

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS HUMBERTO GARCÍA PABÓN CONTRA PORVENIR S.A. Radicación No. 25899-31-05-002-**2021-00037-02**

Bogotá D. C. tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra Porvenir S.A. para que se declare que esta omitió realizar y aplicar el incremento sobre su mesada pensional conforme al IPC; como consecuencia, solicita se condene al pago de \$290.272.764 por concepto de *"incremento según el IPC para cada año, desde el 01 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2020"*, intereses moratorios o, en su defecto, la indexación y las costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que la demandada le reconoció la pensión de vejez el 22 de noviembre del año 2000, y que a partir de diciembre de ese año empezó a recibir mesadas pensionales en los siguientes montos: \$3.400.000 para el año 2000, \$3.697.500 para el año 2001, \$4.078.763 para el año 2002, \$4.331.772 para el año 2003, \$4.612.904 para el año 2004, \$4.866.614 para el año 2005, \$5.102.045 para el año 2006, \$5.331.243 para el año 2007, \$5.634.591 para los años 2008,

2009 y 2010, \$5.597.203 para el año 2011, \$5.255.262 para el año 2012, \$5.219.922 para el año 2013, \$4.723.125 para el año 2014, \$4.895.991 para el año 2015, \$5.227.450 para el año 2016, \$5.501.190 para el año 2017, \$5.687.278 para los años 2018 y 2019, y \$5.903.395 para el año 2020; finalmente, explica que *"La demandada omitió realizar el reajuste pensional (incremento) para el año comprendido entre el 01 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2020, conforme al incremento del IPC anual"*; que *"en varias oportunidades requirió a la demandada para que realizara los correspondientes ajustes e incrementos, sin que hubiere respuesta por parte de esta"*, y si bien presentó una acción de tutela, la misma fue negada.

3. La demanda se presentó el 3 de marzo de 2021 ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá (pág. 34 PDF 01); no obstante, con auto del 24 de ese mes y año se dispuso su envío al Juzgado Segundo Laboral de ese municipio, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA20-11650 de 2020 y PCSJA20-11686 del Consejo Superior de la Judicatura (PDF 03), despacho judicial que avocó conocimiento el 12 de abril siguiente (PDF 04) y mediante auto de fecha 12 de mayo de 2022 admitió la demanda (PDF 05).
4. La AFP demandada se notificó mediante correo electrónico de fecha 19 de mayo de 2021 (PDF 06), dando contestación el 2 de junio de ese año.
5. En su contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento pensional y el monto de las mesadas que le fueron reconocidas al actor; respecto a los demás hechos, manifestó que en la modalidad de retiro programado el pensionado no adquiere el derecho a una renta fija mensual, por lo que el monto de la mesada depende *"del saldo de la cuenta de ahorro individual y del capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios"*, lo que implica que el afiliado *"asume los riesgos de extra longevidad y variaciones del mercado público de valores donde se transan los activos del fondo, los cuales incidirán favorable o desfavorablemente en el monto de la mesada pensional; pero a cambio cuenta con otros beneficios tales como acceder a mesadas más altas cuando los índices de rentabilidad sean favorables, y la opción que los saldos de su cuenta de ahorro individual formen parte de la masa sucesoral en caso de no existir beneficiarios de la pensión de sobrevivientes"*, además de tener la posibilidad de recibir pagos por concepto de excedentes de libre disponibilidad, como ocurrió en este caso, pues el actor recibió por este concepto \$63'516.206 en el mes de junio de 2003 y \$70'931.000 en el mes de junio de 2004; que en tal sentido ha dado respuesta a las solicitudes elevadas por el demandante; agrega que

“cualquier valor que se retire en este momento de la cuenta de ahorro individual del demandante para pagar los ajustes por IPC pretendidos de manera retroactiva y cualquier orden de pagar hacia el futuro una mesada fija con incrementos anuales del IPC; va a impactar el capital con el que se está financiando la prestación, precipitando la obligación de contratar una renta vitalicia de 1 SMLV, en ejercicio del control de saldos consagrado en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996”; finalmente, propuso en su defensa las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, buena fe y compensación frente a *“cualquier suma que hubiera pagado o que llegare a pagar la demandada a la parte actora”* (PDF 08).

