



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado ponente

SL3942-2021

Radicación n.º 70462

Acta 29

Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

La Corte decide el recurso de casación que **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín profirió el 14 de noviembre de 2014, en el proceso ordinario laboral que **ERNESTINA DE JESÚS GÓMEZ ÁLVAREZ** promueve contra la recurrente y en el que se vinculó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** como llamada en garantía.

I. ANTECEDENTES

La accionante solicitó que se declare que la accionada debe reajustar anualmente su pensión de sobrevivientes. En consecuencia, requirió que se: (i) ordene cambiar su modalidad de pensión de retiro programado a renta vitalicia inmediata; (ii) reconozca y pague el retroactivo de los

reajustes e incrementos de las mesadas a partir del 1.º de agosto de 2006, hasta que el reajuste se haga efectivo; (iii) reliquide y reconozca su mesada pensional en cuantía de \$2.899.323, a partir del 1.º de enero de 2013, e (iv) indexen las condenas y se disponga sobre las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que su esposo Jaime Aristizábal Vallejo falleció el 20 de junio de 2005; que solicitó a Colfondos S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y que, a través de oficio DCIP-E-6368-05 «*siniestro 7050530*» de 31 de agosto de 2005, dicho fondo la requirió para que eligiera la modalidad de pensión, esto es, entre una renta vitalicia que correspondería a una mesada inicial de \$1.931.320 o, de \$2.079.883 en un retiro programado, sin embargo, afirmó que el asesor no le explicó que bajo esta última el valor mensual «*podía ser menor dependiendo del rendimiento de su cuenta individual*».

Manifestó que, si bien mediante oficio DCIP-E-7134-04 «*pensión No. 7050530*» de 3 de octubre de 2005 el fondo de pensiones le reconoció la pensión de sobreviviente en cuantía \$2.079.833, a partir del 20 de junio de 2005, con 13 mesadas y en la modalidad de retiro programado, lo cierto es que desde agosto de 2006 empezó a disminuir gradualmente, así:

MES	AÑO	VARIACIÓN NEGATIVA MENSUAL DEL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTO AL MONTO INICIAL
Agosto	2006	\$ 218.157
Septiembre	2006	\$ 218.157

Octubre	2006	\$ 218.157
Noviembre	2006	\$ 218.157
Diciembre	2006	\$ 218.157
Enero	2007	\$ 227.931
Febrero	2007	\$ 227.931
Marzo	2007	\$ 227.931
Abril	2007	\$ 227.931
Mayo	2007	\$ 227.931
Junio	2007	\$ 227.931
Julio	2007	\$ 330.555
Agosto	2007	\$ 330.555
Septiembre	2007	\$ 330.555
Octubre	2007	\$ 330.555
Noviembre	2007	\$ 330.555
Diciembre	2007	\$ 330.555
Enero	2008	\$ 349.363
Febrero	2008	\$ 349.363
Marzo	2008	\$ 349.363
Abril	2008	\$ 349.363
Mayo	2008	\$ 349.363
Junio	2008	\$ 349.363
Julio	2008	\$ 658.199
Agosto	2008	\$ 658.199
Septiembre	2008	\$ 658.199
Octubre	2008	\$ 658.199
Noviembre	2008	\$ 658.199
Diciembre	2008	\$ 658.199
Enero	2009	\$ 708.683
Febrero	2009	\$ 708.683
Marzo	2009	\$ 708.683
Abril	2009	\$ 708.683
Mayo	2009	\$ 708.683
Junio	2009	\$ 708.683
Julio	2009	\$ 897.100
Agosto	2009	\$ 897.100
Septiembre	2009	\$ 897.100
Octubre	2009	\$ 897.100
Noviembre	2009	\$ 897.100
Diciembre	2009	\$ 897.100
Enero	2010	\$ 915.042

Febrero	2010	\$ 915.042
Marzo	2010	\$ 915.042
Abril	2010	\$ 915.042
Mayo	2010	\$ 915.042
Junio	2010	\$ 915.042
Julio	2010	\$ 915.056
Agosto	2010	\$ 915.056
Septiembre	2010	\$ 915.056
Octubre	2010	\$ 915.056
Noviembre	2010	\$ 915.056
Diciembre	2010	\$ 915.056
Enero	2011	\$ 944.064
Febrero	2011	\$ 944.064
Marzo	2011	\$ 944.064
Abril	2011	\$ 944.064
Mayo	2011	\$ 944.064
Junio	2011	\$ 944.064
Julio	2011	\$ 943.992
Agosto	2011	\$ 943.992
Septiembre	2011	\$ 943.992
Octubre	2011	\$ 943.992
Noviembre	2011	\$ 943.992
Diciembre	2011	\$ 943.992
Enero	2012	\$ 979.202
Febrero	2012	\$ 979.202
Marzo	2012	\$ 979.202
Abril	2012	\$ 979.202
Mayo	2012	\$ 979.202
Junio	2012	\$ 979.202
Julio	2012	\$ 979.202
Agosto	2012	\$ 979.202
Septiembre	2012	\$ 979.202
Octubre	2012	\$ 886.649
Noviembre	2012	\$ 886.649
Diciembre	2012	\$ 886.649
Enero	2013	\$ 955.708

Indicó que para la fecha del deceso la cuenta individual de su esposo tenía un saldo de \$29.406.507 y no se habían redimido los bonos pensionales a cargo de La Nación por \$287.689.000, el Departamento de Antioquia por \$20.266.000, Colpensiones por \$76.944.000 y la Universidad de Antioquia por \$28.337.000, para un total de \$413.236.000.

Por último, adujo que el 17 de agosto de 2012 solicitó los reajustes pensionales, pero la administradora de pensiones los negó a través de oficio de 17 de diciembre de ese mismo año; asimismo, que el 9 de enero de 2013 solicitó su traslado a la modalidad de renta vitalicia, sin obtener respuesta (f.º 3 a 20).

Al contestar la demanda, la entidad convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los supuestos fácticos que las soportan, admitió las opciones pensionales que le ofreció a la actora respecto a una renta vitalicia y un retiro programado, que finalmente eligió; el saldo de la cuenta, el monto de los bonos pensionales, la negativa del reajuste y la solicitud de cambio a una renta vitalicia, sobre lo cual indicó que está en trámite. Respecto de los demás, afirmó que no son ciertos.

En respaldo de sus afirmaciones, transcribió los artículos 14 y 81 de la Ley 100 de 1993 y el Concepto 2009003108-001 de 9 de marzo de 2009 que expidió la Superintendencia Financiera. Así, precisó que cuando se elige la modalidad de retiro programado la pensión se paga

con los recursos que tiene el pensionado en su cuenta de ahorro individual, los cuales pueden verse afectados por factores exógenos tales como «*rentabilidad de los recursos o extralongevidad de los beneficiarios o afiliados*».

Expuso que la mesada pensional de la demandante se calculó adecuadamente, toda vez que para ello se tuvo en cuenta el reajuste anual del IPC, las tablas de mortalidad, el «*interés técnico*» que señala la Superfinanciera, entre otros factores, tal y como lo contempla el esquema de valoración que consagra el artículo 81 antes mencionado.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, hecho de un tercero, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y «*descuento para la seguridad social en salud*» (f.º 64 a 86).

