajustarse anualmente, de oficio, según la variación del IPC certificado por el DANE, máxime cuando la última disposición citada hace parte de del Libro Primero de la ley de seguridad social, que trata del sistema general de pensiones, Título I, sobre disposiciones generales; por tanto, es una norma general que debe ser aplicada tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad.

VIII. CONSIDERACIONES

En cuanto a la observación formal del opositor dirigida contra el cargo, vale recordar que para que una proposición jurídica esté válidamente estructurada, es suficiente con que el recurrente individualice al menos una norma sustancial de alcance nacional, relevante para definir el conflicto. En este asunto, el impugnante denunció la interpretación errónea de los artículos 79 y 81 de la Ley 100 de 1993 que, en su sentir, condujo al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 14 *ibidem*, 48 y 53 de la Constitución Política, reproche con el cual dio cumplimiento al requisito formal de evocar un precepto sustancial importante para resolver la cuestión.

Pues bien, dada la orientación del cargo, no se discute en el proceso que: (i) el actor se afilió a la AFP demandada el 1.º de agosto de 1997, (ii) dicha entidad le otorgó una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, a

partir del 9 de noviembre de 2002, en cuantía inicial de \$5.111.068 y 14 mesadas anuales.

Por tanto, la Corte debe dilucidar los problemas jurídicos que propone la censura, así: (i) ¿el Tribunal incurrió en un desatino al establecer que el demandante tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez, conforme lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior?, y (ii) ¿en caso de que el actor insista en obtener el incremento anual conforme el IPC certificado por el DANE, debe optar por la modalidad de renta vitalicia, so pena de que su cuenta individual de ahorro se descapitalice?

En el mismo orden la Sala resolverá tales asuntos.

1. El reajuste periódico de las pensiones

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es, a su vez, un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de toda la población.

Por su parte, en el inciso final del artículo 53 *ibidem* consagra que el Estado tiene el deber de garantizar el pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, esto es, de aquellas otorgadas conforme a los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano;

mandato constitucional que desarrolló el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Asimismo, el artículo 64 *ibidem* establece:

Artículo 64. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (...).

Conforme lo anterior, todos los pensionados, sin importar el régimen del sistema general de pensiones en el cual obtuvieron su prestación, tienen derecho a mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, de modo que deben incrementarse anualmente al inicio de cada año, conforme a la «*variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior*».

Dicha garantía, por demás, está articulada con lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 1.º del Acto Legislativo

01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Carta Fundamental, precepto que consagra que «*sin 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*».

Y la jurisprudencia constitucional (C-837-1994, SU-120-2003, T-906-2005, C-110-2006, C-630-2006, T-1052-2008 y T-020-2011) y de esta Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL, 28 en. 2008, rad. 31936, CSJ SL, 2 mar. 2010, rad. 36523, CSJ SL, 19 oct. 2011, rad. 41105, CSJ SL6489-2015 y CSJ SL4337-2019) ha observado tal mandado constitucional y legal.

Así las cosas, en este punto, no le asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las mesadas pensionales superiores al salario mínimo, no tienen que ser reajustadas en la misma proporción de la pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda.

En síntesis, no incurrió el *ad quem* en el error que se le endilga, toda vez que, con acierto, estableció que sin importar el régimen al cual se encuentre vinculado el pensionado y la modalidad de prestación, el valor de la mesada debe incrementarse anualmente con base en lo indicado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

2. El incremento de la prestación de vejez en la modalidad de retiro programado y la eventual descapitalización de la cuenta de ahorro individual

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se adoptó en el país un sistema de seguridad social que permitió a los particulares la prestación de dicho servicio público bajo la regulación, control y coordinación del Estado, el cual antes lo asumía solo entidades estatales.

En el sistema general de pensiones, ello implicó la creación de dos regímenes excluyentes que, si bien se rigen por principios y algunas disposiciones comunes, tienen regulación diferente respecto de las condiciones de acceso, permanencia y beneficios: de un lado, el régimen de prima media con prestación definida que administra la entidad pública Colpensiones y, por el otro, el esquema de ahorro individual con solidaridad –RAIS, a cargo de administradoras privadas de pensiones.

El primer esquema se caracteriza porque: (i) se funda en la solidaridad y establece un sistema de reparto o de apalancamiento generacional, pues las cotizaciones de los empleadores y de los trabajadores constituyen un fondo de naturaleza común; (ii) sus beneficios están definidos en la ley, así como los requisitos para su reconocimiento –edad y semanas de cotización-; (iii) el valor de la mesada es proporcional al ingreso promedio aportado de los últimos diez años, o de toda la vida laboral en algunos casos; (iv)

garantiza el pago de la pensión de vejez durante los años de vida del afiliado -años de disfrute- con extensión del beneficio a los miembros de su grupo familiar, y (v) el Estado asume todos los riesgos derivados de los cambios en los parámetros para el cálculo de la prestación, así como los derivados del ciclo económico.