6. Con proveído del 7 de octubre de 2021, el juzgado de conocimiento dispuso tener por contestada la demanda y señaló el 24 de febrero de 2022 para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS (PDF 11). Contra tal decisión el apoderado del actor interpuso recurso de reposición, siendo rechazado por el juzgado, mediante auto del 28 del mismo mes y año (PDF 14).
7. En la citada audiencia, el juez negó los interrogatorios de parte solicitados tanto por el demandante como por la AFP demandada, y fijó el 29 de junio de 2022 para audiencia del artículo 80 del CPTSS (PDF 16); y aunque esa decisión fue objeto de recurso de apelación por el apoderado del actor, esta Sala Laboral con providencia del 28 de abril de 2022, la confirmó.
8. En la nueva audiencia, el juez decretó como prueba un oficio dirigido a la AFP demandada para que informara: *“1. Monto inicial de los saldos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad al momento en que se reconoció la pensión de vejez. 2. ¿En qué momento se identificó una eventual descapitalización de la cuenta de ahorro individual del pensionado, si la hubo, e informe a qué obedeció esa situación y qué medidas se adoptaron para contrarrestarla, por ejemplo, cuando se dejó de aumentar la prestación y empezó a disminuir? 3. Elabore una proyección a futuro con base en la expectativa de vida del pensionado y sus beneficiarios con el saldo actual de la cuenta de ahorro individual y explique, en detalle, si ese saldo le permite o no, el otorgamiento de una renta vitalicia y a cuánto ascendería. 4. Monto actual de la pensión (2022) y el saldo actual de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante”* (PDF 21); una vez recibida la respuesta (PDF 24), el juez, con auto del 1º de septiembre de 2022, señaló el 29 de ese mes y año para la continuación de la audiencia del artículo 80 del CTPSS (PDF 25).
9. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 declaró que el demandante *“tiene derecho al reajuste periódico de su pensión de vejez reconocida en la modalidad de retiro*

programado del régimen de ahorro individual”; por lo que condenó a la AFP demandada a: pagarle la suma de \$181.433.689,22 “por concepto de diferencias generadas con ocasión del reajuste pensional periódico con base en la variación del índice de precios al consumidor por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2022, junto con la indexación al momento de su pago, con cargo exclusivo de sus propios recursos”; “continuar con el pago de la pensión de vejez del demandante en cuantía de \$9.453.674,67 a partir del 1.º de octubre de 2022, y en adelante a reajustarla cada año con base en la variación del índice de precios al consumidor”; y a continuar “con el control permanente sobre la cuenta de ahorro individual del demandante (...) con miras a hacer frente a la inminente descapitalización según lo prevé el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, compilado en el artículo 2.2.6.3.1. del Decreto 1833 de 2016. En caso de que el saldo final sea inferior a la suma necesaria para adquirir una renta vitalicia, está en la obligación de asumir la suma de dinero que haga falta con cargo a sus propios recursos por virtud de la responsabilidad profesional que guía su ejercicio”; declaró parcialmente probadas las excepciones de compensación y prescripción, y no probadas las demás; absolvió a la demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra; y la condenó en costas, tasando las agencias en derecho en \$3.000.000.

10. Frente a la anterior decisión, los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación, así:

El apoderado del **demandante** señaló “El primer punto de inconformidad es cómo se computó el término de prescripción, toda vez que si bien existe una petición del 17 de diciembre del año 2020, también lo es que existe una petición del 21 de febrero del año 2010; téngase en cuenta que, como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la exigibilidad o el momento en que se reclama ha de tenerse en cuenta también la naturaleza de la obligación, me refiero a las obligaciones que son de tracto sucesivo y a las que son de ejecución instantánea, nótese que la aquí demandante siempre hizo solicitudes y siempre le contestaron, por tanto, ellos conocían naturalmente lo que se estaba pretendiendo por parte del afiliado; así las cosas, el suscrito se aparta de la prescripción, el término de la fecha que tuvo que tenerse en cuenta y por lo menos, tuvo que tenerse en cuenta desde por lo menos el año, 3 años anteriores o 3 años posteriores, a febrero de 2010, toda vez que esa interpretación por ser una prestación periódica, sucesiva, hace que cree una desigualdad jurídica y contractual frente al fondo de pensiones; es importante recalcar que las administradoras de fondo de pensiones están en el sector asegurador, qué quiere decir ello? que es el aquí beneficiario, afiliado, quien se adhiere a una política por lo que estamos dentro de un contrato de adhesión, por lo que hay una desigualdad contractual y por tanto, el derecho laboral en su espíritu protector debe igualar esas cargas. También se interpone recurso de apelación frente al tema de que no se dieron los intereses moratorios por lo siguiente: El despacho manifiesta que hay una tensión jurídica frente a la