Por otra parte, llamó en garantía a la Compañía de Seguros Bolívar S.A. para que financie el reajuste pensional reclamado y reembolse o pague la condena que eventualmente se le imponga por concepto de intereses moratorios, en virtud de lo dispuesto en la póliza previsional n.º 5030-0000002-01.

Admitido lo anterior, la Compañía de Seguros Bolívar S.A. se opuso al llamamiento en garantía y a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos que fundan lo primero, si bien admitió la suscripción de la póliza de seguro previsional, manifestó que no le corresponde pagar el reajuste pretendido porque ya canceló la suma adicional

requerida para financiar la pensión de sobrevivientes. Y respecto a los hechos de la demanda principal, aceptó el reconocimiento de dicha prestación, la reclamación del reajuste y la negativa de la AFP. En cuanto a los demás, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó pago de los valores amparados, falta de riesgo asegurable, falta de causa para llamar en garantía, inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses de mora, prescripción y buena fe (f.º 152 a 155).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de fallo de 19 de junio de 2014, la Jueza Trece Laboral del Circuito de Medellín decidió (f.º 282 a 287, cuaderno 1, CD 3):

PRIMERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (...) a reconocer y pagar a favor de la señora ERNESTINA DE JESÚS GÓMEZ VÉLEZ, (...) el reajuste en el valor de la pensión concedida conforme a los reajustes anuales de ley, en los términos establecidos en esta decisión, cuyo retroactivo desde agosto de 2009 hasta febrero de 2013, asciende a la suma de (...) (\$34.028.090).

A partir del 1º de marzo de 2013, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS deberá reajustar la mesada pensional de la demandante en los términos de esta providencia, en suma que no podrá ser inferior a (...) (\$2.692.229), debiendo cancelar la diferencia con lo pagado y en adelante deberá seguir reajustándose anualmente de conformidad con la ley.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a descontar del valor del reajuste pensional ordenado, el 12% correspondiente para el Sistema de Seguridad en Salud, según lo indicado en las consideraciones.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a indexar la suma a pagar por concepto de la pensión, según lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de los demás cargos impetrados por la demandante.

QUINTO: ABSOLVER a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., de los cargos impetrados por Colfondos S.A., en virtud del llamamiento en garantía.

SEXTO: DECLARAR probada la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y PAGO DE VALORES AMPARADOS, las demás propuestas por la entidad demandada (sic).

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la sociedad demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a favor de la demandante y la llamada en garantía (...).

En lo que interesa a la discusión en casación, la *a quo* indicó que si bien en la modalidad de retiro programado el monto de la pensión está sujeto a los rendimientos de capital y otros factores de riesgo que pueden disminuir su valor de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el artículo 48 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, consagra el derecho al reajuste periódico de las mesadas a fin de mantener su poder adquisitivo constante y, a su vez, prohíbe que se reduzcan.

Asimismo, indicó que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala expresamente que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia de cualquiera de los dos regímenes se reajustarán de oficio el 1.º de enero de cada año y en dicha disposición se establece el mecanismo para ello, de modo que en virtud del principio de favorabilidad consagrado el artículo 53 de la Constitución Nacional debe dársele prevalencia a

tales preceptos respecto a los dispuesto en el aludido artículo 81.

Por otra parte, para la jueza de primer grado la actora no podía elegir la modalidad pensional dado que, a diferencia de la pensión de vejez y en los términos del artículo 73 de la Ley 100 de 1993, la de sobrevivientes debía reconocerla el fondo de pensiones con base en las normas de prima media, esto es, los artículos 21, 46 y 48 *ibidem*, y para ello «*habrá de afectarse la póliza del seguro para el pago de la suma adicional que requiriera para efectos de cancelar en esos términos la mesada pensional*». Y expuso que si considerara que tal elección sí era posible, en todo caso Colfondos no cumplió el deber de otorgarle a la demandante información clara al respecto al momento de elegir el retiro programado, pues puso de presente unas sumas sin comunicarle que el «*recálculo implicaba disminución de la mesada pensional*».

En esa perspectiva, advirtió que la accionante tenía derecho al reajuste anual de la pensión, sin embargo, no en la forma en que lo solicitó, sino conforme a las reglas del artículo 48 *ibidem*. Así, señaló que el causante cotizó 1597 semanas y contaba con un ingreso base de liquidación de \$2.575.093, que al aplicarle el 75% arroja una mesada inicial de \$1.931.320 para el año 2005, la cual debía ser reajustada anualmente conforme al IPC certificado por el Dane.

Por último, explicó que la Compañía Seguros Bolívar S.A. acreditó el pago de la suma adicional que le correspondía

para financiar la pensión de sobrevivientes, de modo que es el Colfondos S.A. quien debe asumir el pago de las condenas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandante y de Colfondos S.A., a través de sentencia de 14 de noviembre de 2014, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dispuso (f.º 249, cuaderno 1, CD 3):

(...) PRIMERO: MODIFICAR el numeral 4.º de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el día 19 de junio del año 2014 y en su lugar, DECLARAR que a la demandante le asiste derecho a cambiarse de modalidad pensional dentro del fondo pensional al que se encuentra afiliada, así como que a la demandada le CONTINÚE PAGANDO la pensión en la modalidad de RETIRO PROGRAMADO hasta tanto esta contrate la aseguradora que deberá asumir la modalidad de RENTA VITALICIA, de conformidad con lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada (...).

Para los fines que interesan al recurso de casación, el *ad quem* manifestó que no se discutía en el proceso que el 3 de octubre de 2005 Colfondos S.A. reconoció a la actora pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, bajo la modalidad de retiro programado, a partir del 20 de junio de 2005, en cuantía de \$2.079.833 y con 13 mesadas al año.

Así, precisó que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar si (i) la demandante podía cambiarse a la modalidad pensional de renta vitalicia, pese a

haber adquirido la prestación de sobrevivientes bajo la «*modalidad de pensión anticipada*», y si (ii) tenía derecho al reajuste de las mesadas pensionales y al retroactivo deprecado.

En esa dirección, el *ad quem* acudió a los fundamentos de la jueza de primer grado. Y manifestó que si bien acertó al concluir que la prestación de sobrevivientes debe liquidarse conforme a las normas del régimen de prima media con prestación definida, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46, 48 y 73 de la Ley 100 de 1993, se equivocó al afirmar que no era posible elegir la modalidad pensional, toda vez que el artículo 79 *ibidem* permite a los beneficiarios de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes elegir entre renta vitalicia inmediata, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida y las demás que autorice la Superintendencia Financiera.

Por tanto, señaló que la actora podía cambiar de modalidad pensional, esto es, «*habiendo escogido la pensión anticipada cambiarse a la renta vitalicia tal como lo ha solicitado*».

Sobre el particular, indicó que la demandada no se opuso a aquel cambio, al contrario, manifestó que ello no se ha llevado a cabo porque ninguna aseguradora ha accedido a hacerse cargo de la prestación de la demandante y no tiene la facultad de obligarlas a hacerlo; sin embargo, a juicio del Tribunal, ello no impide el cambio de modalidad pensional, pues es al fondo de pensiones a quien le corresponde efectuar

los trámites o reclamaciones requeridos ante la respectiva aseguradora, de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993.