En relación con el RAIS (artículos 59, 62 y 63 *ibidem*), está a cargo de administradoras de pensiones privadas que, entre otras, tienen las siguientes obligaciones (artículos 60 y 63 *ibidem*): (i) ofrecer diferentes «fondos de pensiones», en los que debe invertir los recursos de las cuentas de ahorro individuales, cuyas condiciones y características determina el Gobierno Nacional en atención a las edades y los perfiles de riesgo de los afiliados; (ii) garantizar una rentabilidad mínima; (iii) informar a los afiliados sus derechos y obligaciones, de manera que puedan tomar decisiones informadas, y (iv) enviar a sus afiliados, al menos cada tres meses, un extracto que dé cuenta de las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos.

En el RAIS no existen beneficios predefinidos, pues se trata de un sistema de capitalización individual, en el que el valor de la prestación de vejez depende de las sumas acumuladas en la cuenta de ahorro individual del afiliado, las cuales provienen de sus cotizaciones -obligatorias y voluntarias-, de las de sus empleadores, del bono pensional y de los subsidios del Estado si a ello hay lugar, así como del rendimiento de los saldos en el mercado financiero.

En este modelo, para el cálculo del beneficio pensional existen variables determinantes como el sexo y factores demográficos que establecen los años de disfrute de la prestación, y se mide contra la esperanza de vida del afiliado y de su grupo familiar al momento de comenzar a percibirlo. Igualmente, la pensión de vejez se reconoce cuando el afiliado reúne el capital necesario para financiarla, en los términos del aludido artículo 64, sin que sea necesario cumplir con otro requisito; cuando el afiliado no reúne tal suma, pero acredita cierta edad -57 mujeres o 62 hombres- y un número mínimo de semanas cotizadas -1.150-, tiene derecho a la garantía de pensión mínima.

Ahora, en el régimen de ahorro individual, de manera general, la Ley 100 de 1993 contempla las siguientes modalidades pensionales (artículos 79, 80, 81 y 82 *ibidem*): renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.

En la primera, el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con una aseguradora el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento, o por el tiempo legalmente establecido a favor de sus beneficiarios; en la segunda, el pago de la prestación lo efectúa la administradora de pensiones con cargo a la cuenta de ahorro individual del afiliado, de modo que de dicho saldo se hacen retiros periódicos para el pago de las mesadas y, en la última, se acuerda el pago de una pensión bajo la modalidad de retiro programado por un tiempo determinado y, posteriormente, con una aseguradora, una renta mensual

vitalicia, si el pensionado y sus beneficiarios continúan vivos. Las rentas perpetuas no pueden ser inferiores al valor de la pensión mínima vigente del momento en que se contrata.

Por otra parte, retomando la explicación de la modalidad de retiro programado, el valor de la mesada mensual se calcula cada año y equivale a la doceava parte de una anualidad, la cual se establece al dividir el saldo de la cuenta de ahorro por el capital necesario para financiar una renta vitalicia para el pensionado y sus beneficiarios. Cuando un afiliado esté percibiendo una prestación de este tipo, el saldo de su cuenta no puede ser inferior al capital que se requiere para financiar una renta permanente de un salario mínimo legal mensual vigente.

Ello explica por qué cuando el afiliado escoge la modalidad de retiro programado, la ley impuso a las administradoras de pensiones la obligación de realizar controles de saldos de manera permanente respecto de las cuentas de ahorro individual, conforme al artículo 12 del Decreto 832 de 1996. Dicho precepto establece:

Artículo 12. Control de saldos en el pago de pensiones bajo la modalidad de 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 (...).

De acuerdo con lo anterior, las administradoras de pensiones no solo deben ejercer un «control permanente» sobre los saldos de las cuentas de ahorro individual de los pensionados que opten por la modalidad de retiro programado, pues también tienen la obligación de tomar «medidas» eficaces y oportunas para evitar su descapitalización. No obstante, la posibilidad de que aquellas pueden adoptarse incluso hasta que la cuenta permita «financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente» puede

generarle un perjuicio al pensionado, toda vez que en tal escenario su capital habrá disminuido considerablemente, circunstancia que, además, dificulta la contratación de una renta vitalicia con una aseguradora.

Lo ideal sería que las AFP lleven a cabo acciones desde el momento en que advierta una eventual descapitalización de la cuenta individual del pensionado, a fin de evitar que el valor de la prestación se disminuya a tal punto que llegue a esa suma mínima.

Por ello, a juicio de la Corte, 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.

Y es que no le bastaba al *ad quem* afirmar que su decisión no afecta el equilibrio financiero del sistema porque el riesgo lo asume el pensionado a costa del agotamiento de los recursos disponibles en su cuenta individual de ahorro, 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.