interpretación en esos temas importantes como atendible la postura del fondo, no obstante, los intereses moratorios no se deben de interpretar como una sanción moratoria, como si fuera un elemento la buena o mala fe; ahora bien, la indexación también es una forma de igualar esa carga para que el aquí demandante no haya perdido la capacidad adquisitiva, pero también debe tenerse en cuenta que en sentir de este apoderado, no existe una tensión jurídica toda vez que cualquier duda que existiera ya está resuelta desde 1991, desde el artículo 48 y desde el artículo 53, y han sido esos dos ejes, las columnas para que la misma Corte Suprema de Justicia haya dado desarrollo a esos mismos cánones constitucionales; en ese sentido, podemos ver de la misma documental aportada por la demandada, que ellos sencillamente no cumplieron con su deber de vigilancia y cuidado frente al comportamiento, frente a la descapitalización como argumentan, y más bien, se valieron de un criterio que ha sido declarado inconstitucional, lo que es la extralongevidad, en un criterio de que si la persona vive mucho, pues ya no es problema de ellos, entonces es obvio que una aseguradora que está en el mercado y tienen una rentabilidad, no le van a ofrecer un portafolio al prospecto de beneficiario o afiliado, indicándole que hay poco tiempo; o sea, no tiene sentido que un fondo de pensiones le diga, usted le sirve este fondo de pensión porque usted no vive más de 60 años, el fondo de pensiones vende la idea de que va a vivir por lo menos 100 años, es más, nótese que en este caso sí se deben dar intereses moratorios porque realmente no hay una defensa basada en pruebas, en que se manifieste esa tensión jurídica que manifestó en el despacho. Por tanto, el suscrito apoderado cree que debe reconocerse o deberá tenerse como término el 21 de febrero del año 2010 para de ahí en adelante hacer el reconocimiento que haya lugar y no el término prescriptivo como lo contabilizó el despacho, y acceder a los intereses moratorios toda vez que no existe la tensión jurídica o contractual o la inseguridad como lo aduce el despacho, sino más bien, sí se conocía de ese comportamiento, y tampoco frente a la excusa para exonerarse de esos intereses moratorios, pues la demanda tampoco es que haya traído alguna defensa plausible para que el despacho creyera en esa condición de hecho. Ya frente al tema de la compensación, también pues revisando acá en el expediente, esa compensación se expuso de manera superficial, abstracta, la Corte ha manifestado también, que quien alega compensación debe hacer el paralelo de qué es lo que se compensa, qué con qué, es decir, no hay un criterio diferenciador que nos permita decir qué es lo que se está compensando o en qué se basó la compensación alega por la demandada, en sentir del suscrito, si bien es cierto, hay 3 mecanismos de defensa que ese rogado que es la nulidad, la prescripción y la compensación, la nulidad relativa, en este caso sí, ellos alegaron una compensación, pero no dijeron en qué se basaba la compensación, qué valor querían compensar con qué, porque acuérdesse que la compensación es una forma de extinguir la obligación y se equipara por algunos tratadistas a una forma de extinguir las obligaciones. En ese sentido, solicito al Tribunal de Cundinamarca, se acceda a los intereses moratorios que fue pedido de forma principal, de lo contrario, pues confirmar lo atinente a la indexación; segundo, no declarar probada la excepción de compensación toda vez que en la excepción no se alegaron los hechos, ni las pruebas, ni se dijo qué se debía compensar; y tercero, el sentido que se tenga o se computen como término de prescripción, el 29 de febrero

del año 2010, que es donde se hace una reclamación, atendiendo además a la naturaleza de la prestación y de la obligación, que es de tracto sucesivo”.