Conforme lo anterior, reiteró que la accionante tenía derecho a cambiarse de modalidad pensional y a que la convocada a juicio continuara con el pago de la mesada bajo la modalidad de retiro programado hasta tanto *«se den los trámites ante la aseguradora, cubriendo inclusive los dineros que le corresponderían a la aseguradora de no conseguir que una de estas se haga cargo de la pensión de la actora»*.

Por otra parte, en cuanto al reajuste pensional, el Tribunal recordó que el artículo 48 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto legislativo 01 del 2005, consagra que *«por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de los pensionados reconocidos conforme a derecho»*.

Explicó que en la sentencia CC T-020-2011 la Corte Constitucional precisó que el derecho al reajuste periódico de las pensiones procede anualmente y de acuerdo a la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el Dane, conforme a lo previsto en los artículos 53 de la Constitución Nacional y 14 de la Ley 100 de 1993.

Y aclaró que si bien las sentencias de tutela tienen efectos *inter partes*, su *ratio decidendi* es de obligatoria aplicación en aquellos casos que se subsuman en la hipótesis prevista en la regla del precedente (CC T- 566-1998 y C-252-2001).

Así, advirtió que tal criterio jurisprudencial se ajusta a este caso concreto, dado que la prestación de la actora debió calcularse inicialmente conforme a las normas del régimen de prima media con prestación definida, *«sin que bajo ninguna circunstancia su mesada pensional pudiera decrecer en el tiempo, puesto que por el contrario debía ser actualizada y debe seguir siendo actualizada de acuerdo con la variación porcentual anual del IPC certificado por el Dane»*.

Finalmente, el *ad quem* manifestó que el apoderado de la demandante cuestionó el retroactivo pensional bajo el argumento que debió reconocerse desde agosto de 2009 hasta junio del 2014; no obstante, indicó que la liquidación no podía comprender mesadas después de febrero del 2013 porque *«en el expediente no reposa información acerca de las mesadas que le fueron pagadas con posterioridad a la actora»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario lo interpuso Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte *«case totalmente»* la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque la decisión que profirió la *a quo* y lo absuelva de las pretensiones de la demanda.

En subsidio, requirió que se «*case parcialmente*» el fallo del *ad quem* en cuanto confirmó el numeral quinto para que, en su lugar, se «*condene a la aseguradora al pago de las sumas ordenadas por el Tribunal, en el capital necesario para el financiamiento y pago del reajuste pensional reclamado*».

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos, que fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de transgredir directamente y en la modalidad de interpretación errónea los artículos 77, 79 y 81 de la Ley 100 de 1993, 2.º, 4.º del Decreto 1889 de 1994 y 12 del Decreto 832 de 1996.

En desarrollo de su acusación, destaca que en el régimen de ahorro individual la pensión de sobrevivientes se financia con los recursos de la cuenta de ahorro del afiliado, la cual está conformada por las cotizaciones obligatorias, los bonos pensionales si hay lugar a ello y, eventualmente, la suma adicional a cargo de la aseguradora que sea necesaria para cubrir el monto de la pensión.

Señala que el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1889 de 1994, consagra las modalidades pensionales en el régimen de ahorro individual, entre las que se encuentra el retiro programado, cuya

selección realizó la demandante *«de manera libre y voluntaria»*.

Al respecto, indica que bajo aquella modalidad el afiliado obtiene la pensión directamente de la administradora con cargo al capital ahorrado y su cálculo se realiza *«cada año con una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado o sus beneficiarios y cuya mesada corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad»*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 *ibidem*.

Aduce que dicho precepto normativo fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, sin embargo, en ninguno de sus apartes estableció que las AFP deben comunicar a los pensionados la fluctuación que sufren las mesadas de acuerdo con las fórmulas establecidas para su cálculo o que tal reporte deba ser mensual, *«como lo advierte el Tribunal, imponiendo una carga inexistente en nuestro ordenamiento jurídico»*.

Y refiere que, por el contrario, lo que el legislador previó fue que mientras el afiliado disfrute de una pensión bajo el esquema de retiro programado, los fondos de pensiones deben monitorear que el saldo de la cuenta individual no sea inferior al capital requerido para financiar una pensión mínima en la modalidad de renta vitalicia, pero no las

variaciones del valor de la mesada de acuerdo con los factores que intervienen para su cálculo.

Así, señala que debe acudirse al principio general del derecho según el cual *«nadie puede alegar su propia culpa»*, de modo que era la pensionada quien debía informarse debidamente acerca de la modalidad que eligió, hecho que considera relevante, dado que desde el año 2005 recibe la pensión y solo hasta el 2012 planteó su inconformidad al respecto.

Agrega que la actora no puede manifestar que desconoce las normas que regulan la modalidad pensional que eligió, la forma en que se calcula y las variaciones de la mesada, en tanto *«la ignorancia de las leyes no sirve de excusa»*, según lo contemplado en el artículo 9.º del Código Civil.

Asevera que el Tribunal *«está validando el abuso de un derecho»*, pues así como es deber de las personas respetar los derechos ajenos, también lo es ejercer los propios en virtud de lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución Política. Asimismo, que dicho juez les dio a las disposiciones acusadas un alcance que no corresponde, toda vez que *«coligió la inconstitucionalidad»* de la modalidad de retiro programado, pese a que el legislador previó tal figura en el ordenamiento jurídico conforme a los preceptos superiores que rigen el sistema de seguridad social.

Manifiesta que la decisión que cuestiona contiene una contradicción, toda vez que el Colegiado de instancia reprocha la conducta del fondo de pensiones, pese a que está acorde con las normas que regulan las modalidades y el financiamiento de las pensiones, máxime cuando los agentes que intervienen en el sistema de seguridad social no tienen la facultad de apartarse del contenido formal y material de la ley como lo hacen los jueces.

Por último, afirma que el Tribunal desconoció que cumplió con sus deberes cabalmente, pues atendió las solicitudes de la actora oportunamente y le brindó la información que esta requirió.

VII. RÉPLICA DE LA DEMANDANTE

La opositora señala que el cargo contiene defectos de técnica, toda vez que el recurrente citó los Decretos 1889 de 1994 y 832 de 1996, pese a que *«no son consideradas normas de carácter sustantivo que puedan ser objeto de recurso de casación»*.

Con todo, indica que el *ad quem* decidió *«no aplicarlas porque prevaleció en su sano juicio la interpretación constitucional»*. Agrega que, contrario a lo expuesto por el censor, los fondos de pensiones tienen la obligación de brindar a sus afiliados suficiente información acerca de la actividad que desempeñan, conforme lo prevé la Ley 1328 de 2009. En apoyo, cita las sentencias CSJ SL, 9 de sep. 2008, rad. 31314 y CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083.

VIII. RÉPLICA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Refiere que el cargo contiene errores de técnica, toda vez que acusa la interpretación errónea de normas que el Tribunal no «citó» para proferir su decisión; además, los argumentos que expone se asemejan a un alegato de instancia, dado que no indicó cuál fue el error interpretativo del juez plural y, a su vez, hace alusión a aspectos fácticos, que son ajenos a la vía jurídica escogida.

IX. CONSIDERACIONES

En relación con las glosas de técnica que destacan las opositoras, la Sala considera que si bien el cargo contiene imprecisiones, es posible inferir varios cuestionamientos jurídicos, conforme se explica a continuación.

En efecto, nótese que la censura afirma que: (i) la pensión de sobrevivientes debe calcularse según las directrices del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996. Así, la Sala entiende que cuestiona que el Tribunal se rebeló respecto a dichas disposiciones para aplicar las de prima media, de acuerdo a la remisión del artículo 73 de la primera normativa que, a su juicio, no gobernaba este caso.

Por otra parte, si bien el recurrente se atiene a premisas no establecidas en la sentencia del *ad quem*, dado que este no indicó que los fondos debían brindar información acerca

de la modalidad pensional y menos aún que el retiro programado era inconstitucional, la Corte entiende que lo que pretende argumentar es que, como la actora escogió de forma libre y voluntaria la modalidad de retiro programado en los términos del artículo 79 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 2.º del Decreto 1889 de 1994, no es posible pasarse con posterioridad a la de renta vitalicia, a menos que sea para garantizar una pensión mínima y no el valor ajustado a 2005 conforme a las reglas de prima media, como lo concluyó el Tribunal.

En este sentido, la Corte infiere que la administradora de pensiones asevera que la pensionada tiene que asumir las consecuencias negativas de su decisión, entre ellas, la reducción de la mesada hasta un mínimo legal, debido a la imposibilidad económica de la cuenta pensional de continuar financiando la prestación inicialmente convenida, pues aquella debía informarse por sí misma en tanto el fondo no tenía esa responsabilidad.

Y ello, a su criterio, porque la AFP no está obligada a mantener el poder adquisitivo de dicha mesada, sino simplemente monitorear el capital de la cuenta pensional para que pueda respaldar una prestación de un salario mínimo legal en el esquema de renta vitalicia.

Ahora, es oportuno destacar que en relación con dicho planteamiento, la Corte no pasa por alto que Colfondos S.A. no controversió el aspecto fundamental de la sentencia relativo a que, en sede administrativa, no se opuso a la

solicitud que la actora formuló a fin de cambiarse a una renta vitalicia, como sí lo hace en este juicio; sin embargo, para la Sala dicho punto puede abordarse desde un enfoque estrictamente jurídico, esto es, establecer si en todo caso es válido o no que la administradora de pensiones habilite dicho cambio de modalidad pensional y en qué circunstancias. Y este será el alcance que la Corporación le dará a la acusación.

Claro lo anterior, no se discute en casación que (i) Colfondos S.A. le ofreció a la accionante dos formas de pensionarse, a saber: retiro programado con una mesada inicial de \$2.079.833, o una renta vitalicia de \$1.931.320; (ii) la actora eligió la primera opción, por lo que el 3 de octubre de 2005 el fondo reconoció a la demandante la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, a partir del 20 de junio de 2005, en cuantía de \$2.079.833, con 13 mesadas al año y bajo dicha modalidad; (iii) el monto de la mesada pensional ha sufrido una reducción paulatina y periódica desde el 2006, y (iv) el 9 de enero de 2013 la pensionada solicitó el cambio a una renta vitalicia, la cual está en trámite.

Así, la Corte debe determinar si el *ad quem* se equivocó al considerar que (i) la AFP debía garantizar el poder adquisitivo de la pensión de sobrevivientes a través del reajuste del IPC certificado por el Dane, y (ii) la accionante podía pasarse de la modalidad de retiro programado a la de renta vitalicia en el valor ajustado a 2005 según las reglas de prima media y actualizado con el IPC, y no en un salario

mínimo legal vigente, pues según la censura la reducción de la mesada pensional le es atribuible a la pensionada.

Para abordar de forma completa la discusión, la Corte (1) rememorará las diferencias entre los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993. Luego, elucidará sobre (2) los aspectos relativos al financiamiento y cálculo de la prestación de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual; (3) si los fondos privados están obligados a garantizar el poder adquisitivo de las pensiones; (4) la pensión de sobrevivientes en la modalidad de retiro programado; (5) la obligación que tienen los fondos de controlar permanentemente los saldos de la cuenta pensional y las responsabilidades jurídicas que acarrea su incumplimiento y la descapitalización de la cuenta pensional. Por último, (6) resolverá el caso concreto.

1. Diferencias entre los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993

La satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente bajo dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus

beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad, el cual está ideado bajo un esquema de capitalización *individual* en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas que conforman patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 *ibidem* es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a *toda* la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Así, los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de modo tal que la garantía de

los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva.

2. Financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad

De acuerdo con los artículos 68, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones de este modelo se *financian*, en principio, con los recursos de las cuentas de ahorro individual y el valor de los bonos pensionales, cuando a ello hubiere lugar. Además, el legislador dispuso unas *coberturas automáticas* para respaldar el pago de pensiones de sobrevivientes y de invalidez, a través de la contratación de seguros previsionales que respaldaran un capital suficiente para financiarlas.

Ahora, en las pensiones de sobrevivientes ello depende de que se trate de la muerte de un pensionado o de un afiliado –artículo 77 de la Ley 100 de 1993–, pues en el primer caso se presupone que la prestación está financiada y se continúa pagando con los recursos que se previeron inicialmente para la de vejez o invalidez, y el monto de la prestación depende de la modalidad que el causante eligió para percibir la prestación –artículos 77 y 80 *ibidem*.

Cuando se trata de la muerte de una persona afiliada, que es lo que interesa en este asunto, el legislador previó que este riesgo no siempre podría financiarse con el capital ahorrado, precisamente porque al ser una prestación típica

de un aseguramiento previsional, el número de semanas mínimo que permite su causación imposibilitaría, por principio o regla general, respaldar económicamente esta pensión que bien puede ser vitalicia. De esta manera estipuló que, ante el déficit del capital, los fondos de pensiones debían contratar un seguro previsional para que la aseguradora aporte la suma adicional faltante para cubrir el riesgo -artículos 70, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, debe aclararse que una cosa es el *financiamiento* de la pensión y otra, muy distinta, la forma en que se obtiene el *monto* de la misma, especialmente cuando se trata de un causante afiliado. En efecto, sobre lo segundo el artículo 73 de la Ley 100 de 1993 prevé que los requisitos para obtener la prestación y calcular su monto se rigen por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 *ibidem*, es decir, hay una remisión clara y expresa a las reglas del régimen de prima media (CSJ SL1982-2020).

Así, el legislador anticipó que la naturaleza de las particularidades propias del riesgo de muerte implicaría una probabilidad de insuficiencia del capital ahorrado y, a fin de garantizar una correspondencia entre las cotizaciones aportadas y el valor de las pensiones, previó que el cálculo del monto inicial de la prestación debía realizarse en consideración a las semanas de cotización y al ingreso base de liquidación, tal y como se efectúa para las pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

Adviértase que de esta manera reglamentó el punto el Decreto 832 de 1996, que en su artículo 8.º estipuló que las entidades administradoras de pensiones deben contratar los seguros previsionales que garanticen las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en los términos de los artículos 40 y 48 de la Ley 100 de 1993, *«teniendo en cuenta que en ningún caso las pensiones podrán exceder el 75% del ingreso base de liquidación ni ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la causación del derecho»*.

Es claro entonces que la determinación del monto de la pensión de sobrevivientes parte inicialmente de una cuantía fija en la ley y no del capital acumulado por el afiliado en su cuenta de ahorro individual.

Ahora, es importante señalar que la precisión del monto de la prestación que se hubiese reconocido en el régimen de prima media a partir de la muerte del causante, solo viene a ser un monto o *mesada de referencia* según lo precisa el párrafo 1.º del artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994 - compilado por el artículo 2.2.5.8.1 del Decreto 1833 de 2016-, que estipula que *«La pensión de referencia será equivalente a los montos indicados en los artículos 40 y 48 de la Ley 100 de 1993 para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, respectivamente»*.

Asimismo, que a diferencia de la pensión de vejez, que puede causarse *a la edad que escoja* el afiliado -artículo 64 de la Ley 100 de 1993-, la pensión de sobrevivientes se basa en un aseguramiento previsional y, por ello, según se infiere de los

preceptos analizados, la operación que determina dicho valor de referencia debe efectuarse a partir de la fecha en que ocurre el riesgo de muerte y requiere ser amparado, esto es, la de su *causación*.

A partir de este valor de referencia, la aseguradora debe aportar la mencionada suma adicional necesaria para financiar la pensión a partir de la situación concreta de los beneficiarios, que conforme lo establece el artículo 11 del citado Decreto 832 de 1996, «*será igual a la prima única que esa aseguradora cobraría por una póliza de Renta Vitalicia de un salario mínimo, disminuida en el saldo de la cuenta individual y el valor del bono y/o título pensional*», según las fórmulas que para el efecto establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, «*previa consulta con la Superintendencia Bancaria*», hoy Superfinanciera.

Esto significa que la aseguradora aportará a la cuenta el valor de la *prima única* que cobraría por una póliza de renta vitalicia del valor de la *mesada de referencia*, menos el saldo de la cuenta individual incluyendo el bono pensional si hay lugar a él, precisamente porque solo debe aportar el valor faltante para financiar esa *mesada de referencia* atendiendo la situación concreta del pensionado. En este punto, téngase presente que tal suma adicional está supeditada a que así lo exija la situación concreta del (los) beneficiario (os), dado que también es posible que el capital acumulado individualmente por el causante alcance por sí solo para financiar la pensión en favor de aquellos.

Así las cosas, integrada esta suma adicional al capital de la cuenta individual o, definido que el capital ahorrado puede financiar el monto pensional fijado según las reglas de prima media, el paso a seguir es que, a través del fondo de pensiones, el beneficiario solicite la cotización de su pensión conforme a cualquiera de las modalidades que expresamente consagra el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, que establece: *«Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso: a) Renta vitalicia inmediata; b) Retiro programado; c) Retiro programado con renta vitalicia diferida o; d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria»*, estas son, las señaladas en la Circular 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera -renta temporal variable con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, retiro programado sin negociación del bono pensional y renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto.

Como puede notarse, el régimen de ahorro individual se nutre de una amplia variedad de modalidades pensionales. Cabe destacar que cada una de estas tiene sus particularidades propias, de modo que las entidades administradoras están obligadas a suministrar información detallada, precisa y clara a los afiliados y beneficiarios para que elijan de manera informada la que más convenga a sus intereses -literal c, inciso 3.º del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha adoctrinado la Sala (CSJ SL2188-2021).

Adviértase que, conforme lo expuesto, la censura no acierta al señalar que no está en la obligación de brindar

información precisa, clara y completa a los afiliados y beneficiarios respecto a la modalidad que eligen y los riesgos que asumen al contratarla. Ello es de gran trascendencia para el afiliado, pues de la elección de la modalidad pensional dependerá el valor inicial que se fijará como mesada pensional y, en torno a los supuestos de este caso en concreto, también su carácter variable -retiro programado- o definitivo o irrevocable -renta vitalicia inmediata- hacia el futuro.

Siguiendo los derroteros explicados, es claro que la proyección de la mesada pensional que realiza la AFP, si bien parte de una *mesada de referencia* en los términos detallados, esta no necesariamente debe coincidir con la mesada pensional que se establezca conforme a cualquiera de las modalidades pensionales que elija o acuerden el (la) o los beneficiarios. Si así fuere, el legislador simple y llanamente hubiese señalado que debía ser exclusivamente a través de una renta vitalicia inmediata a partir de la mesada de referencia calculada según las reglas de prima media. Sin embargo, ello no fue así, de modo que el valor inicial de la mesada pensional dependerá en gran medida de la elección que haga el (los) beneficiario (os) entre las diversas modalidades pensionales, así como de cada situación concreta.

Por tanto, si bien el financiamiento y cálculo del monto pensional confluyen a la hora de determinar el derecho, la ley le otorga a cada uno de ellos una función diferente. El primero, como se explicó en precedencia, abarca las diferentes fuentes económicas que intervienen en la

subvención de la prestación, mientras que el segundo está relacionado con la forma legal en que se calcula la prestación, para lo cual se debe:

(i) determinar el monto fijo predefinido según las reglas de prima media;

(ii) con base en tal *pensión o mesada de referencia*, se calcula el capital necesario para financiarla, a efectos de que la aseguradora aporte la suma faltante si así se requiere o, determinar si el capital individual acumulado permite respaldar financieramente la prestación, y,

(iii) definido esto, el (la) o los beneficiarios pueden seleccionar o acordar -según el caso- la modalidad pensional de preferencia, a fin de concretar el monto inicial de la pensión.

3. Deber de los fondos de pensiones de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones

En las sentencias CSJ SL2692-2020, CSJ SL2935-2020 y CSJ SL3106-2020 la Corte señaló que sin importar el régimen pensional en el cual esté vinculado el pensionado, su mesada debe incrementarse anualmente de conformidad con el índice de precios al consumidor, tal como lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los preceptos 48 y 53 de la Constitución Política y la adición que realizó el inciso 2.º del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de

2005, en el sentido que *«por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho»*. Precisamente, en la segunda providencia referida, la Sala explicó:

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 estas 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, armoniza 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, según el cual «por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho».

Tal mandato supra legal, lo acata, aplica y reconoce la jurisprudencia constitucional conforme se adujo en sentencias C-837-1994, SU-120-2003, T-906-2005, C-110-2006, C-630-2006, T-1052-2008 y T-020-2011, así como también la proferida por esta Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en providencias 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, entre otras.

Al respecto, se destaca que aunque en aquellas oportunidades el criterio de la Corte se centró en el reajuste en las pensiones de vejez, ello no significa que el trato en las pensiones de sobrevivientes sea diferente, en tanto la obligación de mantener el poder adquisitivo de las mesadas opera respecto de *«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»*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, la Corte ha precisado que al coexistir por una parte garantías constitucionales y legales que protegen al pensionado y el valor de su mesada y, por la otra, un marco regulatorio que establece los mecanismos de reajuste de las pensiones reconocidas bajo la modalidad de retiro programado, es posible que se genere la descapitalización de la cuenta de ahorro individual, tal como se infiere del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, caso en el cual la Sala ha establecido que, en su labor de administrar justicia, es obligación de los jueces abordar las situaciones particulares y excepcionales de cada caso para plantear soluciones conforme al marco normativo vigente (CSJ SL2935-2020).