Así las cosas, el Tribunal incurrió en el yerro que se le endilga.

En el anterior contexto y sin necesidad de consideraciones adicionales, el cargo prospera.

Previo a proferir la decisión de instancia y, para mejor proveer, se ordenará que por Secretaría se oficie a BBVA Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Porvenir S.A., a fin de que en el término de 1 mes: (i) informe el valor inicial de la cuenta de ahorro individual al momento del reconocimiento de la prestación de vejez al accionante, así como sus saldos año a año y el valor de la prestación anual, desde dicha fecha hasta la actualidad; (ii) indique en qué momentos identificó una eventual descapitalización de la cuenta de ahorro del pensionado, a qué obedeció esa situación y qué medidas tomó para contrarrestarla; (iii) señale los saldos actuales de la cuenta de ahorro individual de Molina Cabal y su proyección a futuro con base en la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios, y (iv) explique en detalle si ese valor permite a la fecha o no el otorgamiento de una renta vitalicia y a qué cuantía ascendería, para lo cual deberá hacer las cotizaciones pertinentes en mínimo tres compañías aseguradoras, conforme a la regulación vigente.

Asimismo, se oficiará al demandante a fin de que

informe, en el mismo término (1 mes), si en la actualidad presenta cambio de beneficiarios y, en caso afirmativo, las fechas de su nacimiento.

Una vez se reciba la anterior información, la Secretaría lo pondrá a disposición de las partes por el término de 10 días a partir de la fecha de su recibo. Cumplido lo anterior, pasará el expediente al Despacho.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 25 de mayo de 2016, en el proceso ordinario que **JOSÉ CARLOS MOLINA CABAL** adelanta contra **BBVA HORIZONTE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. – HOY PORVENIR S.A.**

Antes de proferir la decisión de instancia y, para mejor proveer, se ordena que por Secretaría se oficie a BBVA Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – Hoy Porvenir S.A., a fin de que en el término de 1 mes: (i) informe el valor inicial de la cuenta de ahorro individual al momento del reconocimiento de la

prestación de vejez al accionante, así como sus saldos año a año y el valor de la prestación anual, desde dicha fecha hasta la actualidad; (ii) indique en qué momentos identificó una eventual descapitalización de la cuenta de ahorro del pensionado, a qué obedeció esa situación y qué medidas tomó para contrarrestarla; (iii) señale los saldos actuales de la cuenta de ahorro individual de Molina Cabal su proyección a futuro con base en la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios, y (iv) explique en detalle si ese valor permite a la fecha o no el otorgamiento de una renta vitalicia y a qué cuantía ascendería, para lo cual deberá hacer las cotizaciones pertinentes en mínimo tres compañías aseguradoras, conforme a la regulación vigente.

Asimismo, por Secretaría ofíciase al demandante a fin de que, en el mismo término de 1 mes, informe si en la actualidad presenta cambio de beneficiarios y, en caso afirmativo, las fechas de su nacimiento.

Una vez se reciba la anterior información, la Secretaría lo pondrá a disposición de las partes por el término de 10 días a partir de la fecha de su recibo. Cumplido lo anterior, pasará el expediente al Despacho.

Sin costas en casación.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

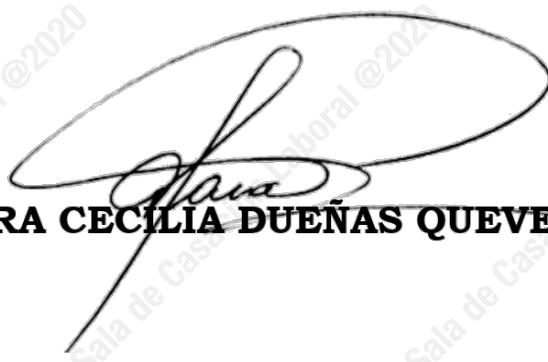
Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA

IMPEDIDO

FERNANDO CASTILLO CADENA



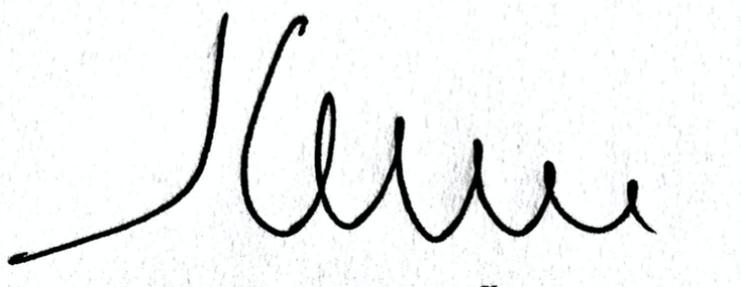
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN

Sala de Casación Laboral