Por su parte, la apoderada de la **AFP** solicitó la revocatoria de la sentencia y manifestó: *“no es cierto que la cuenta esté descapitalizada, ello quedó debidamente demostrado en el proceso, en especial al observar el cálculo actuarial que fue aportado a solicitud del despacho, ahí está claro que la cuenta en ningún momento está descapitalizada; ahora bien, si bien es cierto, como lo afirma el despacho, que el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 que consagra la obligación de control de saltos por parte de las AFP, establece que si hay unos eventos en que la AFP puede ser obligada asumir con cargo a sus propios recursos el capital faltante, esa no es la situación que acontece en el caso que nos ocupa, pues nótese que esa norma, a lo que se refiere es que las AFP deberán ejercer esas funciones de control de saltos para evitar que el capital resulte insuficiente para contratar una renta vitalicia de un salario mínimo mensual vigente, situación que, insisto, no se ha presentado en el caso que nos ocupa, pues el señor demandante en este momento percibe una suma de entre 5 y 6 millones de pesos, luego no estamos ni cerca de que el capital de la pensión llegue a ese entonces, entonces, a juicio de esta apoderada, si no se había presentado esa situación de riesgo inminente y por ende, no se había materializado esa situación de descapitalización, de la que puede derivarse la obligación a una AFP de asumir dineros con cargo a sus propios recursos, no era válido ni era viable legalmente, a juicio muy respetuoso de esta apoderada, que el juez impartiera la condena a mí representaba de asumir dineros con cargo a sus propios recursos, y más si tenemos en cuenta que, primero, si en este momento se tuviese que cumplir la orden del señor juez de pagar una mesada de \$9.400.000 aproximadamente a partir de la fecha y con reajustes por IPC de aquí en adelante, inmediatamente sí se materializaría la situación de descapitalización, y más, si se descuenta la suma de 181 millones por concepto de reajuste de retroactivo de IPC, y es que tal y como se manifestó en la contestación de demanda, específicamente en los alegatos de conclusión, el capital que existe tiene que alcanzar para financiar la pensión hasta los 89 años, que es la expectativa de vida del señor demandante, entonces, esos 880 millones de pesos tienen que alcanzar para financiar su pensión de vejez hasta esa edad, entonces, si aparte de todo le descontamos 181 millones, ponemos una mesada de 9 millones que tenga que ser actualizada a futuro en el IPC, definitivamente que casi que de inmediato, habría que contratar la renta vitalicia por un salario mínimo porque, insisto, sí afectaría dramáticamente la calidad de vida del demandante; debe tenerse en cuenta, así mismo, que el señor Luis Humberto García ya recibió dos pagos por excedentes de libre disponibilidad por 134 millones de pesos, lo que también hizo que el monto del capital de la cuenta disminuyera, así como sus mesadas pensionales, es importante también aclarar que las tasas de mortalidad no son determinadas por mi representada, sino por la Superintendencia Financiera de Colombia, luego, los fondos de pensiones no tienen incidencia y además son determinadas con base en unas estadísticas reales, esto como para contradecir un poco lo afirmado por el apoderado de la parte demandante que insinúa que son los fondos de pensiones los que determinan hasta cuándo va a vivir una*

persona, pues, según lo que les convenga, esto de ninguna manera es cierto; bueno, igualmente debe tenerse en cuenta así mismo señores magistrados, que el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 no ha sido declarado inexecutable, está vigente en el ordenamiento jurídico, luego es perfectamente aplicable, y eso precisamente es lo que ha venido haciendo mi representada; además, fue un riesgo que asumió el demandante, fue un riesgo que asumió al adquirir la modalidad de retiro programado, y fueron los riesgos de extralongevidad y del mercado de valores, a cambio de otros beneficios a los que podía acceder permaneciendo en la modalidad de retiro programado, luego tampoco parece lógico que deba derivarse una sanción para mi representada por aplicar una norma que claramente se encuentra en el ordenamiento jurídico, tan vigente se encuentra en el ordenamiento jurídico que el mismo señor juez en la parte motiva de su sentencia habla que existe una tensión en relación con las dos normas, entre la ley y la Constitución, tensión que, además aclaro, no tiene que ser demostrada porque es sumamente evidente, entonces, ese es otro punto que considero que debe tenerse en cuenta, pues no suena lógico que por la aplicación de una norma, se pueda imponer condenas por perjuicios a mi representada; eso aunado a que, insisto, no se ha presentado la conducta establecida en la norma de control de saldos que pudiese llevar a ello. Por las mismas razones que acabo de exponer, también apelo el punto de la indexación, pues porque claramente si no existe una conducta culpable atribuida a mi representada de la que pueda derivarse el daño y los perjuicios a la que fue condenada, pues mucho menos una condena accesoria como la indexación. Ahora bien, así mismo, considero que en el caso que nos ocupa, debió tenerse en cuenta la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en las sentencias que ya mencioné y que vuelvo a citar, SL2692 de 2020, SL2935 de 2020 y SL3106 de 2020, entre otras, en las que la Corte al analizar específicamente situaciones de solicitud de incremento por IPC en pensiones de vejez en retiro programado, hace un análisis minucioso y muy acertado, en el que precisamente pone en evidencia y reconoce que las pensiones de vejez se financian con el capital existente en las cuentas de ahorro individual, y que también, si bien acepta que en la modalidad de retiro programado, es el pensionado el que asume los riesgos de extralongevidad y volatilidad del mercado de valores, sí hace mención a que el valor del retroactivo que haya que pagar en un eventual caso por ajuste del IPC, así como como los ajustes de IPC en adelante, tienen que ir claramente con cargo a los recursos de la cuenta de ahorro individual, que son los recursos que permiten financiar la pensión de vejez, y precisamente en esa sentencia lo que dice es que, el juez tiene que cerciorarse antes de dar la instrucción de que se hagan esos descuentos con cargo a la cuenta de ahorro individual del pensionado, que no se vaya a afectar finalmente el mínimo vital de dicho pensionado, que es lo que a juicio respetuoso de esta apoderada sucedería en el caso que nos ocupa, porque, insisto, la cuenta no soporta un monto de mesada pensional de \$9.453.674, menos un descuento de 181 millones de pesos; claramente eso afectaría dramáticamente la calidad de vida del demandante y esos puntos son los que llama la Corte al juez de primera instancia, que tenga la capacidad de valorar y tomar las medidas necesarias para impedir esa descapitalización”.

11. Recibido el expediente digital, se admitieron los recursos de apelación mediante auto del 10 de octubre de 2022; luego, con auto del 18 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente el demandante los allegó.

En ese escrito insiste en que la AFP demandada *“incurrió en todas las prohibiciones dictadas por al (sic) ley la jurisprudencia”*, pues omitió su deber de administrar de forma cuidadosa y diligente, afectándose con ello *“el elemento de la movilidad del salario, siendo el caso precisar que la extra longevidad no es un criterio que sirva de excusa para omitir el cumplimiento contractual, máxime si ello redundaría en un acto discriminatorio, pues la vejez no puede ser hecho originador de una exclusión, menos en materia pensional, en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C -258-2020”*, y que *“es la AFP la que de ejercer actos de vigilancia y control sobre el movimiento de los saldos, no siendo posible trasladar (sic) su omisión o alegar su propia culpa como mecanismo de defensa”*. Finalmente, solicita se condene al pago de intereses moratorios; se tenga por interrumpida la prescripción; y manifiesta que la compensación alegada no fue expuesta en debida forma.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son, por parte del demandante: *i)* analizar si el a quo computó adecuadamente el término de prescripción, y en ese orden, examinar si es posible tener en cuenta la reclamación que el actor presentó en el año 2010; *ii)* establecer la posibilidad de condenar al pago de intereses moratorios; y *iii)* estudiar si debe declararse no probada la excepción de compensación; y por la AFP demandada, *iv)* Analizar si en el caso concreto no había lugar a condenar al reajuste de las mesadas pensionales del demandante con base en el IPC, dada la descapitalización de la cuenta de ahorro individual que ello generaría; y *v)* Examinar si resulta viable exonerar a la demandada del pago de la indexación.

El a quo al proferir su decisión, y frente a los puntos objeto de inconformidad, consideró que conforme a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991, debe garantizarse el reajuste periódico de las pensiones legales a todos los pensionados, sin importar el régimen en el que obtuvieron su prestación, sea el solidario de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, por lo que tienen derecho a mantener el poder adquisitivo de sus mesadas pensionales, al punto que estas deben incrementarse al inicio de cada año con base en la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior; además, indicó que las AFP deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual del pensionado por retiro programado *"no sea inferior a la suma necesaria para adquirir la póliza de renta vitalicia"*, pues *"Si el saldo final de la cuenta es inferior a la suma necesaria para adquirir la renta vitalicia y la AFP no tomó las medidas necesarias para evitar esa situación, la suma que haga falta será de su resorte, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por ese incumplimiento"*, y como en este caso *"no se avizora que el fondo privado haya adoptado medidas para evitar una descapitalización"*, sin que tampoco acreditara que *"haya advertido un problema de financiación desde su momento y que se garantizara el reajuste periódico e informara con prontitud al pensionado sobre ese riesgo y de la necesidad imperiosa de cambiarse de modalidad"*, había lugar a ordenar el reajuste reclamado con base en el IPC, y como el demandante reclamó a la demandada tales reajustes el 17 de diciembre de 2020, *"las diferencias generadas con antelación al 17 de diciembre de 2017 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción"*; de otro lado, absolvió a la AFP del pago de los intereses moratorios pues *"ante la evidente tensión normativa entre la disminución de la prestación y el reajuste periódico elevado a rango constitucional, la actuación de la entidad de seguridad social se tiene por justificada bajo el criterio de la aplicación e interpretación estricta de la ley"*, y en su lugar, ordenó la indexación *"de las sumas aquí determinadas con cargo a sus propios recursos"*; finalmente, indicó que como la condena asciende a \$195.139.245, *"al ser viable una compensación que redundará en el beneficio del mismo pensionado porque los recursos con los que se financia su prestación son de su propia cuenta de ahorro individual, se le compensará la suma de \$13.705.556,55, para obtener así un total equivalente a \$181.433.689,22"*.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el demandante se encuentra afiliado a la AFP Porvenir, y que dicha entidad le reconoció la pensión de vejez, el 22 de noviembre del año 2000, en la modalidad de retiro programado, y que desde esa calenda tal AFP ha pagado las mesadas pensionales, en los siguientes montos: \$3.400.000 en el año

2000, \$3.6957.500 en 2001; \$4.048.763 en 2002; \$4.331.772 en 2003; \$4.612.904 en 2004; \$4.866.614 en 2005; \$5.102.645 en 2006; \$5.331.243 en 2007; \$5.634.591 en los años 2008, 2009 y 2010; \$5.597.203 en el año 2011; \$5.255.262 en 2012; \$5.219.922 en 2013; \$4.723.125 en 2014; \$4.895.991 en 2015; \$5.227.450 en 2016; \$5.501.190 en 2017; \$5.687.278 en 2018; \$5.687.278 en 2019; y \$5.903.395 en el año 2020; pues tales aspectos no son objeto de reparo y en general, se encuentran acreditados documentalmente (pág. 55-63 PDF 08).

Por razones de método y orden lógico, se resolverá inicialmente el recurso de apelación presentado por la AFP demandada que busca la revocatoria total de la sentencia, pues de prosperar el mismo, se haría innecesario el estudio del recurso interpuesto por la parte demandante.

Al respecto, debe decirse que, como bien lo dijo el juez de primera instancia, el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra la garantía del pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales, vale decir, de las prestaciones otorgadas conforme a los requisitos dispuestos en el ordenamiento jurídico; y en desarrollo de ese mandato, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que 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, esto a excepción de las pensiones cuyo monto sea igual al SMLMV.

De la misma forma, y frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, señala que los afiliados de dicho régimen 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 esa ley, reajustada anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, con lo que se ratifica que todos los pensionados, sin distinción del régimen al que pertenecen, tienen derecho al reajuste de sus mesadas pensionales con base en el IPC, e incluso, el inciso 2º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, preceptúa 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.

En este orden de ideas, advierte la Sala que, en principio, le asiste razón al juez de primera instancia en su decisión; no obstante, no puede pasarse por alto que el régimen de ahorro individual con solidaridad es un sistema de capitalización individual, en el cual el valor de la prestación de vejez depende de las sumas acumuladas en la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, las que provienen de sus cotizaciones, de las de sus empleadores, del bono pensional, de los subsidios del Estado si hay lugar a ello, y del rendimiento de los saldos en el mercado financiero (artículo 60 Ley 100 de 1993). De igual forma, la pensión de vejez se reconoce cuando el afiliado reúne el capital necesario para financiarla, o en su defecto, si acredita la edad de 57 en el caso de las mujeres o de 62 para los hombres, y demuestra un número mínimo de semanas cotizadas (1.150), tiene derecho a la garantía de pensión mínima (artículo 64 Ley 100 de 1993).

Y, en tratándose de la pensión en la modalidad de retiro programado, el pago de la prestación lo hace la AFP **con cargo a la cuenta de ahorro individual** del afiliado, por lo que de ese saldo se hacen los retiros para el pago de la mesada pensional, la que, dicho sea de paso, 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, y por tanto, el saldo de la cuenta no puede ser inferior al capital que se requiere para financiar una renta permanente de un salario mínimo legal mensual vigente (artículo 81 Ley 100 de 1993). Además, para calcular la prestación debe tenerse en cuenta un eventual aumento o disminución en la esperanza de vida del afiliado y de su grupo familiar al momento de comenzar a percibirla, conforme a los parámetros establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, como bien lo señala la apoderada de la AFP demandada; y, en caso de fallecimiento del pensionado sin que existan beneficiarios, los dineros pasan a la masa herencial; por lo que en esta modalidad los riesgos financieros son asumidos por el asegurado (artículo 81 de la Ley 100 de 1993).

Por esta razón, las AFP tienen la obligación de realizar controles de saldos de manera permanente respecto de las cuentas de ahorro individual de los

pensionados por retiro programado, como bien lo dispone el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, para que tal saldo no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia, y para tal efecto, deben tomar medidas eficaces y oportunas para evitar su descapitalización. Al respecto, dicha norma señala:

“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” (Resalta la Sala)

De lo anterior se desprende que los controles de las AFP están orientados para que el saldo de la cuenta de ahorro individual del pensionado no sea inferior al capital requerido para financiar una renta vitalicia **de un salario mínimo legal mensual vigente**, por lo que en ese orden le asiste razón a la apoderada de la AFP demandada, pues no puede ordenarse el pago de las condenas aquí impuestas con cargo de sus propios recursos, pues resulta claro que el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante no es inferior al capital requerido para financiar una renta vitalicia de un salario mínimo, lo que no se discute en este proceso, y en ese sentido cualquier condena a su favor se haría con cargo a su cuenta de ahorro individual, o dicho de otro modo, el pago del retroactivo ordenado por el juez (\$181.433.689,22) y el pago de la nueva mesada pensional (\$9.453.674,67), incrementada anualmente con base

en el IPC, se retiraría del saldo de su cuenta, situación que perjudicaría al demandante, pues su cuenta de ahorro individual se descapitalizará de manera acelerada, lo que afectaría el mínimo vital del demandante, como lo ha considerado la jurisprudencia laboral.

Así se dice porque, de las documentales aportadas por la AFP Porvenir, se advierte que, para la fecha en que le fue reconocida la pensión del demandante, diciembre de 2020, tenía como saldo en la cuenta de ahorro individual \$573.506.079; luego, a julio del año 2022, tenía un saldo en su cuenta de \$804.753.216; valor que supera una pensión mínima del 110% de un SMMLV; y según proyección realizada por la AFP, en la que se tuvo en cuenta “la proyección futura de la esperanza de vida del afiliado y su grupo familiar, con base a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Financiera, aplicadas en la Nota Técnica”, y teniendo en cuenta el pago de las mesadas pensionales en la modalidad de retiro programado, se tiene que para enero del año 2023 el saldo sería de \$723.561.939, valor que tampoco es inferior al requerido para financiar una pensión mínima; no obstante, al efectuarse el descuento de las condenas impuestas por el juez lógicamente ese monto disminuiría considerablemente, y aún más, al descontarse la mesada mensual ordenada por el a quo (\$9.453.674,67) y su reajuste anual con base en el IPC; pues, se reitera, al no tener el demandante en su cuenta un saldo inferior al capital suficiente para financiar una pensión mínima sino un valor superior, tales condenas deben ser descontadas de su cuenta de ahorro individual.

En tal sentido se ha referido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no solo en las sentencias referidas por la apoderada de la AFP en su recurso (Sentencias CSJ SL2692, SL2935 y SL3106, todas de 2020), sino también, dicho criterio ha sido reiterado en sentencias SL4334 de 2020, SL3942 de 2021 y SL2698 de 2022). En la primera de las referenciadas indicó dicha Corporación lo siguiente:

“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” (Resaltado no es del original).

Criterio que esta Sala acoge, y en ese sentido atendiendo el caso particular del demandante pensionado, conforme a las situaciones fácticas a las que antes se hizo referencia, considera que no hay lugar a ordenar el incremento de la mesada pensional con base en el IPC, y menos del retroactivo que ello genera, pues, se reitera, tales condenas agotarían los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor. Por qué se dice que los agotarían, hay estudios financieros en el expediente que así lo establezcan.

Y aunque es cierto que la Corte en esas decisiones ha impuesto el deber del juez de plantear una solución que concilie la tensión que se genera entre la probable descapitalización de la cuenta de ahorro individual del pensionado, quien asume el riesgo financiero en la modalidad de retiro programado, y el deber legal y constitucional de reajustar anualmente las mesadas pensionales con base en el IPC, bajo esa perspectiva dicha Corporación en sentencia SL3942 de 2021 planteó como solución fijar en cada caso una mesada inicial basada en “la mesada de referencia” la cual resulta del valor de la mesada a la que tendría derecho el afiliado en el régimen de prima media y sobre esa mesada de referencia realizar los incrementos con el IPC, para dar cumplimiento a lo ordenado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y 14 y 64 de la Ley 100 de 1993, por lo que es “jurídicamente admisible que la pensión inicial de retiro programado no pueda incrementarse con el ajuste legal del IPC, siempre que aún así el pensionado siga devengando su mesada de referencia ajustada con el IPC”, y pone como ejemplo: “si en el 2021 la pensión de referencia del beneficiario es de \$1.000.000 y este elige la opción de retiro programado de \$1.300.000, es posible que por las fluctuaciones del mercado su pensión no se incremente con el IPC en el 2022, e incluso se reduzca en el 2023; sin embargo, si la pensión de referencia ajustada con el IPC a 2023 sigue siguiendo (sic) inferior al valor del monto pensional a

ese año 2023, no habría transgresión jurídica alguna”, y aclara que esa solución no desconoce la dinámica fluctuante de la modalidad de retiro programado “pues, se reitera, quien la elige corre el riesgo de que su pensión inicial disminuya o se sostenga. Lo que ocurre es que en estos casos el riesgo financiero que asume el pensionado está dado únicamente en el valor que sobrepasa la mesada de referencia ajustada con el IPC, la cual siempre debe garantizarse”; por lo que los fondos deben ejercer control de los saldos de la cuenta pensional para que exista “el capital necesario para responder por los pagos programados y garantizar la pensión de referencia. Y si existe riesgo de que ocurra lo contrario, la administradora debe prender las alarmas sobre el riesgo de descapitalización de la cuenta y hacer lo necesario por suscribir una renta vitalicia que garantice dicho valor de referencia, ajustado con el IPC al momento del cambio de modalidad”.

Sin embargo, en este asunto no puede esta Sala entrar a emitir una solución en tal sentido, pues de un lado, vulneraría el principio de consonancia como quiera que solo le es permitido analizar los puntos objeto de inconformidad planteados por los recurrentes, y aquí la apoderada de la AFP solicita la revocatoria de la sentencia porque no es posible aplicar el reajuste del IPC sobre las mesadas del actor, tomando como base la que le fue otorgada en su momento bajo la modalidad de retiro programado; y de otra parte, porque una solución así transgrediría el principio de congruencia que rigen las decisiones judiciales, pues conforme al artículo 281 del CGP la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y como se advirtió en los antecedentes de esta decisión, en el libelo de la demanda se pretende el pago del retroactivo generado por el incremento del IPC, para cada año, desde el año siguiente al otorgamiento pensional (desde enero de 2001), sobre la mesada que le fue reconocida al demandante, vale decir, sobre la que se cuantificó en el año 2000 en la modalidad de retiro programado.

Así las cosas, al no ser posible reajustar la mesada mensual de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado que le fue otorgada al demandante, con base en el índice de precios al consumidor, y de pagar el retroactivo generado con ese reajuste, no queda otro camino que revocar la sentencia en todas sus partes.

Ahora, es cierto que el apoderado del demandante en sus alegatos de conclusión hace referencia a la sentencia C-258 de 2020; no obstante, una vez verificada tal providencia, se observa que la misma trata sobre la inexequibilidad el Decreto Legislativo 558 de 2020, mediante el cual, entre otro aspecto, “estableció un

mecanismo especial de pago a cargo de COLPENSIONES de las mesadas de los pensionados de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, que reciben una mesada pensional equivalente a un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado”, tema diferente al aquí analizado; no obstante, en esa providencia la Corte Constitucional reconoce que “En la modalidad de retiro programado del RAIS, los pensionados no solo han autofinanciado su pensión a través de las cotizaciones que realizaron durante la fase de acumulación sino que, además, asumen los riesgos de descapitalización de su cuenta por factores como la extralongevidad y la baja rentabilidad del capital ahorrado. Como contrapartida, el pensionado puede beneficiarse de las altas rentabilidades en el mercado y, cuando no tiene beneficiarios al fallecer, sus saldos en la cuenta de ahorros se integran a la masa sucesoral”, como aquí se ha concluido.

En consecuencia, no queda otro camino a la Sala que revocar en su totalidad, la sentencia de primera instancia.

Así queda resuelto el recurso de apelación presentado por la AFP demandada, y dadas las resultas del mismo, la Sala se releva del estudio del recurso de apelación planteado por el demandante.

Costas de ambas instancias a cargo del demandante de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes, la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de LUIS HUMBERTO GARCÍA PABÓN contra AFP PORVENIR S.A., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas de ambas instancias a cargo del demandante de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria