

Expediente T-2.385.955

Sentencia T-020/11

DERECHO CONSTITUCIONAL AL REAJUSTE PERIODICO DE LAS MESADAS PENSIONALES

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES

REGULACION DE LA PENSION DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD EN LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS-Incremento de la pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del IPC/INCREMENTO ANUAL DE LA PENSION DE VEJEZ EN LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO

MESADAS PENSIONALES RECONOCIDAS BAJO LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO-Deben aumentarse anualmente según la variación porcentual del IPC/INTERPRETACION CONFORME-Se armoniza la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo No.1/05

La única manera de conciliar, entonces, la normativa que regula el régimen de ahorro individual, especialmente el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones reglamentarias que regulan la materia, con los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales el artículo es mediante la interpretación conforme, es decir, armonizando la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto, las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de retiro programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Ahora bien, esta interpretación conforme tiene claras implicaciones que no pasan inadvertidas a esta Sala de revisión, porque precisamente puede conducir a que la cuenta de ahorro individual del pensionado se descapitalice y en definitiva ocurra el evento previsto por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, es decir, que la Administradora deba contratar una póliza de renta vitalicia. Este riesgo precisamente encierra una terrible paradoja: que en virtud de los incrementos anuales la mesada pensional termine por reducirse a un salario mínimo mensual (monto mínimo de la pensión de renta vitalicia prevista por el inciso tercero del citado artículo), pero entiende esta Sala de revisión que este riesgo está implícito en la elección de la modalidad de retiro programado que hace el afiliado, quien debe tomar una decisión informada de las contingencias a las que está sujeta su elección y de los posibles riesgos a largo plazo que enfrenta. Esta información debe ser suministrada periódicamente al afiliado, al igual que sobre los saldos de su cuenta de ahorro individual, para que decida si permanece en el régimen de retiro programado o si prefiere trasladarse al régimen de renta vitalicia. Por las razones antes expuestas encuentra esta Sala de Revisión que en los casos examinados se vulneró el derecho de los accionantes al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente su derecho al mínimo vital, razón por la cual se revocarán los fallos de instancia y se concederán los amparos solicitados

Referencia: expedientes T-2.385.955 y T- 2.749.543 Acumulados.

Acciones de tutela instaurada por Luis Alfonso Restrepo Flores contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. y por Ocariz de Jesús Usuga Varela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. dieciocho (18) de enero de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las providencias proferidas el 19 de mayo de 2009, por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín y, el 30 de junio del mismo año, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, en acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Restrepo Flores contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. Al igual que de los fallos emitidos el cuatro de mayo de 2010 por el Juez Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín y el dieciocho (18) de junio de 2010 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, en la acción de tutela instaurada por Ocariz de Jesús Usuga Varela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A.

I. Antecedentes expediente T-2.385.955

El señor Luis Alfonso Restrepo Florez, por medio de apoderado, impetró acción de tutela contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., con la intención de obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, dignidad humana y seguridad social, los cuales habrían sido infringidos como consecuencia de la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala:

1. Hechos

1.2. El señor Luis Alfonso Restrepo Florez se encuentra afiliado a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., en el régimen de ahorro individual, en la modalidad de retiro programado, y para el año 2008, contaba con una pensión de vejez que ascendía a la suma de \$3.741.081 mensuales[1].

1.3. El 28 de mayo de 2008 la Responsable del Equipo de Desarrollo de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., Ximena Ortiz Ferro, mediante comunicación, le informó al señor Restrepo Florez que a partir de junio de ese año su mesada pensional sería reducida a la cifra de \$3.588.027, con la intención de proteger el capital que le garantizaría una pensión en el largo plazo, debido a que la situación del mercado financiero había afectado a todos los fondos de pensiones[2].

1.4. En el mes de enero de 2009, mediante una misiva, la Sra. Ortiz Ferro le informó al señor

Restrepo Florez que, con el propósito preservar el capital suficiente para el pago de su pensión, ese año su mesada pensional sería de \$3.588.027, cifra que surgía luego de tener en cuenta la variación del Índice de Precios al Consumidor -IPC- y el saldo existente en su cuenta individual de ahorro pensional[3].

1.5. De conformidad con las pruebas recaudadas por la Sala Octava de Revisión, a partir de enero de 2010 se reconoció una mesada pensional al Sr. Florez Restrepo por valor de \$3.588.027.

2. Fundamentos de la acción impetrada y solicitud de tutela

Manifiesta el accionante que, en virtud de la sentencia T-1052 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, los fondos privados de pensiones tienen la obligación de reajustar las mesadas pensionales del régimen de ahorro individual, en la modalidad de retiro programado, en proporción a la inflación, a pesar de que los rendimientos financieros sean inferiores, razón por la cual la disminución de su pensión es arbitraria e inconstitucional, además de afectar su mínimo vital y desconocer su derecho fundamental a la seguridad social, toda vez que es un sujeto de especial protección por su condición de adulto mayor con más de 63 años de edad.

Solicita que se ordene al BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., reajustar su pensión de vejez a partir de la suma de \$3.741.081, correspondiente al monto de la pensión inicialmente reconocida en el año 2008, según el IPC certificado por el DANE para el año 2009 (7.67%), y que en lo sucesivo, continúe incrementando anualmente la pensión con base en el mismo indicador.

3. Intervención de la entidad demandada

Durante el término concedido por la autoridad judicial de primera instancia, la Gerente Regional de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. de la ciudad de Medellín, Gloria María Gómez Giraldo, dio respuesta a la acción y expuso que el señor Luis Alfonso Restrepo Florez, de manera libre y voluntaria, escogió el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y seleccionó la modalidad de Retiro Programado para obtener su pensión, bajo la cual no se adquiere el derecho a un monto previamente determinado, ya que la mesada pensional puede aumentar, mantenerse o disminuir conforme a las variaciones en el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional y los rendimientos obtenidos.

Agregó, que para el caso en cuestión, una vez realizado el incremento del IPC ordenado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a la mesada que venía recibiendo el accionante y, efectuado el recálculo que ordena el artículo 81 de la misma Ley, sobre la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, éstos arrojaron a partir del año 2009, un valor mensual de \$3.588.027. Alega que si al pensionado se le reconoce un monto por encima del que puede financiar el saldo de su cuenta, se produciría como resultado a largo plazo una descapitalización que afectaría notablemente los recursos mediante los cuales se financia el pago de su pensión.

Razón por la cual solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, no sólo por atentar contra la viabilidad del sistema general de pensiones, sino también contra los propios intereses del accionante[4].

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

Mediante sentencia proferida el día 19 de mayo de 2009, el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín tuteló los derechos fundamentales

del señor Luis Alfonso Restrepo Flórez, razón por la cual ordenó a la entidad accionada que en el término de 48 horas le pagara al afiliado el monto total correspondiente a la suma de los reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para cada año anterior al reajuste respectivo de los años 2008 y 2009.

Fundamentó su decisión en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precepto que ordena reajustar anualmente y de oficio las pensiones de los dos regímenes del sistema general de pensiones - Ahorro Individual con Solidaridad y Prima Media con Prestación Definida- según la variación porcentual del IPC, razón por la cual estimó que el grado de rentabilidad de la cuenta de ahorro individual del accionante no podía afectar el incremento anual de su pensión de vejez, por cuanto el derecho al reajuste anual de la mesada pensional involucra directamente la efectividad del derecho fundamental al mínimo vital[5].

Dentro del término de ejecutoria de la anterior providencia, la Gerente Regional del BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. de la ciudad de Medellín, Gloria María Gómez Giraldo, apeló la sentencia de primera instancia y reiteró los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en el escrito de contestación de la acción[6].

El Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín, por medio de sentencia proferida el día 30 de junio de 2009, revocó la decisión de primera instancia, al no advertir ningún menoscabo del derecho al mínimo vital del accionante, puesto que éste no había demostrado la amenaza o configuración de un perjuicio irremediable, ni el deterioro de sus condiciones elementales de vida, toda vez que disfrutaba de una mesada pensional de \$3.588.027 pesos y la reducción en el valor de la misma, como consecuencia de la decisión de la entidad accionada, correspondía solamente a la suma de \$153.054 mensuales. Igualmente, manifestó el juez de segunda instancia que ni la solicitud de nuevos cálculos, ni las reliquidaciones de pensión proceden por la vía excepcional de la acción de tutela, salvo que el perjuicio sufrido por el pensionado afecte ostensiblemente la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas y otros derechos constitucionales como el mínimo vital, o que se acredite que someter a la persona a los trámites de un proceso judicial ordinario sería excesivamente gravoso. De no ser así la vía ordinaria es la idónea para resolver las divergencias que se puedan presentar entre los fondos de pensiones y sus afiliados[7], sostuvo el a quem.

5. Pruebas

En el expediente de la referencia obran las siguientes pruebas:

Escrito suscrito por el señor Luis Alfonso Restrepo Florez, en el que consigna haber recibido una completa asesoría por parte de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. respecto de las diversas modalidades de pensión que ofrece el régimen de ahorro individual con Solidaridad, y que escoge libre y voluntariamente la modalidad de Retiro Programado (Fl. 51 C1).

Certificado del 18 de marzo de 2008, emitido por el Director de Calidad y Servicio al Cliente de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., Javier González Jiménez, en el cual se consigna que a la fecha de emisión, el señor Luis Alfonso Restrepo Florez, se encontraba disfrutando de una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, que ascendía al monto de \$3.741.081 (Fl. 13 C1).

Comunicado del 28 de mayo de 2008, mediante el cual la Responsable del Equipo de Desarrollo de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., Ximena Ortiz Ferro, le informó al señor Luis

Alfonso Restrepo Flórez, que a partir de junio de ese año, su mesada pensional sería reducida a la cifra de \$3.588.027 debido a una situación de mercado que había afectado a todos los fondos de pensiones, y con la intención de proteger el capital que le garantizaría una pensión en el largo plazo (Fl. 12 C1).

Comunicado del mes de enero de 2009, mediante el cual la Responsable del Equipo de Desarrollo de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., Ximena Ortiz Ferro, le informó al señor Luis Alfonso Restrepo Florez, que ese año su mesada pensional, sería de \$3.588.027 (Fl. 10 C1).

Escrito allegado durante el trámite de revisión por la Representante Legal del BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., María Isabel Posada Corpas, donde reiteró los argumentos fácticos y jurídicos que habían sido puestos de presente en el escrito de contestación y en la impugnación de la acción (Fl. 17 a 30 C2).

6. Actuación surtida ante la Corte Constitucional.

Remitido el fallo de segunda instancia a esta Corporación, la Sala de Selección Numero Once, mediante auto de cinco (05) de noviembre de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

Mediante Auto de cinco (05) de marzo de dos mil diez (2010) la Sala Octava de Revisión ordenó oficiar al Superintendente Delegado de Pensiones, Cesantías y Fiduciaria de la Superintendencia Financiera para que emitiera concepto (i) sobre la normatividad y el procedimiento que deben seguir los fondos de pensiones para realizar el recálculo actuarial y el reajuste anual del IPC en la modalidad de retiro programado, (ii) si conforme a los hechos y pruebas obrantes en el proceso la decisión de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. de disminuir el monto de la mesada pensional reconocida al Sr. Luis Alfonso Restrepo Flórez se encontraba ajustada al procedimiento señalado por la ley para realizar el recálculo actuarial y el ajuste anual del IPC en la modalidad de retiro programado. En la misma providencia se ordenó la suspensión del término para adoptar una decisión de fondo.

En virtud del auto de la referencia fue allegado un oficio suscrito por la Subdirectora de representación judicial y funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, remisorio del concepto elaborado por el Superintendente delegado para pensiones, cesantías y fiduciarias, mediante el cual se absuelven las cuestiones planteadas en la providencia de cinco (05) de marzo de 2010.

Posteriormente mediante auto fechado el treinta (30) de junio de 2010 el Magistrado Sustanciador ordenó oficiar al Superintendente Delegado de Pensiones, Cesantías y Fiduciaria de la Superintendencia Financiera, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de la Protección Social para que emitieran concepto referente a: (i) la normatividad y el procedimiento que deben seguir los fondos de pensiones para realizar el reajuste anual del IPC de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la modalidad de renta vitalicia inmediata; (ii) la normatividad que regula el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad permite a los afiliados trasladarse de la modalidad de retiro programado a la modalidad de renta vitalicia inmediata o viceversa, además del evento previsto en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996; (iii) el número de afiliados al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que han escogido las distintas modalidades previstas (renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado diferido); (iv) el número de quejas y/o solicitudes de actualización o de reajuste de las pensiones

que se han presentado hasta la fecha en la modalidad de retiro programado y en la modalidad de renta vitalicia; (v) la asunción de los riesgos por parte de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la modalidad de retiro programado respecto del incremento o la reducción de los recursos que integran la cuenta de ahorro individual; (vi) la información reportada por los fondos de pensiones sobre el comportamiento de las cuentas de ahorro individual de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la modalidad de retiro programado desde el año 2005 hasta la fecha. Así mismo ordenó oficiar al Representante Legal de BBVA Pensiones y Cesantías S. A. para que informara si en el año 2010 la pensión el Sr. Luís Alfonso Restrepo Flórez ha sido actualizada o reajustada y cual es el monto actual de la misma.

Mediante oficio fechado el trece (13) de julio de 2010 el Superintendente delegado para pensiones, cesantías y fiduciarias dio respuesta al anterior cuestionario, igualmente la Directora General de seguridad económica y pensiones del Ministerio de Protección Social y la Directora de regulación económica de seguridad social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dieron respuesta a los anteriores cuestionamientos mediante oficio fecha el veintitrés (23) de julio de 2010. El representante legal del BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías absolvió los interrogantes planteados por medio de escrito allegado el nueve (9) de julio del presente año.

II. Antecedentes Expediente T-2.749.543

1. Hechos.

1.1. El Señor Ocariz de Jesús Usuga Varela tiene 70 años de edad. En el año 2005, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. le reconoció su pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, la cual asciende actualmente a \$4.121.000 mensuales.

1.2. En enero de 2010, el accionante elevó petición para que, con base en la rentabilidad obtenida por el Fondo durante el año anterior, éste le reajustara su mesada pensional, sin embargo, Porvenir S. A. negó el pretendido reajuste y le informó que “con el capital que usted dispone en su cuenta no es posible financiar una mesada superior a la que actualmente está devengando”[8].

1.3. El 23 de febrero de 2010, con fundamento en el índice de precios al consumidor, el Sr. Usuga Varela insistió en la solicitud de reajuste de su mesada pensional, la cual fue nuevamente negada por Porvenir S. A.

1.4. El actor alega que si la entidad hubiera atendido su solicitud de reajuste de la mesada pensional, ésta tendría un valor actual de \$4.203.420, que resulta del incremento del 2% sobre la mesada del año anterior (\$4.121.000).

2. Fundamentos de la acción impetrada y solicitud de tutela.

El señor OCARIZ DE JESÚS USUGA VARELA reclama la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, que considera vulnerados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pues sostiene que la negativa del reajuste a su pensión de acuerdo al índice de precios al consumidor contraría lo dispuesto en el inciso final del artículo 48 de la Constitución y los artículos 14 y 64 de la Ley 100 de 1993, en cuanto estas disposiciones establecen el reajuste anual de las pensiones, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, para que mantengan su poder adquisitivo constante. Así mismo, cita las sentencias C-862 de 2006 y T-906 de 2005 que reconocen el

derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

Considera que la pérdida de capacidad adquisitiva de su pensión afecta su mínimo vital y, que teniendo en cuenta que en la sentencia T-1052 de 2008 ya se resolvió un caso similar, su derecho a la igualdad también se ve afectado, al haber sido desconocido el precedente jurisprudencial.

Por lo anterior, el accionante solicita el pago de las sumas dejadas de cancelar durante el presente año, por concepto del reajuste pensional de acuerdo al índice de precios al consumidor correspondiente al año 2009 (2%), y el respectivo ajuste para los meses siguientes.

3. Respuesta de la entidad demandada.

El representante de la sociedad accionada expone que el actor adquirió su pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que, en virtud de la modalidad de pensión que escogió, es decir retiro programado, la mesada pensional varía en términos de poder adquisitivo constante, pues depende del saldo de la cuenta individual que se afecta no sólo por los aportes y retiros que se realicen, sino también por las variaciones en el valor del mercado de las inversiones, las cuales cambian constantemente según factores tanto externos como internos que originan fluctuaciones en las tasas de interés, caída en los precios de las acciones y otros títulos, situaciones que no dependen del control de los administradores de los fondos de pensiones.

Por lo anterior, alega que el afiliado a la modalidad pensional de retiro programado asume el riesgo de que el valor de la mesada pueda aumentar, disminuir o continuar igual a la del año inmediatamente anterior. Añade que el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 regula el cálculo de la mesada pensional en este régimen atendiendo al saldo existente en la cuenta de ahorro, por lo tanto considera inviable el incremento de la pensión contratada bajo la modalidad de retiro programado y sostiene que esta posibilidad no solo desnaturaliza este tipo de pensión, **“sino que se correría el riesgo de descapitalizar la cuenta de ahorro pensional poniendo en riesgo el futuro pensional del afiliado como el de sus eventuales beneficiarios”**[9] (negritas y subrayas añadidas). Además, cita el concepto número 2004008452-1 del 8 de marzo de 2004 emitido por la Superfinanciera en el que estableció que “en esta modalidad [retiro programado] no se da aplicación a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993”.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

Mediante sentencia proferida el cuatro (4) de mayo de 2010, el Juez Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín denegó por improcedente el amparo solicitado por el señor Ocariz de Jesús Usuga Varela.

A juicio del a quo, la solución de controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales no corresponde a los jueces de tutela, ya que existen otros medios de defensa judicial idóneos a los cuales no ha acudido el actor. Tampoco estima procedente conceder el amparo de manera transitoria, pues en el presente caso el demandante no alegó ni acreditó un perjuicio irremediable y, aunque es una persona de la tercera edad (70 años), ésta condición no constituye por sí sola razón suficiente para concretar la procedencia de la acción de tutela, máxime cuando está demostrado que el actor está recibiendo actualmente una mesada pensional por valor de \$4.121.000.

Apelada la anterior decisión, mediante sentencia de junio dieciocho (18) de 2010, el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín la confirmó. Lo anterior por cuanto consideró que efectivamente el accionante no ha procedido al agotamiento de los medios ordinarios de defensa

judicial, y las razones esgrimidas para justificar esta omisión, como son la falta de idoneidad y eficacia del proceso ordinario dado el tiempo de resolución y los costos que implica, no son suficientes para obviar los mecanismos propios para la resolución de este tipo de litigios y acudir a la tutela. Reitera que la sola edad del accionante no es motivo suficiente para entender que está ante un perjuicio irremediable o que se afecte su mínimo vital, lo cual también se hace palmario si se tiene en cuenta que “el monto en que se debería reajustar su mesada supera ligeramente los cien mil pesos mensuales”, por lo que no entiende el Juez “cómo se afecta la subsistencia, qué bienes o productos de primera necesidad, se coarta su adquisición con una suma tal, bastante ínfima teniendo en cuenta el monto total de la mesada pensional que percibe el actor”.

5. Pruebas relevantes allegadas al expediente.

Obran las siguientes pruebas dentro del expediente de tutela:

Petición de febrero de 2009, mediante la cual el señor Usuga Varela solicita reajustar su mesada pensional según la variación porcentual del IPC desde el año 2005 (folios 12 a 14 Cuaderno 1).

Respuesta de Porvenir S. A. de 5 de marzo de 2009 en la que accede a la anterior solicitud (folios 15 y 16 Cuaderno 1).

Petición de 21 de enero de 2010, mediante la que el señor Usuga Varela solicita el reajuste de su mesada pensional con base en la rentabilidad obtenida por el Fondo durante el año anterior (folio 17 Cuaderno 1).

Respuesta de Porvenir S. A. de 4 de febrero de 2010 que niega la anterior solicitud (folio 18 Cuaderno 1).

Petición de 23 de febrero de 2010, mediante la que el señor Usuga Varela solicita liquidar y pagar “el monto total correspondiente a los incrementos dejados de cancelar según la variación porcentual del IPC por lo que va corrido del año y (sic) incrementar el monto de la pensión para los meses subsiguientes”. (Folio 19)

Respuesta de Porvenir S. A., fechada el 19 de marzo de 2010, que niega la petición precedente (folios 20 y 21).

III. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las providencias proferidas en el trámite de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. El asunto objeto de revisión

En el primer expediente acumulado el peticionario, quien se encuentra afiliado a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A., en el régimen de ahorro individual modalidad de retiro programado, impetra acción de tutela contra esta última entidad porque el monto de su mesada pensional fue reducido a partir de junio de 2008 de \$3.741.081 a \$3.588.027 pesos mensuales. Suma que no fue reajustada en el año 2009 ni el año 2010. Por su parte BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. alega que la reducción de la mesada pensional del actor persigue

proteger el capital que le garantizaría una pensión en el largo plazo, debido a que la situación de mercado ha afectado a todos los fondos de pensiones. Igualmente sostiene que la suma de \$3.588.027 surge luego de tener en cuenta la variación del Índice de Precios al Consumidor -IPC- y el saldo existente en la cuenta individual de ahorro pensional[11] del demandante.

El juez de primera instancia concedió el amparo solicitado, al estimar que el grado de rentabilidad de la cuenta de ahorro individual del accionante no podía afectar el incremento anual de su pensión de vejez en concordancia con la variación porcentual del IPC, por estar involucrada de manera directa la efectividad de su derecho fundamental al mínimo vital. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada que le pagara al afiliado el monto total correspondiente a la suma de los reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para cada año anterior al reajuste respectivo de los años 2008 y 2009. El juez de segunda instancia revocó la anterior decisión pues su juicio en el presente caso no se advertía la afectación al mínimo vital del accionante, debido a que la pensión que viene disfrutando asciende a la suma de \$ 3.588.027 pesos y la reducción de su pensión corresponde solamente alcanzaba \$153.054 mensuales. Por tal razón consideró que el demandante contaba con otros medios judiciales para controvertir la actuación adelantada por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

En el segundo expediente acumulado el actor, quien se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S. A., en el régimen de ahorro individual modalidad de retiro programado, instaura acción de tutela contra esta última entidad porque durante el año 2010 no ha sido reajustada su mesada pensional. Por su parte la entidad demandada alega que es necesario preservar el capital de la cuenta del demandado, razón por la cual el aumento solicitado no es posible, pues de atenderse esta solicitud se desconocería la normatividad que rige esta modalidad pensional. Los jueces de instancia denegaron el amparo requerido porque estimaron que el demandado cuenta con otros medios de defensa judicial y no logró acreditar la existencia de un perjuicio irremediable.

En atención a lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los fondos de pensiones demandados vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, dignidad humana y seguridad social de los demandantes al disminuir la mesada pensional del Sr. Luis Alfonso Restrepo Flores en el año 2008 y no aumentarla los años 2009 y 2010 de conformidad con el IPC, y al negarse a reajustar la mesada pensional del Sr. Ocariz de Jesús Usuga Varela en el año 2010. No obstante, antes de examinar este asunto, deberá abordar lo relacionado con (i) el derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, (ii) la modalidad de retiro programado del régimen de ahorro individual, (iii) la procedencia de la acción de tutela para el reajuste de las mesadas pensionales, (iv) el precedente sentado en la sentencia T-1052 de 2008 y, finalmente, (v) pasará a realizar el estudio del caso concreto.

3. El derecho constitucional al reajuste periódico de las mesadas de las pensiones.

Tal como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación diversos preceptos de rango constitucional configuran **un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional**. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en los artículos 48 y 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos contenidos en la Constitución Política.

Así, por una parte, el artículo 48 constitucional contiene una clara previsión al respecto cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones

mantengan su poder adquisitivo constante”. Este precepto, aunque presenta cierto grado de indeterminación[12], señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República y por lo tanto sirve de parámetro de control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia.

El artículo en comento fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual introdujo un inciso del siguiente tenor: “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**” (negritas añadidas). Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que “[e]l Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

De estos dos últimos enunciados normativos se desprende claramente un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados, y cuyo contenido comprende (i) el pago oportuno de las mesadas pensionales, (ii) su reajuste periódico. Este derecho a su vez implica prohibiciones correlativas: (i) dejar de pagar las mesadas, (ii) congelar su valor o (iii) reducirlas. El sujeto pasivo de este derecho pueden ser tanto los particulares encargados de pagar las mesadas pensionales o las entidades estatales que cumplan la misma labor, pero en todo caso al Estado Colombiano le corresponde garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales.

Igualmente para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en derecho laboral, como el principio in dubio pro operario (art. 48 de la C.P.), mientras que otros son principios fundantes del Estado colombiano y tiene vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, tales como el principio de Estado social de derecho (Art. 1 constitucional), la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el derecho al mínimo vital.

En efecto, no sobra recordar, que en virtud del principio in dubio pro operario[13] entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie[14], Entonces, como ha sostenido esta Corporación “[e]l sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos, y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen como fin último el equilibrio de las relaciones del trabajo, objetivo que comporta inclinar la relación en beneficio del estado de inferioridad económica del trabajador, por ser éste el que genera la injusticia que se pretende corregir”[15], por tal razón la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la normatividad vigente en materia laboral ha de ser interpretada en el sentido de reconocer un derecho al mantenimiento de la capacidad adquisitiva de las pensiones.

Por otra parte, caber recordar brevemente que el surgimiento y consolidación del Estado social de derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social, de manera tal que la actualización periódica de las mesadas pensionales sería una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en materia de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional.

Adicionalmente, el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se convierte en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos –los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica dineraria permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas de este derecho, en esa medida se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital. Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional.

El conjunto de preceptos constitucionales de los cuales se deduce el derecho al reajuste de la mesada pensional resulta concretizado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno[16].

Este precepto legal precisa entonces el alcance del derecho constitucional al reajuste de las mesadas de las pensiones, pues por una parte establece cuales pensiones deben ser reajustadas: todas las modalidades en cualquiera de los dos regímenes del sistema; también define la periodicidad del aumento, el cual debe hacerse anualmente, el primero de enero de cada año y de manera oficiosa; y finalmente precisa cual es el parámetro que debe ser tenido en cuenta para el reajuste: el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Esta disposición a su vez estableció una regla especial para el aumento de las pensiones iguales a un salario mínimo mensual pues determinó que en este caso serían reajustadas en el mismo porcentaje en que se incremente el salario mínimo, mandato legal que fue objeto de una declaratoria de exequibilidad condicionada mediante la sentencia C-387 de 1994, en el entendido que si el IPC fuere superior al incremento del salario mínimo legal estas pensiones en todo caso debería incrementarse de conformidad al primero[17].

Condicionamiento recogido por el artículo 41 del Decreto 692 de 1994, cuyo tenor es el siguiente:

Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en el sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el 1° de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, total nacional, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno, cuando dicho reajuste resulte superior al de la variación del IPC previsto en el inciso anterior.

A su vez, la jurisprudencia constitucional se ha referido de manera tanto en sede de tutela como de constitucionalidad sobre el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, y ha sostenido de manera reiterada que es un derecho de rango constitucional, que encuentra fundamento en los distintos preceptos constitucional a los cuales antes se hizo alusión, sobre este extremo resulta ilustradora la sentencia T-906 de 2005:

También se ha dicho que la naturaleza del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones parte de la base de que el mismo es considerado como un derecho de rango constitucional. Esto en razón a que existen tres disposiciones constitucionales que lo sustentan: la primera contenida en el artículo 48, a saber: “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”, las dos restantes contenidas en el artículo 53, la primera: “la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales... ..la remuneración mínima vital y móvil...” y la segunda, que establece que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”

Así mismo, no olvida la Corte que en la definición de la naturaleza y particularidades del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, otras disposiciones constitucionales juegan también un papel definitivo. Es el caso de las contenidas en el preámbulo de la Carta, al mencionarse como propósito de la Constitución la de garantizar “un orden político, económico y social justo”, o la del artículo 1, que señala que la República esta fundada en “la solidaridad de las personas que la integran” o las del artículo 13 que incorpora la obligación para el Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” o incluso los propios principios con sujeción a los cuales se prestará el servicio público de seguridad social, definidos en el artículo 48: “eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Las anteriores consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, porque a juicio de esta Corporación éste no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada. Al respecto cabe destacar que las numerosas decisiones de tutela[18] proferidas por esta Corporación en las cuales se ha ocupado de la indexación del salario base para liquidar la pensión de jubilación se ha entendido que esta pretensión en concreto esta cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales.

Así, en algunas ocasiones se ha afirmado que precisamente la no indexación del salario base es

un supuesto que le confiere carácter fundamental al derecho a la actualización de las mesadas pensionales, sobre esta línea argumentativa es ilustradora la sentencia T-906 de 2005 antes citada:

No obstante lo anterior, la Corte no desconoce que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones puede llegar a considerarse excepcionalmente como un derecho fundamental por conexidad.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando se rompe de manera abrupta la proporción entre el valor histórico de la pensión y su valor actual y esta circunstancia tiene como consecuencia la afectación del derecho al mínimo vital, a partir de una valoración de mínimo patrimonial. Es decir cuando la mesada pensional ha sufrido una depreciación tan insoportable que negar el derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión, amenaza las condiciones de subsistencia del titular del derecho prestacional.

Esto también puede ocurrir cuando de las circunstancias concretas sea posible concluir, que se ha presentado un trato discriminatorio por parte de las entidades encargadas del pago de las mesadas pensionales. Así sucede cuando por ejemplo, sin ningún criterio relevante, estas entidades deciden indexar las mesadas de algunos de sus pensionados y no así las de otros, estando todos ellos en el mismo supuesto de hecho fáctico y jurídico (negrillas agregadas).

Una vez precisado el carácter constitucional del derecho al reajuste periódico o a la actualización del valor de las mesadas de las pensiones, es menester hacer referencia a las características particulares de la modalidad de pensiones de retiro programado para establecer el alcance del derecho constitucional en juego bajo este régimen pensional.

4. La regulación de la pensión del régimen de ahorro individual con solidaridad en la modalidad de retiro programado.

El marco normativo del régimen de ahorro individual con solidaridad en la modalidad de retiro programado está determinado por un conjunto de disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

En primer lugar el artículo 64 de dicho cuerpo normativo enuncia los requisitos para obtener la pensión de vejez bajo este régimen. El tenor literal de esta disposición es el siguiente:

Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

Por su parte el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 enuncia las distintas modalidades de la pensión

de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad entre las que puede elegir el afiliado o los beneficiarios, a saber:

- Renta vitalicia inmediata;
- Retiro programado;
- Retiro programado con renta vitalicia diferida; o
- Las autorizadas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera).

El artículo 80 de la misma ley define la modalidad de renta vitalicia inmediata en los siguientes términos: “[l]a renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.”

La modalidad de retiro programado es descrita por el artículo 81 así: “[e]l retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar. Para estos efectos, se calcula cada año 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 y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad. El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.”

Mientras que el retiro programado con renta vitalicia diferida “es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente”; según el tenor del artículo 82 de la Ley 100 de 1993.

De las anteriores disposiciones se desprende que en el régimen de ahorro individual el reconocimiento de la pensión de vejez depende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado; capital que se integra no solamente con las cotizaciones sino con el bono pensional, si hay lugar a él, y los rendimientos obtenidos de las inversiones realizadas por la administradora, de forma tal que, sea equivalente por lo menos al capital necesario que "permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley".

Esta característica lo diferencia del régimen de prima media con prestación definida, en el cual las condiciones para el reconocimiento de la pensión y su cuantía se encuentran determinadas previamente en la ley, mientras que la financiación y cuantía de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual depende de los saldos que los afiliados hayan acumulado en su cuenta de

ahorro individual, de manera tal que no se trata de una prestación definida, es decir que su reconocimiento y cuantía dependerá de los recursos que los afiliados acumulen en sus cuentas de ahorro pensional[19].

En ese mismo sentido las disposiciones que desarrollan las modalidades de pensión dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad (renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida), señalan que la financiación y el monto de las prestaciones que se reconozcan según la modalidad que elija el afiliado, dependen de los saldos que los afiliados tenga en su cuenta de ahorro individual.

Ahora bien, en lo que a la modalidad de retiro programado se refiere, según el segundo inciso del artículo 81 de 19 Ley 100 de 1993, el cálculo de la pensión atiende la siguiente regla: "(...) se calcula cada año 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 y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad", es decir, que el valor de cada anualidad y con éste el de las mesadas pensionales depende del valor total acumulado en la cuenta de ahorro individual al momento del cálculo[20].

Así las cosas, puesto que el recálculo anual se realiza sobre los saldos que se encuentren en la cuenta del pensionado, cabría la posibilidad de que el valor de la mesada aumente o disminuya según las condiciones del mercado, vale decir, según el comportamiento de las tasas de interés, la tasa de cambio y el precio del mercado de las acciones, es decir, que toda vez que el saldo de la cuenta individual se puede ver afectado en cualquier sentido por factores exógenos a la misma (rentabilidad de los recursos o extra longevidad de los beneficiarios o del afiliado), estos mismos factores pueden determinar una variación anual en el monto de la pensión que se percibe.

Por otra parte según el artículo 101 de la Ley 100 de 1993 "las sociedades administradoras de fondos de pensiones deben garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima, determinada por el Gobierno Nacional"[21], en aplicación de esta disposición, de conformidad con el informe presentado por la Superintendencia Financiera, dentro del cálculo anual del que son objeto las pensiones reconocidas en la modalidad de retiro programado se incluye la rentabilidad obtenida por los fondos, razón por la cual, dependiendo de las fluctuaciones presentadas a lo largo del período objeto del cálculo, los ajustes a la mesada pueden estar por encima de la inflación, mientras que en otros no se puede incrementar o incluso se debe recalcular por debajo de dicho valor.

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

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

"En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existe una relación directa entre el capital

ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión. El valor de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida pensionarse el afiliado, de las semanas de cotización, de la rentabilidad y de la modalidad de la pensión // Como sistema de capitalización que es, garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...) El Retiro Programado, es la modalidad en la cual el afiliado o sus beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora con cargo a la cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional, si a él hubiere lugar. Esta modalidad de pensión se calcula anualmente de acuerdo con la expectativa de vida del afiliado y de su grupo familiar y la mensualidad se recalcula anualmente teniendo en cuenta el saldo de los recursos en la cuenta de ahorro individual. Mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, el saldo de la cuenta de ahorro pensional, no puede ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima // En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto ésta depende de sus aportes, sin perjuicio de las garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales (...)” (negrillas añadidas).

Ahora bien, debido a las particularidades contingencias a las que se ve expuesto el pensionado en torno al monto de su mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado, el Magistrado Sustanciador solicitó tanto a la Superintendencia Financiera como al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de la Protección Social que conceptuaran sobre quien asumía los riesgos respecto del incremento o la reducción de los recursos que integran la cuenta de ahorro individual y ambas entidades respondieron que el pensionado asume los riesgos de extralangevidad y de mercado, lo que significa, de una parte, que una supervivencia más allá de las tablas de mortalidad que se utilicen para el cálculo de la pensión incidirá en el monto de la mesada y, de otra, que la disminución o aumento de la rentabilidad de los recursos que se encuentran en el fondo de pensiones respectivo, incide, favorable o desfavorablemente, en el monto de la pensión[22].

Finalmente cabe recordar que el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 obliga a la AFP a ejercer control permanente sobre la cuenta de ahorro individual de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, al respecto esta disposición señala:

ARTÍCULO 12. CONTROL DE SALDOS EN EL PAGO DE PENSIONES BAJO LA MODALIDAD RETIRO PROGRAMADO. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben

controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

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

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

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

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

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

Como se desprende de la anterior disposición corresponde a las AFP monitorear los saldos de las cuentas de ahorro individual y adoptar las medidas pertinentes para evitar la descapitalización de las mismas y así mismo se prevé que el afiliado debe informar por escrito a la Administradora 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”. Se entiende entonces que una vez los saldos de la cuenta de ahorro individual dejan de ser suficientes para pagar la pensión pagada bajo esta última modalidad se produce un traslado de la modalidad de retiro programado a la de renta vitalicia. Adicionalmente el último inciso del artículo antes transcrito prevé que debe pactarse una cláusula contractual que estipula precisamente que cuando el saldo deje de ser suficiente deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia, obligación que recae también sobre la Administradora, y el parágrafo primero señala que si el saldo final de la cuenta individual es inferior a la suma necesaria para adquirir la 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 esta “sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal”. En consecuencia, es claro el deber en cabeza de la AFP de controlar los saldos de las cuentas de ahorro individual de los pensionados en la modalidad de retiro programado y adoptar las medidas necesarias para que esta no se

descapitalice.

4. El precedente sentado en la sentencia T-1052 de 2008.

Para resolver la tutela presentada por el Sr. Restrepo Flórez es relevante examinar el precedente sentado por la sentencia T-1052 de 2008, debido a la similitud que se presenta entre los hechos que dieron lugar al anterior pronunciamiento y las circunstancias fácticas que se examinan en la presente ocasión.

En dicha providencia la Sala Primera de Revisión de esta Corporación examinó si el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. había vulnerado los derechos fundamentales del peticionario al no incrementar su mesada pensional de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor -IPC. El accionante era beneficiario de una pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad en la modalidad de retiro programado y en el año 2004 se le había reconocido una mesada de \$1.110.150, pero en los cuatro años siguientes su pensión sólo fue incrementada en la suma de \$49.250 y ascendía a \$1.159.400 en el año 2008, fecha en que fue impetrada la acción de tutela. El actor solicitó que el juez de tutela ordenara el incremento de su mesada pensional de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC o, en su defecto, el traslado del capital de su cuenta de ahorro individual que se encuentra en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S. A., a fin de que esta última entidad le pagara su pensión de vejez. Igualmente, pedía que se determinara si la cuenta cuyo propósito era el pago de su pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado se había descapitalizado y, de ser así, se adoptaran las medidas correspondientes.

Para resolver los problemas planteados, inicialmente se abordó lo relacionado con la procedencia de la acción de tutela y se concluyó que el mecanismo de protección de los derechos fundamentales es procedente: (i) cuando los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) si se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) cuando el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. Después se examinó el Sistema General de Pensiones, el régimen de ahorro individual con solidaridad y la modalidad de retiro programado, para finalmente abordar el tema de reajuste de las pensiones, y se concluyó que todos los pensionados, independientemente del régimen al cual pertenezcan, tienen derecho al reajuste anual de su mesada pensional.

Una vez establecidas éstas consideraciones, se analizó el caso concreto y determinó que la acción de tutela era improcedente para trasladar el capital de la cuenta de ahorro individual a otro fondo de pensiones, así como determinar las medidas necesarias para conjurar la presunta descapitalización de la misma, pues “no existen razones suficientes para considerar que los medios ordinarios de defensa no son idóneos para garantizar la protección invocada o que se está ante la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable. Por último, es evidente que el actor no es sujeto de especial protección constitucional”[23]. No obstante, respecto de la pretensión del incremento de la mesada pensional de conformidad con la variación porcentual del IPC se determinó que la garantía iusfundamental era procedente porque “...de acuerdo con los fundamentos normativos de esta sentencia, existen razones suficientes para considerar que la omisión de Porvenir S.A. en este sentido afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y, en consecuencia, para admitir que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para otorgar la protección invocada.”

Una vez establecida la procedencia de la tutela se examinó lo relacionado con la responsabilidad de la entidad accionada en la vulneración de los derechos fundamentales del demandante y al respecto se concluyó que: **“Porvenir S.A. aceptó que las pensiones de vejez reconocidas por esa Entidad en el marco de la modalidad de retiro programado -como en el caso del actor-, no se incrementan anualmente de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC”** (negrillas añadidas).

Más adelante, en la misma providencia, se agregó:

Entonces, la decisión de Porvenir S. A. de no incrementar de acuerdo con el IPC la pensión de vejez reconocida a favor del actor vulnera su derecho fundamental al mínimo vital pues, como se dijo en los enunciados normativos de esta sentencia, el reajuste anual de las pensiones permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica.

De ahí que si la pensión del accionante no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, necesariamente, en términos reales, se seguirá viendo reducida o congelada debido a que progresivamente perderá su poder adquisitivo. Por esto, dado que el incremento anual de esa pensión busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el actor requiere para su subsistencia, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, debido a que cada año sus posibilidades de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

En este orden, es necesario recordar a Porvenir S. A. que el grado de rentabilidad de la cuenta de ahorro individual del accionante no puede afectar el incremento anual de su pensión de vejez en concordancia con la variación porcentual del IPC, porque este es un derecho que involucra directamente la efectividad de su derecho fundamental al mínimo vital[24].

En vista de lo anterior se ordenó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. (1) pagar al actor el monto total correspondiente a la suma de los reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para cada año inmediatamente anterior al reajuste respectivo, desde el año siguiente al reconocimiento de la pensión; (2) incrementar anualmente la pensión de vejez del actor de conformidad con la variación porcentual del IPC certificada por el DANE para el año inmediatamente anterior al reajuste.

Se tiene, entonces, que de conformidad con el precedente sentado en la anterior decisión: (1) la falta de incremento anual de la mesada pensional de conformidad con el IPC vulnera el derecho fundamental al mínimo vital porque el reajuste anual de las pensiones permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica; (2) la acción de tutela es el mecanismo idóneo para hacer efectivas pretensiones de esta naturaleza.

5. Estudio del caso concreto.

En primer lugar, respecto de la procedencia de la acción de tutela en los casos examinados en la presente decisión, el mecanismo constitucional resulta idóneo porque tal como se señaló en la sentencia T-1052 de 2008 existen razones suficientes para considerar que la reducción y la

congelación de las mesadas pensionales de los accionantes afecta su derecho al mínimo vital y, en consecuencia, “para admitir que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para otorgar la protección invocada.”

Del material probatorio obrante en el expediente se puede extraer que el señor Luis Alfonso Restrepo Florez se encuentra afiliado a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A., en el régimen de ahorro individual modalidad de retiro programado. Se tiene que, efectivamente para el año 2008, contaba con una pensión de vejez que ascendía a la suma de \$3.741.081 mensuales, así mismo que el 28 de mayo de 2008 la Responsable del Equipo de Desarrollo de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., le informó que a partir de junio de ese año su mesada pensional sería reducida a la cifra de \$3.588.027.

También se encuentra probado que en el mes de enero de 2009 BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. le informó al señor Restrepo Florez que, con la intención de preservar el capital suficiente para el pago de su pensión, ese año su mesada pensional sería de \$3.588.027, cifra que surgía luego de tener en cuenta la variación del Índice de Precios al Consumidor y el saldo existente en su cuenta individual de ahorro pensional, situación que dio lugar a que presentara acción de tutela por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. El monto de la mesada reconocida para el año 2010 asciende igualmente a la suma de \$3.588.027, según comunicación enviada por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. De los anteriores elementos probatorios se concluye por lo tanto que la mesada pensional del demandante fue reducida en el año 2008 de \$3.741.081 a \$3.588.027 (es decir en \$153.054), y que a partir de esa fecha hasta hoy en día no se ha incrementado, en otras palabras que la mesada pensional del accionante en primer lugar fue reducida y luego fue congelada.

En lo que hace referencia al Sr. Ocariz de Jesús Usuga Varela se encuentra probado que durante el año 2010 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. no ha reajustado su mesada pensional de conformidad con el IPC, y que por lo tanto fue congelada en la suma de \$4.121.000 mensuales.

Se tiene entonces que la situación de los demandantes coincide en cuanto a que su mesada pensional ha sido congelada por la respectiva administradora de fondos de pensiones, pero adicionalmente la mesada pensional del Sr. Restrepo Flórez fue reducida. Ambos alegan la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y solicitan se aplique el precedente sentado en la sentencia T-1052 de 2008.

Por su parte las entidades demandadas, al igual que el Ministerio de la Protección y la Superintendencia de Valores, afirman que en el caso concreto no se ha producido la vulneración de derechos fundamentales alegada porque bajo la modalidad de retiro programado del régimen de ahorro individual con solidaridad, escogida por los actores, las disposiciones vigentes no garantizan un reajuste anual de la mesada pensional de acuerdo a la variación del IPC.

En efecto, sostienen que según el segundo inciso del artículo 81 de la Ley 100 de 1993 el cálculo de la mesada pensional cada año atiende a la siguiente regla: "(...) se calcula cada año 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 y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad", es decir, que el valor de cada anualidad y con éste el de las mesadas pensionales depende del valor total acumulado en la cuenta de ahorro individual al momento del cálculo.

Explican que el recálculo anual de la mesada se realiza sobre los saldos que se encuentren en la cuenta del pensionado y, en consecuencia, cabe la posibilidad de que su valor aumente o disminuye según las condiciones del mercado, vale decir, según el comportamiento de las tasas de interés, la tasa de cambio y del mercado de las acciones, puesto que el saldo de la cuenta individual se puede ver afectado en cualquier sentido por factores exógenos a la misma (rentabilidad de los recursos o extra longevidad de los beneficiarios o del afiliado), los que pueden determinar una variación anual en el monto de la pensión que se percibe.

En esa medida las entidades demandadas consideran que se han limitado a cumplir con la normatividad aplicable a la modalidad de retiro programado, parecer que es apoyado tanto por el Ministerio de la Protección como por la Superintendencia Financiera, regulación según la cual el reajuste anual depende del valor acumulado anualmente en la cuenta de ahorro individual del pensionado y no se realiza de manera automática de conformidad con el IPC. Añaden que de realizar el ajuste de manera automática y de conformidad con el IPC, tal como exigen los demandantes, se descapitalizarían sus cuentas de ahorro individual y sus mesadas futuras estarían riesgo, de manera tal que terminaría por configurarse la eventualidad prevista por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, antes descrita, es decir, que la AFP deberá contratar una póliza de Renta Vitalicia con una aseguradora.

Ahora bien, en el caso concreto encuentra esta Sala de Revisión que tal como defienden las entidades demandadas, la Superintendencia Financiera y el Ministerio de la Protección la normativa que regula el régimen de ahorro individual en la modalidad de retiro programado, en principio, puede resultar claramente incompatible con el derecho al reajuste periódico de las mesadas pensionales reconocido en el artículo 53 constitucional, al menos tal como este derecho aparece configurado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, si se entiende que el reajuste periódico es anual y según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

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

Es preciso aclarar que la anterior es una mera eventualidad cuyo acaecimiento depende de la evolución de las inversiones durante cada año, pues si durante un año concreto la cuenta de ahorro individual se ve acrecentada por el aumento en el valor de las inversiones, el cálculo anual arrojaría un incremento de la cuenta de ahorro individual que a su vez se traduciría en un reajuste de la mesada que incluso puede ser superior al IPC, tal como según la Superintendencia Financiera ocurrió durante los años 2004 y 2005. Sin embargo, no es una eventualidad de remota ocurrencia pues las cuentas de ahorro individual resultaron afectadas durante los años 2008 y

2009 por la evolución de los mercados internacionales lo cual ocasionó a su vez que se congelaran o redujeran las mesadas pensionales en la modalidad de retiro programado.

Entonces, la incompatibilidad entre la normativa que regula el régimen de ahorro individual y el derecho al reajuste de las mesadas pensionales es eventual, porque depende de la evolución de las inversiones de las cuentas de ahorro individual durante cada año, de manera tal que si los rendimientos son favorables la pensión se incrementará en una cuantía igual o incluso superior al IPC, pero si es desfavorable la mesada puede resultar congelada o incluso reducida. Podría incluso sostenerse que la modalidad de retiro programado es compatible con el derecho reconocido por el artículo 53 constitucional, en la medida en que esta disposición sólo ordena el reajuste de las pensiones y no establece la periodicidad ni el monto del mismo, y que a largo plazo en definitiva tal reajuste se produciría por una compensación entre los años en que el saldo de la cuenta de ahorro individual se incrementa y hay lugar al reajuste y los años en que disminuye o no aumenta lo suficiente y se produce un incremento menor al IPC o incluso una congelación o una reducción de la mesada.

Sin embargo, esta última línea argumentativa resulta contradictoria con la jurisprudencia constitucional, la cual ha precisado que el derecho al reajuste de la mesada pensional debe concretarse de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, debe ser anual y según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE[25].

Por otra parte, la normativa que regula el régimen de ahorro individual también puede resultar incompatible con las expresas y categóricas prohibiciones contenidas en el artículo 48 constitucional, introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, según las cuales en ningún caso podrá congelarse o reducirse el valor de las mesadas de las pensiones reconocidas conforme a derecho. No puede entenderse que la modalidad de retiro programado sea una excepción a esta prescripción y que la antinomia normativa pueda ser solucionada acudiendo al criterio interpretativo regla-excepción, pues en todo caso se trata de prohibiciones de índole constitucional y la normativa que regula la modalidad de retiro programado es infraconstitucional. Adicionalmente, cabe recordar que está en juego el derecho al mínimo vital el cual, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se afecta cuando se congela o disminuye la mesada pensional. Nuevamente se trataría de una incompatibilidad eventual, que resultaría manifiesta aquellos años en que para preservar el saldo de la cuenta de ahorro individual fuera necesario congelar o reducir el valor de la mesada.

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

Ahora bien, esta interpretación conforme tiene claras implicaciones que no pasan inadvertidas a esta Sala de revisión, porque precisamente puede conducir a que la cuenta de ahorro individual del pensionado se descapitalice y en definitiva ocurra el evento previsto por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, es decir, que la Administradora deba contratar una póliza de renta vitalicia.

Este riesgo precisamente encierra una terrible paradoja: que en virtud de los incrementos anuales la mesada pensional termine por reducirse a un salario mínimo mensual (monto mínimo de la pensión de renta vitalicia prevista por el inciso tercero del citado artículo), pero entiende esta Sala de revisión que este riesgo está implícito en la elección de la modalidad de retiro programado que hace el afiliado, quien debe tomar una decisión informada de las contingencias a las que está sujeta su elección y de los posibles riesgos a largo plazo que enfrenta.

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

Por las razones antes expuestas encuentra esta Sala de Revisión que en los casos examinados se vulneró el derecho de los accionantes al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente su derecho al mínimo vital, razón por la cual se revocarán los fallos de instancia y se concederán los amparos solicitados. No obstante en esta decisión no se adoptarán todas las órdenes impartidas en la sentencia T-1052 de 2008.

En efecto, en esa decisión se ordenó a la AFP pagar a favor del actor el monto total correspondiente a la suma de los reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para cada año inmediatamente anterior al reajuste respectivo, desde el año siguiente al reconocimiento de la pensión. Esta orden se justificaba en aquella providencia porque la pensión del actor no había sido reajustada significativamente desde el momento que había sido reconocida en el año 2004 hasta el fallo de tutela, circunstancia que no está acreditada en los casos examinados en la presente decisión[26].

Por tal razón solamente se ordenará el reajuste de las mesadas pensionales de los actores, en el caso del Sr. Luis Alfonso Restrepo Flórez de la mesada reconocida en el año 2008, la cual ascendía a la suma de \$3.741.081 mensuales, la cual deberá ser reajustada a la fecha, de conformidad con la variación porcentual del IPC certificada por el DANE durante los años 2008 y 2009. En el caso del Sr. Usuga Vega se ordenará el reajuste de la pensión reconocida en el año 2009 la cual deberá ser incrementada a la fecha de conformidad con la variación porcentual del IPC certificada por el DANE durante el año 2009.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido el treinta (30) de junio de dos mil nueve (2009) por el Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín, en la acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Restrepo Flores contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. En su lugar CONCEDER el amparo del derecho al mínimo vital del demandante.

Tercero.- ORDENAR a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. que reajuste la mesada pensional reconocida al Sr. Luis Alfonso Restrepo Flórez en enero de 2008, la cual ascendía a la suma de \$3.741.081 mensuales, de conformidad con la variación porcentual del IPC, certificado

por el DANE, durante los años 2008 y 2009.

Cuarto.- ORDENAR a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. que en lo sucesivo, incremente anualmente la mesada pensional del Sr. Luis Alfonso Restrepo Flores de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior al reajuste.

Quinto.- REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido el dieciocho (18) de junio de dos mil diez (2010), por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, en la acción de tutela instaurada por Ocariz de Jesús Usuga Varela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A.

Sexto.- ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. que reajuste la mesada pensional reconocida en el año 2009 al Sr. Ocariz de Jesús Usuga Varela, la cual deberá ser incrementada de conformidad con la variación porcentual del IPC, certificado por el DANE, durante el año 2009.

Séptimo.- ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A que en lo sucesivo, incremente anualmente la mesada pensional del Sr. Ocariz de Jesús Usuga Varela de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior al reajuste.

Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-020 de 2011

Referencia: Expedientes T-2385955 y T-2749543 acumulados.

Acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Restrepo Flores contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y por Ocariz de Jesús Úsuga Varela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro mi voto.

1. Los casos resueltos en esta providencia tienen en común, indiscutiblemente, un problema jurídico arduo, pues plantea un conflicto entre derechos que le pertenecen a un mismo titular. Así, de una parte, se encuentran los derechos a la actualización de las mesadas pensionales, con el fin de que mantengan el poder adquisitivo constante (art. 48, C.P.), y al “reajuste periódico de las pensiones legales” (art. 53, C.P.). Pero, de otro, está el derecho al mínimo vital ajeno a notorias condiciones de pobreza. Porque, como se reconoce en el texto mismo de este fallo, el incremento anual de la mesada pensional no es totalmente inofensivo para los demás derechos fundamentales. La plena y absoluta garantía de ese derecho, tiene el riesgo de acabar por reducir la mesada pensional correspondiente, en algún momento, a un salario mínimo mensual (monto mínimo de la pensión de renta vitalicia prevista por el inciso cuarto, artículo 12, del Decreto 832 de 1996). Dado que el advenimiento de esa reducción sensible de las mesadas, tendría lugar justo en el tiempo en que se disminuye severamente la fuerza vital de un individuo; es decir, cuando precisamente más solidez financiera pareciese necesitar en orden a vivir con dignidad, es cierto que en últimas, como aquí se ha sostenido, el aumento periódico de las mesadas puede conducir a una “terrible paradoja”. Pero, justamente por sus serias implicaciones, la Corte Constitucional debe obrar en el futuro con cautela. En ese sentido, creo de la mayor importancia avanzar algunas consideraciones que juzgo centrales.

2. En primer lugar, estimo que las normas constitucionales en las cuales se garantizan el derecho al reajuste periódico de las pensiones y el mantenimiento de su poder adquisitivo pueden ser ponderadas en un caso concreto, cuando comprometan severamente la salvaguarda de otros derechos. Este fallo, según mi interpretación, sugiere que no y, por lo tanto, que toda mesada pensional debe incrementarse año por año, sin importar si ese acrecentamiento supone eventualmente una drástica disminución del saldo del afiliado al fondo de pensiones y, en el futuro de un pensionado por vejez, una significativa disminución de ingresos. Por eso, si la Corte Constitucional propone proteger irrestrictamente el derecho de todos los pensionados al reajuste periódico de su mesada pensional, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada uno, las contingencias que pueden afectar las variables económicas de las cuales depende el cálculo anual de dichas mesadas y el valor del reajuste, es previsible que al menos en ciertas ocasiones interfiera en otros derechos fundamentales de los pensionados, tales como el mínimo vital, ajeno a notorias condiciones de pobreza. Creo que, en los casos resueltos esta vez, ese riesgo no era lo suficientemente trascendental, como para hacer ceder el derecho al reajuste periódico de las mesadas. Sin embargo, si en un caso lograra presentarse de un modo convincente que ello habrá de ocurrir, pero que si se congela el monto de las mismas no será así y, entre tanto, en cambio el pensionado recibirá un ingreso suficiente para satisfacer ampliamente sus necesidades básicas ¿puede asegurarse que es inconstitucional negarle el reajuste de la pensión, así esté claro que en todo caso su renta periódica será elevada, digna y justa?

3. Esto me permite, entonces, en segundo término, manifestar que a mi juicio la Corte Constitucional debe tener en cuenta las particularidades de los casos concretos, con el propósito

de madurar la validez de la regla fijada en esta providencia. Se trataría de optimizar las virtudes del método que Pound decidió llamar 'empirismo judicial'. [27] Porque, no lo perdamos de vista: estamos aplicando una normatividad que demanda contrastes permanentes con la realidad. Los principios constitucionales son -como dice acertadamente Zagrebelsky- normas en las cuales late el siguiente imperativo: “tomarás posición frente a la realidad conforme a lo que proclamo”. [28] En ese sentido, la regla de derecho aquí dispuesta responde adecuadamente a la realidad proyectada ante la Corte Constitucional. Pero, si se presenta un caso con este mismo conflicto, aunque con particularidades relevantes que ameriten matizar, alterar sensiblemente o incluso desmontar los criterios aquí dispuestos, entonces así deberá procederse.

4. En suma, como estimo que en el futuro podría modularse la doctrina referida por esta sentencia, con miras a garantizar una solución justa del caso concreto, anticipo al menos tres elementos que, en mi concepto, sería posible tener en cuenta si las circunstancias del caso así lo exigieran. (i) Para empezar, dadas ciertas propiedades fácticas, sería posible ordenar el reajuste periódico de la mesada pensional, pero sólo hasta cierto momento, a partir del cual sería válido congelarla. La fijación de ese momento tendría como finalidad evitar que la mesada pensional se reduzca drásticamente. Por tanto, podría establecerse como término para la actualización periódica aquel en el cual se estime que, en caso de seguirse reajustando, en un momento el pensionado recibirá sustancialmente menos de lo que había programado recibir. (ii) También podría juzgarse como relevante, para definir la aplicabilidad de esta doctrina, el tiempo restante para que la mesada pensional sufra una disminución drástica. Si, por ejemplo, la reducción severa está llamada a ocurrir después de mucho tiempo de preverse, entonces el riesgo de sufrir la afectación del derecho al mínimo vital en el último período vital disminuye, y con eso el principio pierde fuerza en la ponderación. En cambio, si la disminución se calcula que habrá de acontecer con prontitud, entonces sería en principio admisible congelar su valor, siempre y cuando le depara al pensionado suficiente poder adquisitivo, con miras a evitar la caída vertiginosa de sus ingresos. (iii) Finalmente, sería admisible en ciertas hipótesis, definir el reajuste en función del monto actual de la mesada pensional. Si el monto actual es alto, y le depara al pensionado condiciones suficientes para garantizar sus necesidades básicas, entonces podría congelarse. En caso contrario, empero, debería ordenarse su indexación.

5. En definitiva, aunque asumo como acertada la decisión que se tomó en esta sentencia, opino que en el futuro y tras un examen juicioso de las circunstancias particulares de cada caso, no sólo es posible ponderar los derechos privilegiados en esta oportunidad, sino sobre todo imperioso hacerlo. Asimismo, juzgo de mucha importancia, por las implicaciones que pueden llegar a tener nuestras decisiones en el contexto del régimen de ahorro individual con solidaridad, exponer algunos de los criterios en función de los cuales resolver los casos similares a estos, que demanden empero soluciones distintas. Esas orientaciones debieron plasmarse en la parte motiva de esta sentencia. Como no se hizo así, decidí aclarar mi voto.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA T-020 DE 2011

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Sala Octava me permito aclarar el voto en

la presente oportunidad, debido a que si bien comparto el sentido general de la providencia no estoy de acuerdo con todos los argumentos presentados para sustentarla.

1. En la sentencia de la referencia, la Sala Octava estudió un caso relativo a la reducción o “congelación” del monto de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual, modalidad de retiro programado. De acuerdo con el sentido de la decisión, la disminución, congelación o aumento de la mesada en monto inferior al IPC es incompatible con los derechos constitucionales a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional y al mínimo vital. Los fundamentos normativos de la decisión se encuentran, de una parte, en la interpretación que esta Corporación ha efectuado sobre los artículos 48 y 53 de la Carta y, de otra, en la sentencia T-1052 de 2008, dictada por la Sala Primera en un caso prácticamente idéntico al estudiado en esta oportunidad.

Así, a juicio de la Sala, la normativa que regula el régimen de ahorro individual podría resultar incompatible con la prohibición de reducir o congelar las mesadas pensionales contenida en el artículo 48 de la Constitución Política a partir de la reforma llevada a cabo mediante acto legislativo 01 de 2005. Para la Corte, la interpretación conforme del artículo 81 de la ley 100 de 1993 (relativo a la modalidad de retiro programado) lleva a concluir que “(...) las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de retiro programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente según el Índice de Precios del Consumidor”.[29]

2. A pesar de la claridad de la subregla recién citada y la prohibición constitucional en que se funda, en el párrafo siguiente la Sala entra a determinar las implicaciones que esta tiene a largo plazo y concluye que, en la medida en que el monto de la mesada en el régimen de ahorro individual, en la modalidad de retiro programado, depende del comportamiento financiero de la cuenta individual, entonces es posible que el aumento anual de la mesada en monto igual o superior al IPC lleve a reducir excesivamente el capital de la cuenta lo que, de acuerdo con la regulación legal vigente, obliga a la administradora de pensiones a suscribir una póliza de renta vitalicia con el fin de asegurar al peticionario la pensión mínima de renta vitalicia, es decir, un salario mínimo legal mensual vigente.

En términos prácticos, si se efectúan aumentos iguales o superiores al IPC pero el comportamiento financiero de la cuenta individual comporta rendimientos inferiores al citado índice, la mesada podría reducirse eventualmente hasta la mínima legalmente admitida, situación que la Sala no duda en calificar como “una terrible paradoja”.

3. Lo que resulta extraño es que tras constatar esa paradoja la Sala concluya que la situación es simplemente un riesgo o albur que debe asumir el pensionado, quien al ingresar al régimen de ahorro individual en la modalidad estudiada expresa su consentimiento informado sobre los riesgos que su decisión comporta: “entiende esta Sala de revisión que este riesgo está implícito en la modalidad de retiro programado que hace el afiliado, quien debe tomar una decisión informada de las contingencias a las que está sujeta su elección y de los posibles riesgos a largo plazo que enfrenta”[30].

En ese orden de ideas, de la sentencia T-020 de 2011 se desprende que está prohibida la congelación o reducción de las mesadas pensionales, e incluso el aumento por debajo del IPC. Pero, en cambio, está permitida la reducción en el mediano o largo plazo, incluso hasta el monto mínimo aceptado por la ley.

La “terrible paradoja” se traslada de esa manera a las consideraciones de la Sala, pues la de

reducción o congelamiento de la mesada pensional, prohibida expresamente por la Constitución, sí se encontraría permitida en el mediano o largo plazo, como se acaba de explicar. Esa situación no solo perjudica la argumentación de la Corte, que se torna contradictoria, sino que desconoce el derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional y afecta, en consecuencia, a los titulares del derecho a la pensión que, por regla general, hacen parte de la tercera edad y son, por lo tanto, sujetos de especial protección constitucional.

4. Ahora bien, en tanto la consideración de la que discrepo no es lógicamente necesaria para sustentar las órdenes impartidas en la parte resolutive de la decisión, estimo que la única alternativa razonable para superar la paradoja, es interpretar el aparte mencionado como un *óbiter dictum*, desafortunado como se explicó, pero no vinculante en tanto ajeno a la *ratio decidendi* y a la parte resolutive de la sentencia.

Por supuesto, el régimen de retiro programado encierra una situación problemática pues en virtud de su configuración invita al pensionado a entrar en el juego del riesgo financiero, pero no era ese el problema abordado por la Sala Octava en este proceso. Se trata de un asunto que corresponde solucionar al Congreso de la República, con el fin de hacer armónica esa modalidad pensional con el derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional y la prohibición expresa de congelar o reducir el monto de la misma.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 13, cuaderno 1.

[2] Folio 12, cuaderno 1.

[3] Folio 10, cuaderno 1.

[4] Folios 32 a 52, cuaderno 1.

[5] Folios 53 a 68, cuaderno 1.

[6] Folios 71 a 89, cuaderno 1.

[7] Folios 94 a 105, cuaderno 1.

[8] Contestación a derecho de petición, folio 18, Cuaderno único del Expediente.

[9] Escrito de contestación de la tutela, Folio 56, ib.

[10] Escrito de contestación de la tutela, Folio 57, ib.

[11] Folio 10, cuaderno 1.

[12] En efecto debido a su indeterminación normativa y semántica, este precepto puede ser interpretado en diversos sentidos. Así puede entenderse que la expresión "recursos destinados a pensiones" hace referencia a los recursos que financian el sistema de seguridad social en pensiones, tanto los recursos públicos como los recursos depositados en los fondos privados, y por lo tanto el mandato de actualización tendría por objeto garantizar el mantenimiento de la

capacidad adquisitiva de tales recursos considerados como partidas globales; pero la misma expresión puede ser entendida de una manera mucho más individualizada y concreta, es decir, como las mesadas pensionales, y en esa medida el mandato del artículo 48 iría dirigido a establecer legalmente mecanismos específicos de actualización de estas obligaciones dinerarias. La jurisprudencia constitucional ha acogido ambas posibilidades y ha sostenido que el artículo constitucional en comento prevé el incremento periódico de las pensiones pero también se refiere a la totalidad de los recursos destinados a financiar el sistema de seguridad social en pensiones. Así por ejemplo en la sentencia C-630 de 2006 la garantía de una rentabilidad mínima de las cotizaciones depositadas en las cuentas de ahorro pensional individual prevista en el Art. 101 de la Ley 100 de 1993, "es uno de los posibles medios, aunque no el único, que consagra la regulación legal del Sistema de Seguridad Social Integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como lo exige el Art. 48 superior"; en el mismo sentido se ha entendido que las previsiones legales que ordenan la actualización periódica de las pensiones son una realización de este mandato constitucional. Por otra parte la jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la actualización de las mesadas pensionales encuentra fundamento también en el artículo 48 constitucional y en esta medida se adopta la segunda interpretación a la que se ha hecho referencia (Ver sentencia SU-120 de 2003, T-906 de 2005 entre otras).

[13] Previsto no sólo en el artículo 53 constitucional sino también en el artículo 21 del C. S. T.

[14] Cfr. SU-120 de 2003.

[15] Ibidem.

[16] El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible mediante la sentencia C-387 de 1994: "...con la condición señalada en la parte motiva de esta providencia, es decir, que en el caso de que la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, SEA SUPERIOR al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo mensual vigente, tendrán derecho a que ésta se les aumente conforme a tal índice".

[17] El artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue adicionado en fecha reciente por el artículo 45 de la Ley 1328 de 2009, mediante el cual se introdujo un párrafo del siguiente tenor: El Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley, en caso de que dicho incremento sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE para el respectivo año. El Gobierno Nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. Este precepto delega en el Gobierno Nacional la posibilidad de establecer mecanismos de cobertura para aquellos eventos en los cuales el incremento del salario mínimo legal mensual sea superior al IPC cuando se trata de las pensiones de renta vitalicia inmediata y de renta vitalicia diferida, por lo tanto se trata de una regulación que en principio apunta al último enunciado normativo contenido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir de las reglas que regulan el incremento de aquellas mesadas de pensiones iguales a un salario mínimo legal mensual.

[18] Ver entre otras la sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-663 de 2003, T-805 de

2004, T-815 de 2004, T-098 de 2005.

[19] Sobre este particular el artículo 5° del Decreto 692 de 1994 señala: "En el régimen de ahorro individual con solidaridad, los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleados, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado si hubiere lugar a ellos, más todos los rendimientos financieros que genere la cuanta individual. El monto de pensión es variable v depende entre otros factores. del monto acumulado en la cuenta. de la edad a la cual decida retirarse el afiliado. de la modalidad de la pensión. así como de las semanas cotizadas v la rentabilidad de los ahorros acumulados." (Subraya fuera del texto).

[20] Sobre las condiciones y características del retiro programado la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de algunos apartes del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en la Sentencia C-841 de 2003, sostuvo: "En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión. El valor de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida pensionarse el afiliado, de las semanas de cotización, de la rentabilidad y de la modalidad de la pensión // Como sistema de capitalización que es, garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...) El Retiro Programado, es la modalidad en la cual el afiliado o sus beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora con cargo a la cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional, si a él hubiere lugar. Esta modalidad de pensión se calcula anualmente de acuerdo con la expectativa de vida del afiliado y de su grupo familiar y la mensualidad se recalcula anualmente teniendo en cuenta el saldo de los recursos en la cuenta de ahorro individual. Mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, el saldo de la cuenta de ahorro pensional, no puede ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima // En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto ésta depende de sus aportes, sin perjuicio de las garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales (...)"

[21] Es importante señalar que el artículo 52 de la Ley 1328 de 2009 modificó este artículo de la Ley 100 de 1993 y en lo que respecta a esta obligación a partir del 15 de septiembre de 2010 entrará en vigor el siguiente mandato: "Las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones deberán garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima de cada uno de los Fondos de Pensiones, la cual será determinada por el Gobierno Nacional".

[22] En esos términos se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia T-1052 de 2008.

[23] Sentencia T-1052 de 2008 F. J. 6.5.

[24] F. J. 6.6.

[25] Esa fue la postura defendida en la sentencia T-1052 de 2008.

[26] Al respecto se consigna en el fundamento jurídico 6.6. de esta sentencia: "De hecho, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente de tutela, está demostrado que a pesar de que en el año 2004 Porvenir reconoció al actor una mesada pensional de \$1.110.150, cuatro años después ésta sólo se ha incrementado en \$49.250, esto es, \$1.159.400, monto que de ninguna manera guarda relación con las variaciones porcentuales del IPC desde el año 2004, pues en aplicación de la información disponible por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, independientemente de los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, en la actualidad el actor debería devengar como mínimo una mesada pensional de \$1.356.031 aproximadamente".

[27] El mismo que, según Pound, impide el anquilosamiento de las reglas sentadas por un juez en su providencia. Con el empirismo judicial –dice- "[e]l desarrollo o crecimiento [del criterio fijado en una providencia] queda asegurado porque los límites a que puede alcanzar el principio no quedan autoritariamente señalados de una vez para siempre, sino que se descubren gradualmente mediante un proceso de inclusión y exclusión, a medida que surgen casos que ponen a prueba su eficacia práctica y revelan hasta qué punto proporcionan una solución justa en su efectiva manera de operar". Ver Pound, Roscoe: El espíritu del 'common law', Trad. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 181. En general, véase el Capítulo denominado 'Empirismo judicial'.

[28] Zagrebelsky, Gustavo: El derecho dúctil, Trad. Marina Gascón Abellán, Sexta edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 119.

[29] Sentencia T-020 de 2011. Pg. 36.

[30] Ibídem.

2