Y ello también puede ocurrir en las pensiones de sobrevivientes reconocidas en dicha modalidad pensional, en relación con el capital fijado para financiarla conforme a las reglas explicadas en precedencia; por tanto, es necesario explicar esta particularidad y abordar las obligaciones y responsabilidades jurídicas en torno a ello; aspectos que se analizarán en los siguientes apartados.

4. La pensión de sobrevivientes en la modalidad de retiro programado

En este asunto no se discute que a la accionante le ofrecieron una renta vitalicia inmediata de \$1.931.320 -que es justo el valor obtenido al calcular la pensión según las reglas de prima media, por lo que puede catalogarse como la *mesada de referencia*-, o un retiro programado de \$2.079.883, respecto a lo cual aquella se

inclinó por esta última opción, lo que es totalmente válido según se explicó.

De haberse elegido una renta vitalicia, la pensionada tendría asegurada una mesada pensional *uniforme en términos de poder adquisitivo constante* -artículo 80 de la Ley 100 de 1993-, esto es con el ajuste anual del IPC, y la aseguradora asume el riesgo de inversión que pueda generar la fluctuación del capital recibido.

En un retiro programado la pensión de sobrevivientes puede variar y el pensionado asume los riesgos de esa inversión, pero ello tiene unos límites legales expresos. En efecto, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 establece que el capital de la cuenta pensional debe tener la capacidad de financiar una *unidad de renta vitalicia* para el afiliado y sus beneficiarios, por lo menos del 110% del salario mínimo legal mensual vigente al momento del cálculo.

Tratándose de una pensión de sobrevivientes, es claro que el capital debe financiar una unidad de renta vitalicia por el valor de la *mesada de referencia* que sirvió de base para determinar el capital necesario para la pensión, según se explicó. Así lo establecía de forma expresa el artículo 5.º del Decreto 876 de 1994, vigente al momento de la causación del derecho pensional, luego el artículo 2.31.1.6.5 el Decreto 2555 de 2010 y, actualmente, se ratifica en el artículo 64 del Decreto 1745 de 2020, en el sentido que la entidad aseguradora que expidió el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia debe garantizar a la respectiva sociedad

administradora, a sus afiliados y beneficiarios la expedición de un seguro de renta vitalicia inmediata con un pago de una pensión mensual «no inferior al cien por ciento (100%) de la pensión de referencia utilizada para el cálculo del capital necesario».

Una vez lo anterior, la pensión será pagada directamente por la AFP y con cargo a los recursos de la cuenta pensional, según el programa de pagos mensuales que establezca en atención a la situación concreta del o los beneficiarios. A raíz de esto, en la modalidad de retiro programado el valor de la pensión puede sufrir variaciones y el pensionado asume el riesgo financiero derivado principalmente de las fluctuaciones del capital asociadas al comportamiento de los precios de los títulos, valores o participaciones en que estén invertidos los recursos de la cuenta.

En ese sentido, si bien una vez fijada la mesada inicial basada en la *mesada de referencia*, lo apropiado es que se incremente con el índice de precios al consumidor 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, la lógica fluctuante de esta modalidad puede generar la probabilidad real de que ello presente dificultades o que la prestación se disminuya.

Esto explica por qué en la práctica las opciones de retiro programado son más atractivas para los afiliados o beneficiarios, dado que generalmente su valor es mayor a

una renta vitalicia, precisamente porque aquellos asumen el riesgo derivado de la fluctuación del capital de su cuenta de ahorro.

5. La obligación de control de saldos de la cuenta pensional a cargo de los fondos privados de pensiones, cuando se reconoce la pensión en la modalidad de retiro programado – responsabilidades jurídicas por su incumplimiento y la descapitalización de la cuenta pensional

Para evitar la descapitalización de la cuenta y que el pensionado sufra una eventual disminución de su pensión, el citado artículo 81 estipula que en esta modalidad es necesario realizar un control permanente de los saldos y calcular cada año *«una anualidad en unidades de valor constante»*, igual al resultado de dividir los saldos de la cuenta por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el pensionado.

Con igual fin, el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 impone un control *permanente* de los saldos en el pago de *pensiones* a fin de que los recursos de la cuenta pensional no sean inferiores *«a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia»*. Asimismo, prevé que en un escenario de descapitalización es imperativo que la AFP informe inmediatamente la situación al pensionado con un término mínimo de 5 días, *«sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad [de] Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma»*. Y si incumple lo

anterior, la AFP debe asumir con sus propios recursos la suma que se requiera para contratar una renta vitalicia.

En efecto, el parágrafo 1.º consagra que *«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»* (destaca la Corte).

Para la Sala, el control de saldos y recálculo anual tiene el objetivo de tener la certeza permanente de que la cuenta pensional posee un capital suficiente para financiar una *«unidad de renta vitalicia»* para los beneficiarios en términos de *valor constante*. Y esa unidad de renta, en los términos explicados, debe ser en una cuantía no inferior al 100% de la pensión de referencia utilizada para obtener el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes, según lo señala expresamente el citado artículo 5.º del Decreto 876 de 1994 y sus modificaciones, y además incrementada con el IPC anual conforme a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993, 48 y 53 de la Constitución Política.

A juicio de la Corte, esta es la forma en que el orden jurídico concilia la tensión que se genera entre la probable descapitalización de la cuenta individual en la cual el pensionado asume un riesgo financiero, en contraste con los imperativos constitucionales que imponen el ajuste pensional periódico de todas las pensiones, pues establece

que el sistema debe garantizar a todos los pensionados por el riesgo de muerte en el régimen de ahorro individual ese valor de referencia inicial, ajustado anualmente con el IPC. De este modo, es claro que el esquema normativo del retiro programado incorpora en su lógica los reajustes anuales según el IPC de estas pensiones.

Así, la Corte destaca que uno de los beneficios de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad consiste en que por la dinámica correlacionada con la economía de mercado, propia de este esquema pensional, los beneficiarios puedan acogerse a un retiro programado que les permita disfrutar de una pensión mayor a la de referencia que devengarían si optaran por una renta vitalicia, dependiendo de las variaciones económicas que permitan eventualmente la capitalización positiva de la cuenta individual. A su vez, nótese que en este contexto el fondo de pensiones seguirá devengado las comisiones razonables por administrar el capital del pensionado, en los términos y límites legales - literal q) del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 y la Circular 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera y modificaciones-. De allí que tanto el fondo de pensiones como el pensionado tengan la pretensión de obtener un beneficio económico.

Sin embargo, la Sala debe aclarar que en un retiro programado el único riesgo económico que puede asumir un pensionado es precisamente la fluctuación del valor de la pensión que sobrepasa la mesada de referencia. Ello porque, según se precisó, ese valor ajustado con el IPC siempre

deberá garantizarse. A partir de este referente, es posible que en cada anualidad la pensión varíe positiva o negativamente en su valor, esto es que *fluctúe* de acuerdo a las dinámicas de la economía, pero siempre teniendo como base la garantía de dicha pensión de referencia.

Bajo esta perspectiva, 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. Para ilustrarlo con un 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 inferior al valor del monto pensional a ese año 2023, no habría transgresión jurídica alguna.

Como puede verse, no se trata de desconocer la dinámica fluctuante de esta 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.

Ahora, en una hipótesis de descapitalización el fondo ya ha debido advertir el riesgo de financiar mínimamente la pensión de referencia, caso en el cual deberá adelantar el trámite para suscribir una póliza de renta vitalicia que la garantice, so pena de asumir las consecuencias económicas de la descapitalización de la cuenta y cubrir la suma que se requiera cuando el capital acumulado no alcance para adquirir una renta vitalicia, según lo previsto en el parágrafo 1.º del artículo 12 del Decreto 832 de 1996 atrás citado.

Por tanto, es necesario que los fondos acentúen e intensifiquen el control de los saldos de la cuenta pensional. Las verificaciones periódicas deben orientarse a ratificar que se cuenta con 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.

Ahora, las normas en estudio no se limitan a indicar que el control de los saldos de la cuenta pensional debe efectuarse únicamente con el objetivo de garantizar que financie por lo menos una pensión mínima, como lo indica la recurrente. Para la Sala este criterio no es de recibo, pues habilitaría la disminución paulatina y periódica de las mesadas pensionales incluso por debajo de la pensión de referencia, lo cual desconoce el esquema normativo de este

régimen de capitalización individual y que valida su existencia en el orden constitucional, conforme se explicó.

No tendría sentido ni justificación jurídica alguna que si se parte de una *mesada de referencia* que está totalmente respaldada financieramente para pagarse, en principio, a través de una renta vitalicia inmediata, la (el) o los beneficiarios elijan un retiro programado para terminar con una pensión inferior a esa mesada de referencia inicial.

Por otra parte, la Sala no desconoce que en el último inciso del artículo 12 del Decreto 832 de 1996 en estudio, en concordancia con el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, se indica que la suscripción posterior de una renta vitalicia debe ser para garantizar por lo menos una pensión de un salario mínimo legal mensual vigente, lo que sugiere una disminución de la pensión inicial y, eventualmente -como en este caso-, muy por debajo de la mesada de referencia inicial de 2005; sin embargo, a juicio de la Sala, este precepto solo tiene aplicación cuando las pensiones de referencia son del salario mínimo legal mensual vigente, de modo que simplemente ratifica una directriz constitucional de la seguridad social: no puede haber pensiones inferiores al salario mínimo legal.

Nótese que si el cálculo del capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes arroja una mesada de referencia del salario mínimo mensual legal vigente, pero existe la posibilidad de elegir un retiro programado en los términos de ley, ello presupone que dicho capital puede

financiar una pensión superior al mínimo legal, pues no tendría ninguna utilidad para el beneficiario un retiro programado de un salario mínimo legal. Por tanto, la norma se refiere a que en estos eventos el fondo de pensiones esté atento a que los saldos puedan siempre garantizar esa pensión de referencia del salario mínimo y en una renta vitalicia cuando la cuenta esté en riesgo de no poder financiar siquiera ese valor a través de un retiro programado.

A juicio de la Corte, esta es la interpretación que más se acomoda a los principios que gobiernan el derecho fundamental a la seguridad social en el marco de un Estado Social de Derecho. No es admisible desde ningún punto de vista que la pensionada pase de un retiro programado en el que devengaba una pensión muy superior al mínimo legal, a una renta vitalicia de un salario mínimo.

Semejante regresión pensional vaciaría el contenido normativo de múltiples garantías constitucionales y sobre las cuales se cimienta el sistema pensional. En efecto, se reitera que conforme al artículo 48 de la Constitución *«por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho»*. Este precepto no excluye a las pensiones del régimen privado de pensiones, como tampoco lo hace el artículo 53 *ibidem*, que garantiza *«el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales»*.

Además, la garantía de un mínimo vital cualitativo también se vería transgredida si el pensionado ve reducida

su mesada pensional por debajo del valor de referencia inicial, ajustado con el IPC, que el sistema define como una remuneración digna acorde con la capacidad económica del causante afiliado y en el marco de la cual cotizó para amparar a su familia en caso de muerte, de ahí que en torno a dicha prerrogativa se proyecten otros bienes fundamentales como la vida, la salud, la dignidad humana, la seguridad social y el trabajo.

En suma, la Sala concluye lo siguiente:

(i) El retiro programado es una modalidad pensional en la que el pensionado acepta un programa de pagos periódico que, si bien están proyectados para garantizar el incremento anual del IPC, puede variar anualmente de acuerdo al comportamiento de la economía. Sin embargo, el fondo de pensiones siempre debe garantizar el pago del valor de la pensión de referencia, ajustada anualmente con el IPC en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

(ii) Para ello, es fundamental el control permanente y periódico de los saldos de la cuenta pensional, en los términos de los artículos 81 de la Ley 100 de 1993, 5.º del Decreto 876 de 1994 -y modificaciones- y 12 del Decreto 832 de 1996, a fin de garantizar la correspondencia entre los saldos existentes y la pensión devengada, o lo que es igual, la capacidad financiera del capital de responder por los pagos programados.

(iii) Si la AFP advierte que el capital de la cuenta no puede continuar financiando la mesada de referencia ajustada con el IPC, debe informar al pensionado con por lo menos 5 días de anterioridad a la adquisición de la póliza de una renta vitalicia, sobre la necesidad de continuar su pago bajo esta modalidad, en los términos que haya autorizado o autorice el (la) pensionado (a), la cual debe garantizar un valor no inferior al 100% de dicha pensión de referencia, ajustada con el IPC al momento de realizar el cambio a una renta vitalicia.

(iv) Si la AFP no realiza las medidas necesarias para evitar la descapitalización de la cuenta pensional y al cotizar con la aseguradora se advierte que el saldo final de la cuenta es inferior a la suma necesaria para adquirir la póliza de renta vitalicia, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento de su deber legal.

6. Caso concreto

Conforme se explicó, para la Sala es claro que el Tribunal no se equivocó al considerar que la pensión debía calcularse inicialmente teniendo en cuenta las reglas de prima media, pues se indicó que esto es importante para establecer la *mesada de referencia*.

Menos aún contrarió el orden jurídico al señalar que era posible que la actora pasara de un retiro programado a una

renta vitalicia y solicitara tal cambio. De hecho, ante la descapitalización de la cuenta pensional, aspecto que no se discute, era imperativo que la accionada la tramitara y le informara a la accionante, con por lo menos 5 días de anticipación, que no era posible continuar pagando la pensión en la modalidad de retiro programado y que era necesario suscribir la póliza bajo la modalidad de renta vitalicia, tal como se explicó.

En este punto debe señalarse que si bien el Tribunal indicó que el pago del retiro programado sería hasta tanto «*se den los trámites ante la aseguradora [para suscribir una renta vitalicia], cubriendo inclusive los dineros que le corresponderían a la aseguradora de no conseguir que una de estas se haga cargo de la pensión de la actora*», tal premisa no la discutió la censura, de modo que debe quedar incólume en casación, ante la doble presunción de legalidad y acierto.

Y, en todo caso, téngase presente que la AFP debe asumir la suma necesaria que haga falta para adquirir la póliza de renta vitalicia, en caso que el saldo final de la cuenta individual descapitalizada no alcance para financiar una pensión en dicha modalidad y no tomó las medidas necesarias para evitar esa situación. Ello porque es la consecuencia jurídica que le transmite la negligencia en su deber de controlar los saldos de la cuenta pensional.

Por último, para la Sala es oportuno mencionar que en este asunto no se discute que la AFP accionada le indicó a la actora que, en calidad de cónyuge beneficiaria de la pensión

de sobrevivientes, podía acceder a una mesada inicial de \$1.931.320 a través de una renta vitalicia, o en un retiro programado de \$2.079.883 con 13 mesadas anuales, respecto a lo cual aquella se inclinó por esta última opción. Ello, pese a que para el 20 de junio de 2005 aún no estaba vigente la restricción que sobre las mesadas adicionales trajo el Acto Legislativo 01 de 2005, aspecto que tampoco se discute en casación.

Asimismo, que el Tribunal refrendó la conclusión del *a quo* conforme a la cual la pensión debía reconocerse en una mesada inicial de \$1.931.320 para el año 2005, por ser el monto predefinido de acuerdo a las reglas de prima media, y que la misma debía ser reajustada anualmente conforme al IPC certificado por el Dane.

De acuerdo con lo anterior, el Colegiado de instancia ordenó no solo la continuidad del retiro programado conforme a la mesada de referencia que se utilizó en el 2005 para el cálculo del capital necesario para financiar la pensión, incrementada con el IPC, sino que ello debía ser desde ese disfrute inicial en el 2005. Nótese entonces que desconoció el pacto de retiro programado que eligió la actora, quien desde dicho año devengó una pensión de \$2.079.883, superior al valor de la pensión de referencia.

Como se explicó, la fluctuación de la mesada pensional en la modalidad de retiro programado es un riesgo que asume la actora, siempre que no se le desconozca el valor de su mesada de referencia ajustada con el IPC. Sin embargo, las

consecuencias de la descapitalización deben ser asumidas por la AFP por la negligencia en su gestión del control de saldos, y en modo alguno por el pensionado.

En ese sentido, lo ideal hubiese sido que el Tribunal ajustara la pensión a dicho valor de referencia en el preciso momento en que se advirtió la descapitalización de la cuenta y no desde el inicio del disfrute pensional, como de forma equivocada procedió; y solo a partir de la descapitalización conservar el retiro programado con el valor de la prestación de referencia ajustada con el IPC hasta que se contratara la renta vitalicia, todo esto con cargo a los recursos de la AFP en caso de insuficiencia de los saldos de la cuenta.

Sin embargo, como este punto agravaría la situación de la AFP accionada, la Sala lo mantendrá incólume.

Por tanto, a juicio de la Corte, el *ad quem* no incurrió en la transgresión legal que le endilga el censor.

En consecuencia, el cargo no prospera.

X. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de transgredir directamente y en la modalidad de infracción directa el artículo 77 y 108 de la Ley 100 de 1993, «*sobre la financiación de las pensiones de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la responsabilidad de las aseguradoras*».

En la demostración del cargo, la censura aclara que formula el presente cargo en virtud del requerimiento subsidiario que formuló en el alcance de la impugnación.

Sobre el particular, transcribe los artículos 77 y 81 de la Ley 100 de 1993 para precisar que el Tribunal «*dejó de considerar la solicitud de condena*» que presentó respecto a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., quien debía «*concurrir al pago del capital necesario para el financiamiento de la pensión*», de acuerdo con la póliza n.º 5030-0000002-01. En respaldo, transcribe apartes de las sentencias CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252 y CSJ SL, 17 ago. 2011, rad. 36403.

XI. RÉPLICA DE LA DEMANDANTE

Señala que el fondo recurrente plantea su acusación como un alegato de instancia, toda vez que transcribe normas y jurisprudencia que «*no fueron objeto de fundamentación en la sentencia*».

Con todo, señala que la controversia suscitada entre el fondo de pensiones y la aseguradora no debe afectar su derecho pensional, por ser un tercero ajeno a tal debate.

XII. RÉPLICA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Advierte que el cargo presenta deficiencias de técnica, toda vez que si bien Colfondos S.A solicitó en la sustentación de la apelación la condena relativa al pago de la suma

adicional para financiar la «*reliquidación*» de la pensión demandada en virtud de la póliza previsional que suscribieron, lo cierto es que el Tribunal no emitió un pronunciamiento al respecto, de modo que el recurrente debió solicitar la adición del fallo, sin embargo, lo omitió. Por tanto, considera que la sentencia cobró ejecutoria respecto a ese puntual aspecto.

XIII. CONSIDERACIONES

La Corte advierte de entrada que la opositora Seguros Bolívar S.A. tiene razón en el defecto técnico que le endilga al cargo.

Ello, porque en efecto si bien en la sustentación de la apelación la AFP recurrente planteó su inconformidad respecto a la decisión del *a quo* de absolver a la llamada en garantía Seguros Bolívar S.A. de asumir el financiamiento de la suma adicional que resultara del reajuste pensional en virtud de la póliza de seguro previsional, lo cierto es que el Tribunal guardó silencio sobre tal aspecto y, pese a esta omisión, la interesada no presentó adición en los términos previstos en el artículo 287 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así, debe destacarse que la jurisprudencia de la Sala ha adoctrinado que el recurso extraordinario de casación no es un medio idóneo para remediar errores que deben corregirse en las instancias, situación que impide realizar un estudio

de fondo del asunto propuesto (CSJ SL, 29 de jun. 2001 y CSJ SL802-2019, entre muchas otras).

En el anterior contexto, se desestima el cargo sin necesidad de consideraciones adicionales.

Las costas en el recurso de casación estarán a cargo del recurrente y a favor de las dos opositoras, en partes iguales. Se fijan las agencias en derecho en la suma de ocho millones ochocientos mil pesos (\$8.800.000), que se incluirá en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XIV. 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, **NO CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín profirió el 14 de noviembre de 2014, en el proceso que **ERNESTINA DE JESÚS GÓMEZ ÁLVAREZ** promueve contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y en el que se vinculó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** como llamada en garantía.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

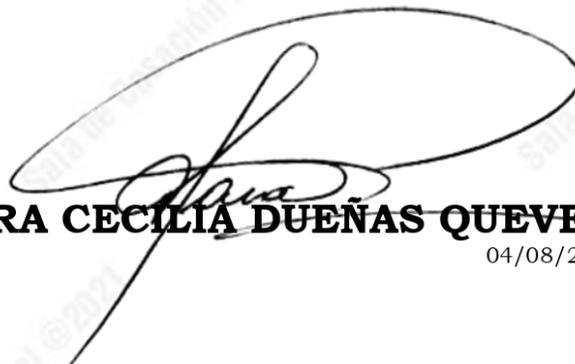
Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA

FERNANDO CASTILLO CADENA

(No firma por ausencia justificada)



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

04/08/2021



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
SALVA VOTO



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN