Proceso: Ordinario Laboral

Radicado No: 66001-31-05-004-2015-00086-01

Demandante: Pedro Claver Ospina Arias

Demandado: Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías- Porvenir S.A.

Providencia: Sentencia de 18 de septiembre de 2015

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

 Magistrado Ponente: ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO

TEMA:

REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL EN LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO/ Posible descapitalización impide el incremento periódico con base en la variación del IPC

“(…) considera la Sala que la a quo al ordenar que la mesada pensional del demandante se reajustara conforme lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, incurrió en error, al no aplicar lo estipulado en el artículo 81 de la mencionada ley, que específicamente determina como se realiza el cálculo de la mesada pensional en la modalidad escogida por el demandante y que al ordenar lo mencionado previamente, en principio favorecería los intereses del demandante, pero a futuro la cuenta de ahorro del asegurado podría descapitalizarse, ya que los dineros para el pago del retroactivo y los reajustes ordenados saldrían de los propios ahorros de la cuenta del asegurado disminuyendo de esta forma considerablemente el saldo (…)”

Cita: ARENAS MONSALVE, Gerardo “El derecho colombiano de la seguridad social”, Tercera edición actualizada. Editorial Legis, 2011.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los quince (15) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las dos de la tarde (2:00 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los suscritos magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Pedro Claver Ospina Arias** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías-Porvenir S.A..**

1. **REGISTRO DE ASISTENCIA**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

1. **TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

Oídas las argumentaciones en esta Sala de Decisión, le corresponde dictar la decisión que en derecho corresponde:

#### **ANTECEDENTES**

Pretende el demandante que la justicia laboral declare que tiene derecho a que la entidad demandada le reajuste su pensión de vejez desde el 1º de enero de 2009, según la variación del IPC certificado por el DANE y como consecuencia se condene de igual manera a reajustar o incrementar anualmente y periódicamente la pensión de vejez a partir del 1º de enero de 2016 con la variación del IPC, el retroactivo de las mesadas dejadas de cancelar debidamente indexadas y las costas del proceso.

Fundamenta sus pedidos, manifestando que ante la promesa de una mejor prestación su poderdante el señor Pedro Claver Ospina se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; teniendo el asegurado los ahorros necesarios derivados del saldo de la cuenta individual y el bono tipo “A” a cargo de la La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público le fue otorgada una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, escogida por el demandante, a partir del 1º de octubre de 2000 por una valor en la mesada de $478.903

Para el mes de mayo de 2008 el actor contaba con una mesada pensional de $1.030.107, que a partir de esta fecha para el mes de junio de la misma anualidad la mesada que estaba recibiendo el pensionado disminuyó a un valor de $927.096, monto que se canceló hasta el mes de diciembre de 2010, sin ninguna clase de aumento por parte de la AFP.

Para todo el año 2011 la mesada volvió a disminuir en cuantía de $917.486; igualmente sucedió para todo el 2012, siguió disminuyendo, esta vez a un valor de $852.725, sucediendo lo mismo para los años de 2013, 2014 y 2015, cada uno con un monto de $843.699, $761.087 y $679.542 respectivamente. Explica el apoderado judicial que desde el mes de junio de 2008 la pensión obtenida por su representado ha sido disminuida sistemáticamente al punto que hoy ésta recibiendo el 65% de la primera mesada pensional.

Manifiesta que el 8 de julio de 2014, presentó a Porvenir S.A., solicitud de reajuste o incremento de la mesada pensional, a lo que mediante oficio 104 del 23 de diciembre de 2014, negó lo solicitado por el actor, argumentando que debido a la modalidad escogida por el asegurado, esta fue, la de retiro programado, la mesada debe recalcularse anualmente y por consiguiente no se incrementa con el IPC.

La **Sociedad Administradora Colombiana de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,** contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos relacionados respecto del tipo de pensión y modalidad reconocida al asegurado, las disminuciones en la mesada pensional del actor para los años 2008, 2009 y 2010; la reclamación hecha por el demandante en relación al reajuste de la mesada y la respectiva contestación por parte de su poderdante. Frente a los demás hechos manifestó negarse a como se encontraban redactados.

Acto seguido se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto, el demandante al haber elegido la modalidad de retiro programado para el pago de una pensión, esta mesada puede aumentar o disminuir conforme a las variaciones del saldo de la cuenta de ahorro individual del asegurado, que no solamente se debe tener en cuenta la variación del IPC, sino también el recalculo propio de dicha modalidad; como excepciones propuso las siguientes “Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo”, “Buena fe”, “Prescripción”, “Compensación” y las llamadas “Innominadas o Genéricas”

1. **SENTENCIA DEL JUZGADO**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, en sentencia del 18 de septiembre de 2015, declaró que el señor Pedro Claver Ospina Arias tiene derecho a que su pensión sea reajustada anualmente con base en el incremento conforme al IPC certificado por el DANE, independiente al régimen que se encuentre afiliado y la modalidad que haya elegido; condenó a la parte demandada a reajustar e incrementar la mesada pensional del demandante conforme lo indicado, reconociendo y pagando a partir del mes de septiembre de 2015 la suma de $1.310.570,64 correspondiente a la mesada pensional del mismo año, incrementando ese valor a partir del mes de enero de 2016 y hacia futuro, de acuerdo al IPC que se certifique por parte del DANE para el año 2015, con las limitaciones indicadas; condenó a Porvenir S.A. a reconocer y pagar a favor del pensionado Pedro Claver Ospina Arias la suma de $26.168.781 correspondiente al retroactivo pensional causado entre el 8 de julio de 2011 y el último día del mes de agosto de 2015, suma que se indica ya ha sido indexada a la fecha; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los valores causados antes del 7 de julio de 2011 y no probadas las demás; condenó en costas a la parte vencida en un 90%.

La *a quo* fundamento su decisión sustentándola con base en la jurisprudencia constitucional, más específicamente en la Sentencia T-1052 de 2008, la cual si bien es cierto genera efectos inter-partes, las normas analizadas son de carácter general y predicables en todas las actuaciones administrativas y judiciales, la cual para el caso en concreto, la sentencia traída a colación es aplicable en todas sus partes, ya que trata el tema del reajuste de las pensiones tratándose del régimen de ahorro individual con solidaridad; analizando el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que contempla lo referente a los reajustes pensionales de aquellas prestaciones independiente de a qué régimen pertenezca el afiliado.

 Contra el mentado fallo, se alzó la demandada en el sentido que al tratarse de una pensión obtenida en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad este trae unos requisitos plasmado en la ley para acceder a una pensión de vejez y le brinda al asegurado la escogencia de una modalidad de pago, que para el caso, el demandante escogió la de retiro programado, la cual está reglamentada en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, más específicamente, en lo relacionado al cálculo de la mesada pensional del pensionado.

1. **CONSIDERACIONES**

***Problema jurídico:***

*¿La asiste derecho al demandante habiendo escogido la modalidad de retiro programado, el reajuste e incremento de la mesada pensional con base en la variación del IPC?*

1. **DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA**
	1. **De la modalidad de Retiro Programado en el Régimen de Ahorro Individual**

Esta modalidad se caracteriza por el que el afiliado es aquel que tiene el derecho de propiedad sobre el saldo de la cuenta de ahorro individual, quien a partir del momento efectivo de la pensión tendrá la calidad de pensionado, dicha cuenta es administrada por una AFP, quien como simplemente juega ese papel, es decir, como mera administradora del capital, que recordemos es de propiedad del afiliado, las obligaciones emanadas para la AFP son de medio, más no de resultados, dichas obligaciones son: *“ i) Garantizar una rentabilidad superior a la mínima durante el tiempo que dure el retiro programado; ii) Pagar la mesada que corresponda al pensionado, de acuerdo al cálculo establecido en el inciso segundo arriba transcrito; iii) Trasladar al pensionado a la modalidad de renta vitalicia cuando se prevea razonablemente que saldo de la cuenta de ahorro individual no va a ser suficiente para financiar una pensión mínima; y, iv) A la extinción de la pensión colocar el saldo remanente a disposición de los herederos o, en su defecto, destinarlo al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima”[[1]](#footnote-1)*. Como consecuencia de su papel como administradora de este capital, la entidad tiene derecho a cobrar una comisión otorgada bajo la rentabilidad obtenida.

Respecto a los beneficios que obtiene el afiliado al momento de elegir esta modalidad para el pago de su pensión, podemos encontrar el obtener una mesada pensional mucho mayor a lo que obtendría si escogiera la modalidad de renta vitalicia; mesada cuyo valor se somete al riesgo financiero de mantener una cuenta para el caso del retiro programado sometida a las contingencias del mercado, dado el régimen de inversiones obligatorias, sin reajustar el monto de esta mesada con base en el IPC, ya que al hacerlo de esta manera, se pase casi que de manera inmediata de una determinada cuantía de pensión a una pensión mínima ante el eventual agotamiento del saldo que posea en la cuenta el pensionado.

* 1. **Reajuste Pensional en el RAIS-Retiro Programado**

Cuando se trata el tema de reajustes en las mesadas de aquellos afiliados que, por su libre conocimiento y disposición han escogido al momento de cumplir los requisitos para acceder a una pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad la modalidad de retiro programado, no se pueden tomar tal como lo estipula el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 *“(…) 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.(…)”*, debido a que dicha modalidad trae consigo en el artículo 81 de la misma ley en mención unas reglas específicas para el cálculo de la mesada pensional de forma anual, las cuales dependiendo de la capitalización del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del asegurado podría la mesada pensional, elevarse o disminuirse, dichas reglas son las siguientes:

***“ARTÍCULO 81. RETIRO PROGRAMADO.****El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que 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. (…)”*

De esta norma se concluye que al afiliado que haya elegido este tipo de modalidad para el pago de su pensión se le calculará la mesada de forma anual y, el monto mensual de esta será la doceava parte de esa anualidad. Al respecto la doctrina se ha manifestado en relación a la modalidad de retiro programado en los siguientes términos:

*“(…) Lo que se regula en esta modalidad es una técnica para obtener que los retiros de la cuenta pensional permitan razonablemente suponer que el saldo respectivo alcanzará para efectuar los pagos pensionales durante toda la vida del pensionado.*

*Se dispone, al efecto, que el saldo de la cuenta se divide por el número de años de la vida probable del afiliado, en ese momento, y que el resultado de esa operación conforma la primera anualidad de pensión. La pensión mensual sería la doceava parte de esa anualidad.*

*Entre tanto, el saldo de la cuenta seguirá en la administradora produciendo los rendimientos respectivos. Al año siguiente, se repite la operación anterior y así se calcula la segunda anualidad de pensión. Se procede de la misma manera cada año y así se obtiene la pensión respectiva (…)”[[2]](#footnote-2)*

1. **CASO CONCRETO**

El apelante, manifiesta que el cálculo de las mesadas pensionales bajo la modalidad del retiro programado tienen sus propias reglas y no pueden ser obviadas, ya que al reajustarlas, la cuenta de ahorro individual se puede ver descapitalizada y como consecuencia el demandante termine con una mensualidad correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Frente a lo anterior, considera la Sala que la *a quo* al ordenar que la mesada pensional del demandante se reajustara conforme lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, incurrió en error, al no aplicar lo estipulado en el artículo 81 de la mencionada ley, que específicamente determina como se realiza el cálculo de la mesada pensional en la modalidad escogida por el demandante y que al ordenar lo mencionado previamente, en principio favorecería los intereses del demandante, pero a futuro la cuenta de ahorro del asegurado podría descapitalizarse, ya que los dineros para el pago del retroactivo y los reajustes ordenados saldrían de los propios ahorros de la cuenta del asegurado disminuyendo de esta forma considerablemente el saldo, ocasionando de manera inevitable el evento previsto en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 *“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 (…)”*

En ese orden de ideas, la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, se revocará en todas sus partes y en consecuencia se absolverá a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

 Costas no se causaron en esta instancia por haber salido avante el recurso, las de primera instancia cargo de la parte demandante en un 100%.

En mérito de lo expuesto, el **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

1. **PRIMERO: REVOCA** la sentencia proferida el dieciocho (18) de septiembre de dos mil quince (2015), por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por **Pedro Claver Ospina Arias** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**
2. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

La anterior decisión queda **notificada en estrados.**

Los Magistrados,

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

*Magistrado Ponente*

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 *Magistrada* *Magistrado*

**Leonardo Cortés Pérez**

*Secretario*

1. Problemas Actuales de Seguridad Social-La Pensión de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual. Fernando Castillo Cadena [↑](#footnote-ref-1)
2. El derecho colombiano de la seguridad social, Tercera edición actualizada. Gerardo Arenas Monsalve [↑](#footnote-ref-2)