



**El retiro programado del RAIS y los reajustes pensionales:
¿Un choque de derechos que en el tiempo atenta contra el pensionado?**

Proyecto de Grado

Presentado por: Katherine Vanessa Martínez Muñoz¹

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Maestría en Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Bogotá D.C.

2020

¹ Politóloga y Abogada de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente trabaja para la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RESUMEN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 (adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005) y 53 de la Constitución Política de 1991, los pensionados en Colombia tienen derecho a que sus mesadas se reajusten de forma periódica, sin que se congelen o disminuyan. Incluso, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 previó que éstas deben reajustarse de oficio el primero de enero de cada año, según la variación del IPC certificado por el DANE para la anualidad inmediatamente anterior o conforme al reajuste del salario mínimo, según corresponda. No obstante, tales premisas pierden firmeza y entran en tensión con normas infraconstitucionales, cuando se trata de pensionados que disfrutaban de su derecho bajo la modalidad de retiro programado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), toda vez que al tiempo que se deben reajustar, siguiendo el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, también cada anualidad compete efectuar un recálculo de la mesada, que responde a factores exógenos tales como: la rentabilidad alcanzada por la cuenta de ahorro individual en función de las inversiones realizadas según el fondo seleccionado y el activo de inversión, la expectativa de vida del pensionado, así como el número y edad de los beneficiarios, tasas de mortalidad, entre otros, lo que puede llevar a que la mesada pensional fluctúe de forma positiva, negativa o se mantenga igual.

En virtud de lo anterior, el objeto principal del presente artículo es determinar si la modalidad de pensión de retiro programado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, regulada en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, es compatible con las disposiciones constitucionales y legales, mencionadas con antelación, que ordenan el reajuste al primero de enero de cada anualidad de las mesadas pensionales, sin que estas puedan congelar o disminuir su monto. Para tal efecto, el documento estudia las particularidades constitucionales del derecho fundamental a la seguridad social, el surgimiento del RAIS, sus características, entre ellas, el sistema de multifondos y las modalidades pensionales, con especial énfasis en la del retiro programado y la fórmula de cálculo anual de la mesada en ésta. Una vez abordado conceptualmente lo anterior, que permite ubicar al lector y entender cada una de las variables desarrolladas, se realiza un análisis jurídico de los pronunciamientos de las Altas Cortes (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia), así como también de entidades expertas como Anif, Asofondos, que aborda la dinámica real de estos dos cálculos.

Luego de desarrollar la estructura propuesta, se concluye, principalmente, que el artículo 81 mencionado se tornó inconstitucional a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, porque es propio de la naturaleza de la modalidad de retiro programado, que la mesada fluctúe negativa y positivamente o que se mantenga constante, lo cual está prohibido después de la expedición de dicha reforma constitucional, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, sin que frente a tal incompatibilidad la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia hayan, a la fecha, brindado alguna solución efectiva. Además, efectuar el reajuste constitucional cada 1° de enero, regulado por los artículos 53 de la Constitución Política y el 14 de la Ley 100 de 1993 y, a la vez, el recálculo anual legal previsto en el artículo 81 referido, puede llevar a la descapitalización acelerada de la CAI, incurriendo con ello, nuevamente, en la prohibición constitucional de disminuir la mesada.

ABSTRACT

In accordance with the provisions of articles 48 (added by Legislative Act 01 of 2005) and 53 of the 1991 Political Constitution, pensioners in Colombia have the right to have their pension allowances readjusted periodically, without being frozen or reduced. Even article 14 of Law 100 of 1993 foresaw this, by providing that these must be readjusted on January 1 of each year, according to the variation in the "IPC" certified by DANE for the immediately preceding year or according to the minimum salary readjustment, as applicable. However, such premises lose firmness and come into tension with infra-constitutional rules, when it comes to pensioners who enjoy their right under the programmed retirement modality of the Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), since at the time they must be readjusted, following article 81 of Law 100 of 1993, each annuity, a recalculation of the allowance must be made, which responds to exogenous factors such as: the profitability of the investments made according to the selected fund and the investment asset, the extra-longevity of the pensioner, as well as the number and age of beneficiaries, mortality rates, among others, which can lead the allowance to fluctuate positively, negatively or remain the same.

Hereby, the main purpose of this article is to analyze whether the programmed retirement modality in the Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), regulated in article 81 of Law 100 of 1993, is compatible with the constitutional provisions, mentioned in advance, which order the readjustment to January 1 of each annuity of the pension allowances, without these being able to freeze or reduce their amount. For this purpose, the document studies the constitutional particularities of the fundamental right to have social security, the emergence of the RAIS modality, its characteristics, among them the multi-fund system and the pension modalities, with special emphasis on the one that corresponds the scheduled withdrawal and the annual calculation formula of the allowance in it. Once the above has been conceptually addressed, which allows the reader to locate and understand each of the developed variables, a legal analysis of pronouncements from the High Courts (Constitutional Court and Supreme Court of Justice) is carried out, as well as expert entities such as ANIF and ASOFONDOS against the real dynamics of these two calculations.

After developing the proposed structure, it is mainly concluded that the mentioned article 81 became unconstitutional as of the expedition of the Legislative Act 01 of 2005, because it is inherent to the nature of the programmed withdrawal modality that the allowance fluctuated negatively and positively or that it remains constant, which is prohibited after the expedition of said constitutional reform, which added article 48 of the 1991 Political Constitution, without providing an effective solution, to date, by the Constitutional Court or the Supreme Court of Justice in the face of such incompatibility. In addition, carrying out the constitutional readjustment every January 1, regulated by articles 53 of the Political Constitution and 14 of Law 100 of 1993 and, at the same time, the legal annual recalculation provided for in the aforementioned article 81, may lead to the accelerated decapitalization of the CAI, thereby incurring, once again, in the constitutional prohibition of reducing the allowance.

PALABRAS CLAVES

Régimen de ahorro individual con solidaridad, retiro programado, reajuste anual, recálculo pensional, riesgo de extralongevidad, riesgo financiero, multifondos.

KEY WORDS

Individual savings scheme with solidarity, programmed retirement modality, annual readjustment, pension recalculation, extra-longevity risk, financial risk, multi-funds.

METODOLOGÍA

La metodología de trabajo que se implementó en el presente artículo correspondió a una revisión analítica documental de la normatividad y Jurisprudencia que regulan la materia, entre ellos, la Constitución Política de 1991, la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005, Decreto 558 de 2020, conceptos e informes de la Superintendencia Financiera de Colombia, Jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de la Corte Suprema de Justicia y diferentes doctrinantes.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

- **ANIF:** Asociación Nacional de Instituciones Financieras
- **AFP:** Administradora de Fondo de Pensiones
- **ASOFONDOS:** Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías
- **CAI:** Cuenta de Ahorro Individual
- **DANE:** Departamento Administrativo Nacional de Estadística
- **FASECOLDA:** Federación de Aseguradores Colombianos
- **FIAP:** Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones
- **IPC:** Índice de Precios al Consumidor
- **ISS:** Instituto de Seguros Sociales
- **IVM:** Invalidez, Vejez y Muerte
- **IPC:** Índice de Precios al Consumidor
- **RAIS:** Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
- **RPM:** Régimen de Prima Média con Prestación Definida
- **RP:** Retiro Programado
- **SGP:** Sistema General de Pensiones
- **SMLMV:** Salario Mínimo Legal Mensual Vigente
- **SFC:** Superintendencia Financiera de Colombia

ÍNDICE

1. Introducción

2. Reseña histórica de la seguridad social en Colombia

2.1. Aproximación constitucional al derecho fundamental de la seguridad social.

2.2. Acercamiento legal a la seguridad social en Colombia, desde la Ley 100 de 1993.

2.2.1. Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM).

2.2.2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

3. Características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

3.1. Sistema de multifondos

3.2. Modalidades pensionales

3.2.1. El retiro programado y sus particularidades

3.2.1.1. Anualidad.

3.2.1.2. Fórmula de cálculo de la mesada.

3.2.1.3. Riesgos inherentes.

3.2.1.3.1. Riesgo de extralongevidad.

3.2.1.3.2. Riesgo financiero.

4. Análisis jurídico de la relación entre el reajuste de la mesada pensional y el recálculo anual de la misma

4.1. Posición de entidades expertas como Anif y Asofondos: los ahorros de la CAI bajan con alta probabilidad de llegar a un salario mínimo.

4.2. Posición de la Corte Constitucional: inconstitucionalidad eventual del artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

4.3. Posición de la Corte Suprema de Justicia: posible afectación al pensionado que obedece a las particularidades de cada caso.

5. Resultados del artículo

6. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que uno de los temas que están presentes al momento de abordar una reflexión sobre el camino político y social de nuestro país es el sistema de pensiones y su papel para lograr una cohesión social. Por ello, el área de Economía y Negocios del diario El Tiempo publicó que: “[a]l Gobierno que asuma las riendas de Colombia en el próximo cuatrienio le queda una tarea impostergable, pues no podrá darse el lujo, como lo hizo el actual, de posponer un día más la reforma pensional que se requiere, pero a falta de una transformación integral al sistema pensional, en el Congreso de la República se están radicando ‘reformitas’ (...). Según los informes del Congreso, por la agenda de la legislatura del 2017 han pasado 8 proyectos (6 en Senado y dos en Cámara)” (El Tiempo, 2017). En esa oportunidad, se encontraba en curso el Gobierno del expresidente Juan Manuel Santos, lo que significa que dicha tarea impostergable la debe asumir el actual presidente, Iván Duque, quien ha evidenciado que en su mandato el tema pensional será objeto de cambio, aunque aún no se ha presentado una reforma oficialmente al Congreso de la República².

En la actualidad, los problemas pensionales cobraron relevancia debido al COVID 19, toda vez que las discusiones y medidas adoptadas para abordar la crisis por la pandemia, como lo destacó Olivera (2020), “*revelan problemas estructurales del sistema y hacen aún más urgente la reforma. Las tres medidas más discutidas son, primero, el traslado a Colpensiones de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado de los fondos privados cuyo saldo, debido a la caída en la rentabilidad, pueda ser insuficiente para financiar la pensión de salario mínimo, segundo, el traslado de las personas que están a menos de 10 años de llegar a la edad de pensión, y tercero, el retiro de parte de los recursos ahorrados para la pensión*”.

Ahora bien, entre las muchas ideas que se han planteado, David Cuervo, experto en pensiones de la consultora Mercer, argumentó que existen dos posibilidades de reforma pensional. Una de ellas es “*crear un solo sistema donde la gente cotice a la parte pública hasta un salario mínimo y por encima de esto lo haga en una cuenta individual en un fondo privado*” (Dinero, 2020), lo que equivale a un método en donde los dos regímenes se complementan. La otra refiere a un sistema dual donde si existe competencia, pero en igualdad de condiciones, lo que implica, entre otras cosas, reconsiderar la fórmula de cálculo de la mesada pensional en los dos regímenes (Dinero, 2020).

En oposición a lo anterior, Asofondos (Dinero, 2020) propuso eliminar el sistema dual que introdujo la Ley 100 de 1993, conformado por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), traído del sistema hasta entonces vigente y por el Régimen Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), para dejar todo como un único régimen, basado en las estructuras del sistema privado, pero que puede ser administrado por un fondo público o privado. No obstante, esto implica “*mayor competencia entre los fondos y flexibilización del régimen de inversiones para buscar mayores retornos, así como unas comisiones más transparentes y reactivar el mercado de rentas*”.

² Hasta la fecha, sólo se ha proferido el Decreto 1174 de 2020 que reglamentó el piso de protección social, institución que se contempló en el artículo 193 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 (Ley 1955 de 2019) y se dirige, de forma obligatoria, para quienes devenguen un ingreso inferior a un SMLMV por contrato(s) de prestación de servicios o laborales por tiempo parcial, así como de forma voluntaria para aquellos que laboran en la informalidad, con ingresos del mismo monto. Estos trabajadores podrán acceder a los Beneficios Económicos Periodos Sociales (BEPS).

vitalicias para poder contar con productos de retiro, entre otras reformas que requieren los fondos privados” (Dinero, 2020).

Bajo cualquiera de las propuestas mencionadas, es una realidad las diferencias de las mesadas pensionales en los dos regímenes existentes en la actualidad, pues se ha demostrado que las otorgadas en el RAIS resultan considerablemente más bajas que las concedidas en el RPM, como lo afirmó Moreno, M (2020)³. Igualmente, en la modalidad pensional más implementada en nuestro país en el RAIS, esto es, el retiro programado, existen tensiones de relevancia constitucional entre el recálculo anual ordenando por el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y el reajuste con el IPC o SMLMV, con la imposibilidad jurídica de congelar o disminuir el monto de esta para que conserve su poder adquisitivo, dispuesto por los artículos 48 y 53 superiores, así como también por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Este aspecto lleva al planteamiento del problema de investigación y debería ser objeto de la próxima reforma pensional⁴.

En tal virtud, el presente artículo busca responder lo siguiente: ¿Es compatible la modalidad de pensión de retiro programado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las disposiciones constitucionales y legales que ordenan el reajuste de las mesadas pensionales, sin que estas puedan congelar o disminuir su monto?

Para abordar el problema planteado, se desarrollará la siguiente ruta de análisis y discusión: i) se realizará una aproximación histórica a la seguridad social en Colombia, desde un punto de vista constitucional y legal, a partir de la Ley 100 de 1993; ii) se estudiarán las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre ellas el sistema de multifondos y las modalidades pensionales y, de estas últimas, se enfatizará con detalle en las particularidades propias del retiro programado; iii) se revisará el análisis que frente a la materia han realizado entidades como la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (Anif), la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía (Asofondos), la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; iv) se presentarán los resultados del artículo, evidenciando las incongruencias encontradas, los problemas que aún persisten y las críticas al respecto y, v) por último, se mostrarán de forma concreta las conclusiones.

II. RESEÑA HISTÓRICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

En Colombia, con la Ley 6ta de 1945, nació la Caja Nacional de Previsión Social para los servidores públicos y con la Ley 90 de 1946, se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS)⁵, que cubría los riesgos de enfermedad, maternidad y laborales. Sin embargo, con el

³ Dicho autor realizó un modelo de simulación pensional y encontró que el porcentaje del salario promedio (tasa de reemplazo) que se recibirá como mesada pensional resulta mayor en RPM que en RAIS. Aunado a ello, argumentó que el RAIS maduró y sus afiliados que empezaron a pensionarse, evidenciaron que, en muchos casos, las mesadas son bajas. Lo anterior, responde a que *“el régimen privado en valor de la pensión se calculó con base al capital ahorrado durante su vida laboral, mientras que en el régimen público la fórmula de reconocimiento tiene implícitos subsidios estatales”* (Moreno, SF, p. 53).

⁴ También, podría evaluarse si lo que se requiere es una reforma constitucional del artículo 48 Superior.

⁵ Este instituto nació para que se administrara el régimen del seguro social obligatorio en el sector privado, con el objeto de reemplazar a los empleadores en la obligación de reconocer prestaciones sociales, lo cual se haría de forma transitoria hasta que se implementara totalmente el ICSS (Arenas, G 2018, p. 64). Tal normativa desarrolló *“todo el sistema de seguridad social, razón por la cual se le ha considerado [a ésta última normativa] como el inicio y creación de la seguridad social colombiana”* (Muñoz, A 2010, p. 106).

Decreto 1824 de 1965, referente a los aportes y recaudos para el seguro de invalidez, vejez y muerte (IVM) y el Decreto 3041 de 1966, sobre el reglamento general de dicho seguro, se ampliaron las prestaciones para amparar los riesgos mencionados, así como también el grupo de beneficiarios y su cobertura (Arenas, G, 2018, p. 77). Para este momento, las obligaciones pensionales que se encontraban en cabeza de los empleadores ya habían sido asumidas por el ICSS, entidad que en 1977 cambió su nombre al Instituto de Seguros Sociales (ISS).

En concreto, con el reglamento aludido, se instituyó un sistema de reparto en el que los trabajadores activos realizaban sus aportes a un fondo común, al cual se acudía para sufragar las prestaciones de aquellos empleados inactivos que se pensionaban. En palabras de Villar, Malagón, Vaca y Ruiz, (2013) es *“un modelo de solidaridad intergeneracional donde el aporte de las generaciones más jóvenes constituye un pasivo a ser solventado con las contribuciones de generaciones futuras. Este sistema es considerado como no fondeado, ya que el dinero pagado por los actuales afiliados se usa para cubrir la pensión de los beneficiarios y no la del aportante”* (p. 3).

Ahora bien, aunque sin duda la conformación de dicho régimen de reparto fundó las bases para la construcción del sistema pensional actual, como lo sostiene Rodríguez (2017), veinte años después de su funcionamiento empezaron a florecer signos marcados de insostenibilidad financiera, poca cobertura e inequidad, lo que se reflejó, específicamente, en los siguientes problemas:

“(i) la tasa de cotización no se incrementó gradualmente como se había previsto desde el principio; (ii) el Estado incumplió su parte de la cotización; (iii) los excesivos beneficios, relativos a los aportes; (iv) la existencia de una amplia gama de regímenes especiales y de cajas administradoras; y (v) el cambio demográfico, que implicó menores aportes (cada vez menos jóvenes) y mayores gastos (la gente vivía más años)” (Santa María, Botero, Martínez, Millán y Stiener, 2010, p. 5).

Lo expuesto llevó a que el Gobierno Nacional estructurara una reforma pensional, que se materializó en la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral. Esta disposición, además de ser el eje cardinal del Sistema General de Pensionales (SGP) que rige en la actualidad, es la columna vertebral del presente artículo, razón por la cual es oportuno proceder a su análisis, en primer lugar, desde una aproximación constitucional, a partir de la Constitución de 1991, porque, en palabras de Arenas (2018) esta normativa *“se creó como desarrollo de la concepción constitucional de la seguridad social”* (p. 99) y, en segunda medida, un acercamiento legal a dicho sistema con la Ley 100 de 1993 y sus reformas posteriores.

2.1. Aproximación constitucional al derecho fundamental de la seguridad social

En palabras de Muñoz y Esguerra (2012) *“la Constitución colombiana de 1886, en materia de seguridad social, no realizó aportes significativos a esta área del derecho laboral y seguridad social, la Carta Política de 1991, fue más generosa en esta materia, se elevó a rango constitucional el derecho a la seguridad social”* (p. 89). Por ello, al prever la Carta Magna dicho derecho, contribuyó a construir las bases constitucionales principales de la seguridad social, entendiendo esto como su naturaleza, principios rectores y características.

Específicamente, el derecho a la seguridad social fue definido en el artículo 48⁶ superior como: “*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social [...]*”. Esto significa que tiene una doble connotación, a saber: i) un derecho irrenunciable, por cuanto, pese a su tipificación como prestacional, se encuentra ligado a garantías constitucionales, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia T-596-2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. y ii) un servicio público esencial a cargo del Estado, en tanto que “*es toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua*” (artículo 430, Código Sustantivo del Trabajo) y, por ello, recae sobre éste la obligación de coordinar, controlar y dirigir su efectiva ejecución, siendo un derecho inherente a la finalidad del Estado (Arenas, 2018, p. 143).

Ahora, siguiendo lo expuesto por Arenas (2018), el derecho a la seguridad social adquirió el rango constitucional, al encontrarse plasmada en la Constitución, lo que implicó que el aparato estatal enfocará sus esfuerzos en garantizar su realización efectiva y, debido a ello, el Congreso no puede legislar en su contra. Sin embargo, éste no quedó consagrado expresamente en la Constitución de 1991 como un derecho fundamental, pues dicha naturaleza la adquirió por vía Jurisprudencial, en un primer momento por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, mínimo vital, dignidad humana o salud, entre otros y, posteriormente, se consideró un derecho fundamental autónomo⁷. De tal forma lo reconoció la Corte Constitucional en providencia T-322-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, al sostener que:

“[...] en su jurisprudencia inicial, la Corte Constitucional sostenía que el derecho a la seguridad social solo podía ser considerado como fundamental en los siguientes casos: (i) por la transmutación del derecho, (ii) por su conexidad con otro derecho fundamental (teoría de la conexidad) y (iii) cuando su titular fuese un sujeto de especial protección constitucional”. Empero, en sentencia T-016 de 2007, este Tribunal argumentó que no resulta razonable separar los derechos económicos, sociales y culturales de los fundamentales como sucedía en un principio. De esta manera, reconoció el carácter fundamental que reviste el derecho a la seguridad social”.

Luego, el artículo 48 suprelegal mencionado, fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, a través del cual se alteraron principalmente seis aspectos, exclusivamente, del SGP. Estos son los siguientes: i) se prohibió la negociación colectiva de los sindicatos y trabajadores en materia pensional; ii) se eliminó la mesada 14 o la adicional de junio, por lo que quien cause su derecho a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, recibirá 13 mesadas pensionales; iii) se limitó

⁶ Es de precisar que, junto a dicha disposición de la Constitución Política, se encuentran los artículos 44 (derecho fundamental de los niños a la salud y seguridad social), 46 (Estado debe garantizar a las personas de la tercera edad los servicios de seguridad social integral y subsidio alimenticio en caso de indigencia), 49 (garantizar el acceso a servicios de promoción, protección y recuperación en salud) y 50 (Los niños menores a un año deben estar cubiertos por algún tipo de seguridad social, de lo contrario recibirán atención gratuita en salud), entre otros, que también refieren a la seguridad social pero en lo que no se profundizará en este acápite.

⁷ El cambio de posición descrito frente al derecho a la seguridad social y con ello el derecho a la pensión que hace parte de aquél, implica que, como lo argumenta Muñoz (2012), se convierta un derecho de todos los ciudadanos que no está en dependencia a la existencia o no de una relación laboral. Es decir, quebranta la relación de dependencia que tenía frente a las prestaciones laborales, lo hace un derecho exigible de forma independiente. Este es un aspecto que merece profundidad y debate, pero al no ser el objeto del presente artículo, no se ahondará en él. En caso de interés, acudir a Muñoz, A (2012). La constitución de 1991 y la seguridad social. El derecho laboral generalizado. Bogotá: Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes.

temporalmente el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; iv) se fijó el tope máximo de 25 SMLMV a las pensiones con cargo a recursos de naturaleza pública, a partir del 31 de julio del 2010 y también estableció la prohibición de disminuir, congelar o no cancelar la mesada pensional⁸; v) se eliminaron los regímenes especiales y exceptuados, salvo el de la Fuerza Pública y la Presidencia de la República (Rodríguez, 2017, p. 56) y, vi) se adicionó el principio de sostenibilidad financiera al derecho de la seguridad social.

En consideración de lo expuesto, queda claro que la Carta Magna fijó los parámetros macros para legislar sobre la materia y garantizar el derecho a la seguridad social. En concreto, dispuso en cabeza del Estado la labor de dirigir el sistema y coordinar a las instituciones intervinientes, así como también estableció, respecto de la gestión, la participación dual entre Estado y el sector privado, para evitar la estatalización total o la privatización absoluta (Arenas, 2018, p. 149).

2.2. Acercamiento legal a la seguridad social en Colombia, desde la Ley 100 de 1993.

Con la finalidad de dar cumplimiento al artículo 48 de la Constitución Política de 1991, se creó el sistema integral de seguridad social, a través de la Ley 100 de 1993, por el cual se buscaba “*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*” (artículo 1º, Ley 100 de 1993). De acuerdo con el artículo 8º del mismo compendio normativo, este sistema está conformado por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos laborales y servicios sociales complementarios, de los cuales compete concentrarnos en el primero de ellos.

En ese orden, nace el Sistema General de Pensiones con los objetivos de: “*i) lograr equilibrio fiscal; ii) aumentar la cobertura y mejorar la equidad y iii) mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos*” (Vaca, 2013, p. 41). Para ello, se instauró un sistema compuesto por dos regímenes que coexisten, pero son excluyentes entre sí, los cuales son: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), es decir, un régimen de reparto y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que compete a un sistema de capitalización privado.

Frente a estos dos, de forma común, se puede sostener que los afiliados tienen libertad de selección a cuál de ellos desean afiliarse, como lo disponen los artículos 12 y 13 de la ley de seguridad social y, además, dentro del RAIS se puede escoger voluntariamente la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) (artículo 59, Ley 100 de 1993) y el fondo que administrará (artículo 60, Ley 100 de 1993), aspecto sobre el que se profundizará en detalle en el acápite siguiente. También, existe libertad de traslado entre regímenes, siempre que se tenga una permanencia mínima en cada uno de 5 años, pero no podrá solicitar su traslado de régimen cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional exigida en el RPM (inciso e), artículo 13, Ley 100 de 1993)⁹.

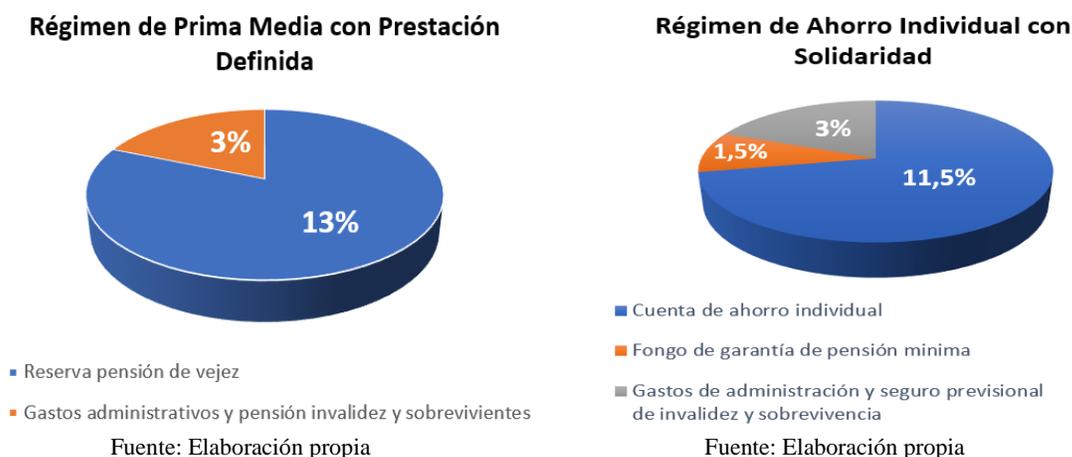
⁸ Teniendo en cuenta el enfoque del presente artículo, es oportuno revisar lo que textualmente se dispuso en el inciso 2º del artículo 1º del mentado Acto Legislativo: *Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.*

⁹ En la actualidad, según el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la edad de pensión para el RPM es de 57 para las mujeres y 62 para los hombres. En ese orden, será procedente la solicitud de traslado de régimen, hasta el día anterior en que el afiliado según su sexo cumpla 47 y 52 años, respectivamente, salvo cuando el mismo sea beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por el cumplimiento del tiempo de servicios, pues Jurisprudencialmente se ha permitido que se retorne del RAIS al RPM.

También, se podrá cambiar de AFP, para el caso del RAIS, pero se exige un periodo mínimo de vinculación de 6 meses (inciso c), artículo 60, Ley 100 de 1993).

Así mismo, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, los pensionados de cualquier tipo de prestación, esto es, vejez, invalidez o sobrevivencia recibirán, además de las 12 mesadas anuales, una adicional en el mes de diciembre (llamada mesada trece), mientras que el artículo 142 de la misma disposición contempló la adicional que corresponde al mes de junio, conocida como la mesada catorce. No obstante, recuérdese, como se mencionó con antelación, que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó esta última, salvo para quienes causen el derecho antes del 31 de julio de 2011 y el monto de la mesada sea inferior a 3 SMLMV.

Igualmente, es transversal a los dos regímenes pensionales analizados, el porcentaje de la cotización, el cual se ha incrementado gradualmente desde la expedición de la ley general de seguridad social. Sin embargo, a la fecha, la cotización para el SGP, sin importar el régimen, es del 16%¹⁰, siguiendo el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2.2.3.1.6 del Decreto 1833 de 2016; para el Sistema General en Salud (SGS) de 12,5%, de acuerdo con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 1122 de 2007 y para el Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL) oscila, según el nivel de riesgo, entre 0,522% y 6,960%, como lo dispone el artículo 2.2.4.3.5 del Decreto 1072 de 2015, que reglamentó el artículo 27 del Decreto 1295 de 1994. Es de precisar que, en materia de pensiones, esto no significa que la distribución de dicho aporte al interior de cada sistema sea de forma homogénea, pues en realidad se ejecuta así, siguiendo el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, que modificó el 20 de la Ley 100 de 1993:



En el mismo camino, el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, estipuló la garantía estatal del derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones. En ese orden, en aras de desarrollar dicha normativa, como lo sustenta Usme (2006), el Legislador instituyó en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el reajuste de la prestación al 1° de enero de cada anualidad, con la finalidad 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”* (subrayado añadido). La misma disposición prevé que, para cualquier pensión y régimen, el reajuste se realizará de acuerdo con la variación del IPC,

¹⁰ Recuérdese que, quien devengue más de cuatro SMLMV debe cotizar 1% adicional destinado al fondo de solidaridad pensional.

certificada por el DANE para el año inmediatamente anterior, salvo para aquellas que se reconozcan en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, caso en el cual se efectuará con el porcentaje en el que el Gobierno Nacional aumente dicho salario¹¹.

Además, corresponde indicar que, si bien es cierto el conjunto de prestaciones económicas que reconocen los dos regímenes coinciden, en su mayoría, en cuanto a su denominación y propósito, como se evidencia genéricamente en el cuadro siguiente, también lo es que para su consolidación se prevén requisitos y métodos disímiles.

	RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA	RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD
PRESTACIÓN	Pensión de vejez	Pensión de vejez
	Pensión de invalidez	Pensión de invalidez
	Pensión de sobrevivientes	Pensión de sobrevivientes
	Indemnización sustitutiva	Devolución de saldos
	Pensión mínima	Garantía de pensión mínima de vejez, invalidez y sobrevivencia.
	Auxilio funerario	Auxilio funerario
		Excedentes de libre disposición

En efecto, el RPM y el RAIS son diferentes y sus particularidades, de forma general, se explican a continuación, haciendo énfasis en los requisitos de la pensión de vejez, por tener relevancia para el tema objeto de estudio.

2.2.1. Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM)

Corresponde al régimen de reparto que se venía implementando previo a la expedición de la Ley 100 plurimencionada. Específicamente, en este los empleadores y trabajadores realizan sus contribuciones a un fondo común, manejado por la administradora de pensiones de naturaleza pública, que corresponde, específicamente al ISS, hoy Colpensiones y del cual, a su vez, se extrae la financiación requerida para soportar las pensiones que reconozca el sistema (Arenas, 2018).

El inciso a) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, destaca como una de las características de este régimen, que es de prestación definida. Esto significa que los requisitos para acceder a las prestaciones se encuentran definidos en la ley, por lo que, como lo aduce Arenas (2018), se fija *“con exactitud el número mínimo de semanas que se exige para reconocer la pensión, las edades a partir de las cuales las reconoce y la cuantía de la pensión”* (p. 227).

Centrándonos en la pensión de vejez, es oportuno destacar que el Legislador previó en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 original, como edad pensional para los hombres los 60 años y 55 para las mujeres, mientras que estableció un mínimo de 1000 semanas de cotización. Sin embargo, tales

¹¹ Esta disposición de reajuste de las mesadas pensionales ha sido estudiada por la Corte Constitucional, por ejemplo, en sentencias C-837-1994, SU-120-2003, C-110-2006, C-630-2006 y T-020-2011, así como también por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisiones recientes CSJ SL6489-2015 y CSJ SL4337-2019, entre otras.

exigencias fueron modificadas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003¹², que dispuso que, a partir del 1° de enero del 2014, las edades aumentarían a 62 y 57 para hombres y mujeres, respectivamente. Este requisito fue estudiado por la Corte Constitucional en providencia C-410-1994, de cara al principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), en donde lo declaró exequible pues consideró que la diferencia en edad tiene un propósito corrector o compensador de la discriminación que histórica y socialmente ha soportado la población femenina y busca “*promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad*”¹³.

Por otra parte, en cuanto al tiempo de servicios o cotizaciones, dicha normativa introdujo una modificación sustancial, toda vez que las semanas exigidas cambia según el año, ya que desde el 1° de enero del año 2005, el número incrementó en unas 50 y a partir del 1° de enero de 2006 aumentó en 25 semanas cada año hasta llegar a un máximo de 1300 para el año 2015 (inciso 2°, artículo 33, Ley 100 de 1993, modificado por artículo 9° de la Ley 797 de 2003)¹⁴. En el párrafo de esta misma norma, se estipuló que para contabilizar las cotizaciones se tendría en cuenta las semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes, el tiempo de servicio como servidores públicos, el prestado a empleadores particulares antes de la Ley 100 de 1993, encargados de reconocer las pensiones y el brindado a empleadores que por omisión no afiliaba al trabajador, así como también el tiempo cotizado a cajas de previsión del sector privado¹⁵.

2.2.2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)

También se creó un régimen de ahorro individual privado con una dinámica de financiación sin precedentes en nuestro país, toda vez que se centra en la acumulación del capital requerido para causar la pensión, siendo irrelevantes requisitos como la edad o las semanas cotizadas, propios del RPM. Como lo aduce Arenas (2018), la prestación de vejez, en este sistema, se somete a una

¹²A su vez, modificó los requisitos en materia de pensión de sobrevivientes. Igualmente, otra de las reformas se realizó con la Ley 860 de 2003, frente a la pensión de invalidez de origen común y al régimen de pensiones de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), hoy inexistente, de la cual no se profundizará en este documento.

Si el querer del lector es conocer a detalle los cambios introducidos por la Ley 100 de 1993 respecto del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, así como por sus reformas posteriores a través de las Leyes 797 y 860 de 2003, puede acudir a Rodríguez, R (2017). Estudios sobre seguridad social. Colombia: Editorial Ibáñez y Universidad del Norte. Colección jurídica. 5 edición

¹³ Resulta importante recordar que, frente a la discriminación positiva que la mujer ha tenido en materia pensional, especialmente en exigir una edad menor en comparación con los hombres, han existido discusiones. En la práctica se evidencia que tal diferenciación no resulta ser tan benéfica para aquellas, pues es un tiempo menor para cotizar el número de semanas exigidas, con dificultades para ingresar a la vida laboral (en la que el salario es inferior al de los hombres) y tener permanencia debido a situaciones, verbigracia, como la maternidad. Para profundizar sobre la materia, se puede consultar: Buchely, L y Castro, M (2013). La reforma pensional y las mujeres: ¿Cuándo dejarán de ‘hacernos el favor’? Colombia: Universidad ICESI. Revista Jurídica Precedente. Enero – junio 2013. Vol. 2. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v2.1583>

¹⁴ En el evento en que el afiliado no alcance a reunir las semanas mínimas requeridas, al llegar a la edad pensional y se encuentre en la imposibilidad de seguir aportando, podrá recibir una suma única de dinero, de conformidad con los aportes efectuados, que se denomina indemnización sustitutiva, regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

¹⁵ También, es importante recordar que en este sistema público el monto de la prestación de vejez corresponde al IBL (artículo 21 o 36 de la Ley 100 de 1993), al número de semanas mínimas requeridas y la tasa de reemplazo (artículo 34 de la Ley 100 de 1993).

condición jurídica futura e incierta, que es el ahorro financiero, el cual depende de diversos factores de índole económica.

En tal virtud, en aras de comprender este régimen, en el siguiente acápite el lector profundizará con detalle en su naturaleza, características y particularidades, las cuales son necesarias para ahondar el problema jurídico que se abarca en el *examine*.

III. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

Como se dijo, de conformidad con los artículos 59 y 60 de la Ley 100 de 1993, el RAIS es un sistema de capitalización individual que es dirigido por las AFP privadas, en donde el propio afiliado financia las prestaciones a las que tiene derecho (Arenas, 2018, p. 327). Lo anterior significa que la expectativa pensional está íntimamente relacionada con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual (CAI), el cual varía de acuerdo con los aportes realizados y sus rendimientos, obtenidos de la inversión en el mercado financiero de los recursos que integran la CAI. También, sus miembros pueden efectuar cotizaciones voluntarias, superiores al límite mínimo del aporte legal obligatorio, con el objetivo de aumentar el saldo de su ahorro para mejorar el monto de la pensión o pensionarse anticipadamente (artículo 62, Ley 100 de 1993). En ese orden y siguiendo el artículo 64 de la ley general de seguridad social, se tendrán derecho a la pensión de vejez, si el capital acumulado permite financiar una pensión superior al 110% del SMLMV a 1993, debidamente actualizado con la variación porcentual del IPC, para la fecha en que se cause la prestación¹⁶.

En palabras de la Corte Constitucional, expuestas en Sentencia SU-130 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, en el RAIS *“los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de cada afiliado, siendo el capital acumulado el elemento determinante del derecho. Por tal razón, la pensión se causa cuando se cumple la condición de reunir en la respectiva cuenta individual el monto suficiente para financiar la pensión, cuya cuantía será variable-no definida como el régimen de prima media- y proporcional a los valores acumulados”*.

La oportunidad de pensionarse antes de la edad legal prevista en el régimen de prima media con prestación definida cautivó a muchos colombianos. Tan es así que, para diciembre de 1994, las administradoras del RAIS tenían 991.620 afiliados, pero un año después la cifra aumentó en un 72%, con lo que alcanzó 1.710.865 afiliados, como se refleja en el registro histórico de afiliados presentado por la Superintendencia Financiera de Colombia (1994). Sin embargo, los problemas empezaron a surgir con posterioridad, referentes a, en concepto de quien escribe, la gestión de los recursos, retornos financieros uniformes sin posibilidad de segmentación del riesgo y, por tanto, de la rentabilidad, desinformación financiera de los afiliados para optar por el traslado de régimen al RAIS, así como para elegir, dentro de dicho régimen, el fondo y la modalidad pensional. Por tal razón, el Gobierno, a través de su poder legislativo y judicial, ha intentado suplir tales falencias

¹⁶ Debe recordarse que existe otra prestación pensional referente a la garantía de pensión mínima de vejez. Como reza el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, se accederá a ella, cuando se llegue a la edad pensional prevista para el RPM, esto es, 62 años hombres o 57 mujeres, sin tener el capital suficiente para sufragar la pensión en los términos explicados, siempre que se haya cotizado, por lo menos, 1.150 semanas.

mediante, por ejemplo: i) el sistema de multifondos, ii) la educación financiera de los afiliados/pensionados y iii) las modalidades de pensión, aspectos que se analizarán a continuación, profundizando en este último en las características y el cálculo de la mesada del retiro programado.

3.1.Sistema de multifondos

Para el año 2008, como lo destaca el Banco de la República (2009), en Colombia se dio una acelerada inflación anual, que para diciembre fue de 7,67 %, esto es, por encima del rango esperado de 3,5 % a 4,5 %. Lo anterior, obedeció, principalmente, al alza de los precios de los alimentos, lo que se asocia al incremento de las cotizaciones internacionales del petróleo y sus repercusiones en el valor internacional de otros productos básicos como los cereales, azúcares etc. Incluso, también destaca dicha institución, que los paros de transporte de carga y del sector azucarero pudieron frenar los descensos de los precios.

Pese a lo anterior, siguiendo lo expuesto por el Banco de la República (2010), el año 2009 presentó una reducción importante de dicha inflación. En la primera mensualidad del período, la cifra fue de 7,2 % y en febrero de 6,5 %. En esta anualidad se registró un crecimiento de 0,4 % que, aunque fue mejor al presentando a nivel mundial de -0,8%, revela las repercusiones de la crisis internacional en nuestro país. No obstante, este efecto negativo no persistió durante todo el año, toda vez que se dio una recuperación económica pausada. Específicamente, dicha entidad financiera, afirmó que:

“La menor demanda externa por nuestros productos, junto al deterioro interno de la confianza de consumidores y empresarios, que frenó el consumo de los hogares y provocó una fuerte contracción de la inversión, fueron los principales mecanismos mediante los cuales la crisis internacional afectó el desempeño económico de Colombia.

La crisis internacional golpeó con más fuerza a la economía colombiana a partir del cuarto trimestre de 2008 y hasta el segundo trimestre de 2009. Cuando se examinan los crecimientos trimestrales se encuentra que el único retroceso relevante del PIB se dio a finales de 2008 y que durante el primer trimestre de 2009 este se mantuvo estancando. Sin embargo, a partir del segundo trimestre se observó nuevamente una expansión, aunque a un ritmo lento. En términos anuales esta tendencia permitió mostrar un crecimiento positivo de 2,5% para el cuarto trimestre.

Además de las señales de reactivación vinculadas con la recuperación de la economía mundial, para el segundo semestre otras circunstancias que tuvieron efectos positivos sobre la economía colombiana fueron: i) la política monetaria expansiva adelantada desde finales de 2008; ii) el aumento del gasto público y de la inversión en obras civiles¹², y iii) la mejora del ingreso disponible de los hogares, producto de la reducción de la inflación” (p. 31 y 32)

El contexto expuesto es importante traerlo a colación, porque las AFP en el RAIS, como fue estructurado en la Ley 100 de 1993, destinaban los recursos de todos los afiliados al mismo fondo y se invertían en único portafolio, ya que no se distinguía si iniciaban su vida laboral o estaban próximos a pensionarse, por lo cual asumían el riesgo de inversión en la misma proporción, es decir, se exponían en condiciones de igualdad, tanto en las pérdidas como en las ganancias resultantes de la volatilidad del mercado bursátil (Martínez, 2015).

Esta característica presentó debilidad en el año 2008, toda vez que, como se narró, se vivió una crisis económica a nivel internacional que afectó la economía nacional, así como también las rentabilidades de los fondos administrados por las AFP, pues sus rendimientos anuales evidenciaron caídas de alrededor del 6%. Así lo expusieron Alonso, J., Herrera, C., Llanes, M. y Tuesta, D (2010), al sostener que “*los fondos de pensiones presentaron la rentabilidad mensual más baja de los últimos años, situándose en -5,5%. La pérdida entre enero de 2008 y octubre del mismo año alcanzó los \$1,47 billones. Estas pérdidas se explican por el comportamiento de los TES y del mercado bursátil, componentes principales de los portafolios de los fondos. Efectivamente, durante el 2008 los TES representaron alrededor del 40% del total del portafolio y la renta variable nacional alrededor del 20%*” (p. 5). Lo anterior es ratificado por la ANIF (2013), entidad que para mayo de 2013 graficó la rentabilidad observada vs la mínima de las AFP del RAIS, desde el año 2003 al 2012, evidenciando el movimiento de la rentabilidad y las caídas para el periodo del 2007 al 2009, así:



La inestabilidad del mercado que afectó a los fondos puso de presente que el Gobierno, en opinión de Bernal (2018), no reguló exegéticamente las inversiones de dichas entidades pensionales, por lo cual las AFP “*no hicieron una evaluación exhaustiva de la relación riesgo-retorno y eligieron comportarse en manada con niveles de rentabilidad muy similares (cerca al 10% real anual)*” (p.28) y, con ello, siguiendo lo expuesto por el autor referido, trasladaron en los primeros diez años de funcionamiento del RAIS, pocos beneficios a los afiliados.

Todo ello evidenció la necesidad de establecer un mecanismo que hiciera frente al riesgo del mercado, pues el monto ahorrado en la CAI, que se invierte en el mercado de capitales, se ve expuesto a los vaivenes de este y si presenta fuertes variaciones, como en el ciclo de 2007 a 2009, podría generar una rápida descapitalización de los fondos y riesgos futuros de solvencia del sistema privado (Ochoa, 2010).

Igualmente, dicha herramienta debía garantizar que la inversión respondiera a los reales y diferentes perfiles de riesgos de los miembros de dicho régimen. Por ello, surgió un sistema de multifondos con la Ley 1238 de 2009, reglamentada por el Decreto 2555 de 2010, modificado por

el Decreto 959 de 2018, que creó cuatro fondos con portafolios de inversión diferentes. En concreto, siguiendo la exposición de motivos de dicha legislación, como lo exalta Ochoa (2010), este esquema buscaba *“una adaptación más flexible a los distintos perfiles de riesgo de los afiliados y, al mismo tiempo, posibilitan una gestión más eficiente con el “ciclo de vida”, recuperando la consistencia regulatoria entre instrumentos y objetivos. Así, incrementan la eficiencia del sistema pensional para cumplir con su objetivo, segmentan a los afiliados en distintos perfiles de riesgo retorno y aumentan la rentabilidad para los afiliados menos aversos al riesgo, a su vez que protegen el valor del beneficio para afiliados próximos a pensionarse”* (p. 75).

Incluso, así quedó plasmado en el artículo 47 de la Ley 1328 referida, que adicionó el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, al fijarla como un instrumento que procura, en trabajo armónico con la conformación sólida de aportes en la CAI y eficiente gestión de los recursos de administrados, garantizar el mejor retorno posible al afiliado, cuando culmine la etapa de consolidación pensional o sus beneficiarios tengan derecho a alguna prestación.

Específicamente, surgieron cuatro tipos de fondos con portafolios de inversión, estos son: en la etapa de acumulación, el conservador, moderado y de mayor riesgo, mientras que en la de desacumulación, el especial para pensionados en retiro programado. Entre los tres primeros, el afiliado puede seleccionar *libremente* el que sea de su preferencia, con opción de traslado cada seis meses y, ante la ausencia de su elección se asignaba el moderado pero, hoy, la administradora realizará una asignación por defecto que debe responder a tres reglas principales: i) se enviarán los aportes a los fondos de mayor riesgo y moderado, según su género y edad, siguiendo los porcentajes previstos en el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 959 de 2018, que modificó el artículo 2.6.11.1.5 del Decreto 2555 de 2010; ii) se hará una convergencia de los saldos que reposan en el primer fondo mencionado, al segundo, cuando se cumplan las exigencias del numeral 2 de la aludida disposición y iii) anualmente se realizará un traslado del fondo moderado al conservador de los saldos de quienes tengan 50 años, en caso de las mujeres y 55 años, para los hombres, de acuerdo con el saldo mínimo que permite el conservador, siguiendo lo estipulado en el artículo 2.6.11.1.6 del Decreto 2555 de 2010¹⁷.

Es oportuno precisar que cuando se habla de decisión libre, implica que sea plenamente informada, gracias a la labor de asesoramiento de la AFP en el que, además de exponer las diferentes alternativas, se expliquen las incidencias, factores determinantes, ventajas y desventajas, así como consecuencias de su decisión (Niño, A, 2017, p. 102). Incluso, el artículo 1° del Decreto 2071 de 2015, contempla el deber de realizar una proyección o simulación en la modalidad de retiro programado. Este aspecto debe analizarse en armonía con la educación financiera e involucramiento de administración de la CAI del afiliado/pensionado, que buscó incentivar el sistema de multifondos, más adelante explicado.

De los fondos con portafolios de inversión, se puede afirmar que el de mayor riesgo está pensado para afiliados jóvenes, que tienen un nivel de volatilidad alto, con opción de mayores retornos y cuyos rendimientos los esperan en un largo plazo. Por el contrario, el conservador, está destinado

¹⁷ Es de precisar que, pese a la profundidad de estos aspectos, no competen al enfoque del presente artículo, motivo por el cual se hace alusión genérica a ello, con referencia a la normativa que lo regula, pues si se desea ahondar al respecto, podrá acudir a tales disposiciones.

para quienes se encuentran en avanzada edad, próximos a adquirir su derecho pensional, por lo cual el nivel de riesgo es bajo pues buscan poca volatilidad y un crecimiento constante y de corto plazo. En un punto intermedio, se encuentra el moderado, que es adecuado para afiliados en edad y riesgos medios, por lo que su aversión a este es lineal, optando por una opción que garantice un crecimiento, como su nombre lo dice, moderado. Por último, el fondo especial de retiro programado tiene un perfil de riesgo conservador, pues, racionalmente, responde a la edad del afiliado y a su perfil, que es propio de quien culminó su ciclo de vida laboral, buscando garantizar una rentabilidad promedio, para que el capital se mantenga y permita sufragar las mesadas pensionales.

En ese orden, se exalta que las variables determinantes para escoger el fondo son: el nivel de riesgo y la fase de la vida pensional laboral en la que se encuentren, como se observa a continuación:



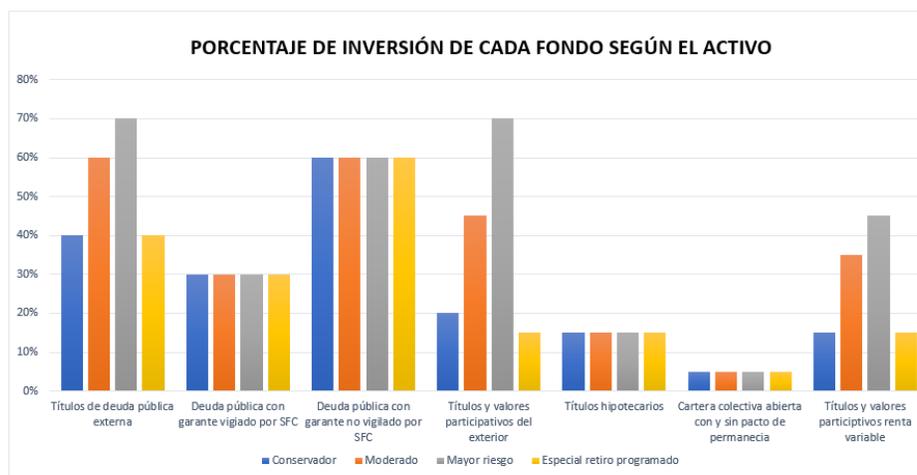
Fuente: Elaboración propia

En concreto, entre los beneficios que aporta este esquema, se encuentran: i) permitir la distribución de los afiliados de acuerdo con la edad y riesgo, “*reduciendo la exposición de los fondos a la excesiva concentración en TES*”, es decir, títulos de deuda pública (Ochoa, O. A., 2010, p. 73); ii) ofrecer más opciones de inversión en diferentes activos financieros, por ejemplo “*proyectos de infraestructura, sectores de la construcción e inmobiliario, titularizaciones de cartera de microcrédito o de empresas dedicadas a la actividad del micro crédito*” (García Mazo, C. M. y Moreno Martínez, J. A., 2011, p. 150) y iii) estimular la participación de los afiliados, incentivando la educación financiera y mayor sentido de propiedad en cuando al desarrollo de su vida pensional y de la administración de su CAI, a través de un mayor conocimiento del mismo (Martínez, 2015, p. 7 y 40).

En este punto, es importante destacar la dinámica que en el desarrollo del SGP ha tenido la elección de los fondos, pues, inicialmente, como surgió el sistema privado con la Ley 100 de 1993, las AFP destinaban los recursos a un solo fondo con un único portafolio de inversión. Luego, se creó la posibilidad de seleccionar entre las opciones propias del sistema de multifondos (conservador, moderado o mayor riesgo), como se adujo con precedencia, pero se observa que, si el afiliado no selecciona alguno de ellos, por defecto legal se los destinaba al fondo moderado. No obstante, en virtud del Decreto 959 de 2018, se modificó este último y dispuso que se les asignará, según patrones de edad y sexo, en principio o en mayor porcentaje, al de mayor riesgo.

Frente a ello, cabe cuestionar ¿dicho cambio obedece a alguna razón financiera? En concepto de la autora de este artículo, la respuesta es sí, pues el Legislador buscó ofrecer la posibilidad de obtener mayor rentabilidad y ahorro conforme al perfil de inversión propio de cada afiliado y esto se logra con la diversificación de los portafolios, pero, especialmente, invirtiendo en los del fondo de mayor riesgo, cuyo retorno suele ser mayor¹⁸. Sin embargo, también previó la posibilidad de convergencia paulatinamente a los moderados y conservadores, para ir mermando el riesgo en relación directa con la edad y el sexo; todo lo cual es positivo para los afiliados (Monterrosa, 2019).

Ahora, este esquema adquiere relevancia en el objeto del presente proyecto pues permite comprender las inversiones que ejecutan las administradoras privadas, con el fin de garantizar rentabilidad y liquidez de las cuantías acumuladas en los respectivos fondos y CAI. A saber, estas entidades deben valorar los ahorros de los afiliados en el mercado, analizando el tipo de inversión, así como las condiciones y límites que la SFC fijó en la Circular Externa 017 de 2007 y la Circular Externa 049 del mismo año, además determinados en los Decretos 2955 de 2010 y 857 de 2011. De conformidad con el régimen de inversiones previsto en el Decreto Único 2555 de 2010, con las sustituciones efectuadas por el Decreto 857 de 2011 a los artículos 2.6.12.1.1 a 2.6.12.1.8 y las modificaciones que introdujeron los Decretos 1393 de 2020 y 765 de 2016, respetando los máximos para cada fondo, que responden a los perfiles de riesgo y edad de sus afiliados, en los portafolios se puede invertir en diferentes activos, como títulos, valores o participaciones de emisores nacionales e internacionales, entre ellos, verbigracia, los que se destacan a continuación:



Fuente: Elaboración propia, de acuerdo con el Decreto Único 2555 de 2010, con sus sustituciones y modificaciones

¹⁸ Históricamente se ha visto que el fondo de mayor riesgo representa más rentabilidad. Por ejemplo, según el Informe Mensual de Fondos de Pensiones y Cesantías expedidos por la SFC de junio de 2016, el promedio ponderado de la rentabilidad real para el periodo analizado de cada fondo arroja lo siguiente: moderado 2,25%, conservador 2.18% y mayor riesgo 2.36%. Igualmente, siguiendo el mismo documento, pero para la mensualidad de junio de 2017, el promedio ponderado de rentabilidad real es: moderado 4,11%; conservador 3,59% y mayor riesgo 4,96%. En estos dos ciclos detallados, junto con otros tanto de dichas anualidades como del año 2018 (mayo, junio o agosto), que en este espacio no se sintetizan, el fondo de mayor riesgo ofreció mayor rentabilidad. Sin embargo, corresponde estudiar esto en cada momento histórico, pues no siempre opera de la misma forma. Verbigracia, el informe referido que analiza la rentabilidad mes a mes, comunicó que para noviembre y diciembre de 2018, junio y septiembre de 2019 o enero y junio de 2020, esto no ocurrió. En aras de profundizar en la materia, se puede acudir a Superintendencia Financiera de Colombia (SF). Informes Mensuales de Fondos de Pensiones y Cesantías. Colombia. Recuperados de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10833/f/0/c/0>

Debe memorarse que en los portafolios se implementa una medida para valorar las inversiones denominada valor de unidad. Esta representa la unidad mínima en la que se expresa el costo de cada fondo, funcionando como una cuota parte del valor total del patrimonio de éste que se impacta, positiva o negativamente, según la rentabilidad de sus activos. En otras palabras, es el *“precio del fondo, y corresponde a la medida con la que realmente se están valorizando los aportes pensionales de los trabajadores. [...] que está actualizado con los rendimientos que ganó (o que perdió) en cada periodo como resultado exacto de la valorización (o desvalorización) de este precio. Por esta razón, el valor de la unidad es una medida del desempeño de los recursos pensionales administrados más precisa”* (Portafolio, 2018).

Ahora, para la materia que nos compete, es importante profundizar en el fondo especial de retiro programado, pues incumbe al que opera en la etapa de descapitalización, momento pensional en el que se sitúa esta investigación. En ese orden, además de lo expuesto, corresponde destacar que las inversiones que bajo este portafolio se realicen, se deberán registrar, inicialmente, en su costo de adquisición, pues el 70 % del valor del fondo será estimado a valor razonable o de mercado, el que es fijado por las partes en una transacción informada, libre y organizada, mientras que el restante 30 %, podrá serlo a costo amortizado, es decir, el importe inicial, descontando intereses, pagos que se produjeron, entre otros, como lo dispone el artículo 2.6.12.1.26 del Decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 6° del Decreto 959 de 2018.

También, en aras de entrever en que activos se invierte, principalmente en este fondo, se acudió al informe de generación de valor social para el año 2019 de Porvenir S. A (2019), entidad que sostuvo que la composición de dicho fondo al 31 de diciembre de 2019 fue así: 71.1 % a renta fija local, 9.2 % en acciones internacionales, 8,6 % en acciones locales, 8% liquidez, 2.2% alternativos y 1% a renta fija internacional. Lo anterior evidencia que el mayor porcentaje de inversión se destina las rentas fijas en Colombia, que responde al riesgo conservador propio de su naturaleza, lo que sería diferente si se tratara del portafolio de mayor riesgo, en el que, seguramente, la inversión mayoritaria correspondería a rentas variables, como lo argumenta Ochoa (2010)¹⁹, mientras que, en el moderado, siguiendo los argumentos de dicho escritor, coexistiría un equilibrio entre estas dos inversiones fijas y variables, pues su riesgo es neutral.

Por último, corresponde destacar que las inversiones provenientes de los aportes de los afiliados encuentran una garantía ante la volatilidad de los mercados a través de la figura de rentabilidad mínima (artículo 101 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 1328 de 2009), cuyo monto es determinado y divulgado por la SFC para cada uno de los fondos (artículo 2.6.5.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 1° del Decreto 2949 de 2010). Además, su cálculo se realiza mensualmente y se da en el periodo asignado a cada uno de los fondos. Por ejemplo, el conservador tiene un tiempo de 36 meses, mientras que el de mayor riesgo de 60, el moderado de 48, y el fondo especial de retiro programado 48 meses²⁰ (artículo 2.6.5.1.4, Decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 1° del Decreto 2949 de 2010). Incluso,

¹⁹ Específicamente este autor sostiene que, para personas amantes del riesgo, el portafolio *“estaría compuesto tanto por activos de renta fija y renta variable, pero el porcentaje de inversión en renta variable sería mayor, hasta el máximo límite permitido para inversiones en ese tipo de activos. Por el contrario, una persona aversa al riesgo tendría gran parte de su portafolio en inversiones de renta fija y una menor participación del portafolio en renta variable”* (p.74)

²⁰ Este aspecto debe analizarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 59 de 2018, referente a la metodología de cálculo de la mínima obligatoria para el fondo especial de retiro programado.

si se incumple la obligación de garantizar este deber, las administradoras de pensiones deben responder con sus recursos propios, afectando, inicialmente, la reserva de estabilización para cada fondo, cuyo objeto es exclusivamente cubrir los defectos de rentabilidad mínima del fondo para el que fue constituida (artículos 2.6.5.1.6 y 2.6.5.1.7, Decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 1° del Decreto 2949 de 2010).

3.2. Modalidades pensionales

Como se vio en el aparte previo, en las etapas de acumulación y consolidación del capital pensional, el ahorro se invierte a través de alguno de los fondos analizados. Incluso, se mencionó aquel fondo especial previsto para la etapa de descapitalización, para el pensionado que opte por la modalidad de retiro programado. Pues bien, cuando el afiliado o sus beneficiarios, en este régimen, cumplen las exigencias para acceder a una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia, deben seleccionar la modalidad pensional bajo la cual desean que se administre y financie la prestación. En concreto, en 1993, el Legislador creó tres modalidades de pensión, previstas en el artículo 79 de la Ley 100 de dicha anualidad. Entre ellas, se encuentra: *i*) la renta vitalicia inmediata (artículo 80); *ii*) el retiro programado (artículo 81) y *iii*) el retiro programado con renta vitalicia diferida (artículo 82). Sin embargo, en la misma disposición se facultó a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, a autorizar otras y, en efecto, a través de la Circular Externa 13 de 2012, surgieron cuatro modalidades nuevas, que son: *i*) la renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto; *ii*) la renta temporal variable con renta vitalicia diferida; *iii*) el retiro programado sin negociación de bono pensional y *iv*) la renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

De ellas, se profundizará exclusivamente en la de retiro programado pues, además de ser la modalidad de pensión en la cual se centra este artículo, es a la que más acuden los colombianos cuando se trata de pensión de vejez, toda vez que, como lo aduce Niño Pérez, A. R. (2017), el 85,61% la seleccionan y el 14,38 % restante opta por la renta vitalicia, siendo que esta prevé el reajuste anual de su mesada pensional, sin estar sujeta a recálculos anuales como el retiro programado. Por lo tanto, conocer sus particulares resulta necesario para desarrollar el problema del presente documento.

3.2.1. El retiro programado y sus particularidades

En ese orden, se debe partir del concepto legal de dicha modalidad, cuyos componentes se analizarán de forma individual. En tal virtud, siguiendo el artículo 81 de la ley de seguridad social, bajo el retiro programado, el pensionado suscribirá un contrato con la AFP para que administre la mesada, de conformidad con el monto que reposa en la CAI y el bono pensional, si corresponde y, para ejercer dicha labor, la cuenta se transfiere al fondo especial de retiro programado, que se analizó con antelación. Ahora, si el pensionado fallece, la prestación pasa a los beneficiarios de ley, pero, ante la ausencia de ellos, el capital remanente hará parte de la masa sucesoral, como reza el inciso 5 de la misma normativa.

También, es permitido que el pensionado decida cambiarse a otra modalidad y es obligación trasladarse a la de renta vitalicia, cuando se observe que los saldos de la CAI durante el pago de esta modalidad, en el futuro no serían suficientes para adquirir una póliza de renta vitalicia. En

concreto, recae sobre las AFP un deber de control de saldos permanente, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 y el artículo 2.2.6.3.1 del Decreto 1833 de 2016, que implica, además de la constante supervisión, tomar las medidas necesarias para evitar la descapitalización de la CAI, que imposibilite contratar una póliza de renta vitalicia, que garantice el pago futuro del derecho. Ahora bien, en caso de que la administradora incumpla sus obligaciones, deberá asumir con su propio pecunio el dinero necesario que le permita adquirir la renta vitalicia.

Frente al cálculo de la mesada pensional, el artículo 81 de la Ley 100 tantas veces mencionada, plasmó que se realizará anualmente y es la doceava parte 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”*, sin que el ahorro previsto en la CAI pueda llegar a *“ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente”*. Lo anterior, involucra tres aspectos importantes: i) la anualidad; ii) la fórmula del cálculo y iii) los riesgos inherentes a este cómputo.

3.2.1.1. Anualidad y reajuste al primero de enero de cada año.

El Legislador dispuso que el cálculo de la mesada se debe realizar año a año, toda vez que corresponde evaluar, al culminar dicho periodo, si la longevidad del pensionado y la esperanza de vida del grupo familiar cubierto ha variado, así como también el comportamiento financiero de los saldos de la CAI, pues, se recuerda, que está en una etapa de descapitalización. Entonces, este recálculo en una periodicidad anual responde a la necesidad de garantizar que el capital ahorrado cubra la mesada durante en el transcurso de la vida.

Además, como se verá a continuación, el método para determinar la mesada en el retiro programado involucra variables que no son estáticas, por lo que obligan a que dichas mensualidades, sean revisadas cada año por las administradoras.

Aunado a lo anterior, no se puede olvidar, como se adujo en el capítulo primero, que siguiendo el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, también se debe realizar, cada anualidad, el 1° de enero, el reajuste de la mesada según el IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior o cuando el monto de la mensualidad es igual a un SMLMV, se aplicará el porcentaje en que el Gobierno incrementa dicho salario.

Es necesario exaltar, que la ejecución de las dos operaciones mencionadas lleva a la descapitalización acelerada de la CAI, pues, además de que los saldos que reposan allí deben asumir año a año una mesada superior, también corresponde recalcular ésta, siguiendo el artículo 81 plurimencionado, pudiendo evidenciar que, debido a factores exógenos y variables que se estudiaran a continuación, por ejemplo, dichos montos deben ser suficientes para garantizar por un mayor tiempo de vida la prestación o que la rentabilidad sea inferior a la esperada, por lo que no aumenta el valor ahorrado.

3.2.1.2.Fórmula de cálculo de la mesada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y por Niño (2017), el procedimiento para calcular la mesada sería el siguiente:

Valor de la mesada: Monto en la CAI
Unidad en renta vitalicia

Esto significa que:

Valor de la mesada: Aportes acumulados + Bono pensional + rentabilidad
Capital para financiar pensión del SMLMV
en renta vitalicia, con incremento del IPC o SMMLV anual.

Pues bien, de la fórmula implica mayor explicación, por no haberse tratado hasta el momento, el aspecto concerniente a la unidad en renta vitalicia, que refiere a la reserva económica que debe tener la cuenta de ahorros para soportar, por lo menos, una pensión de salario mínimo en renta vitalicia. Para su determinación, corresponde tener presente los parámetros técnicos fijados en la Resolución 3099 de 2015, entre ellos, la tasa de interés técnica para retiro programado, variación del IPC, etc.

En concreto, en sus artículos 1° (modificado por el artículo 1° de la Resolución 3023 de 2017) y 4°, contempla los siguientes factores técnicos mínimos:

Sigla	Concepto	Características
VA	Valor presente de una renta vitalicia del causante y de sus beneficiarios	En pesos
SMM	Salario mínimo mensual del periodo	Al momento del cálculo
n (x,y)	Grupo de edades del causante (x) y sus beneficiarios (y)	<ul style="list-style-type: none"> ○ Máximo se toman dos beneficiarios, que determinen el mayor valor de la renta. ○ Se calcula de la siguiente forma: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Edad al 1° de enero siguiente de la fecha de cálculo o la que tenga a la fecha del cálculo si es un 1° de enero. ▪ Si se cumple años después del 1° de julio, inclusive, se acudirá a la edad cumplida ▪ Si se cumple años antes del 30 de junio, inclusive, será los cumplidos más 1
r	Tasa de interés real	Debe ser publicada y actualizada cada 6 meses Ministerio de Hacienda y Crédito Público
f	Tasa de inflación	Es la variación porcentual anual del IPC, certificado por el DANE a 31 de diciembre del año anterior.
u	Factor de seguridad por ajuste de beneficiarios	Es una eventual afectación al ahorro de la CAI por cambio en los beneficiarios. Esto es revisado cada 6 meses por el Gobierno Nacional
▲	Incremento esperado del salario mínimo para la fecha del cálculo	
TMn:	Tablas de mortalidad del causante y beneficiarios	Establecidas por la Superfinanciera por sexo y edad y territorio, que evidencian la probabilidad de vida de un grupo de población.
g	Factor (porcentaje) de gasto	Revisada cada año por el Gobierno. Por ejemplo, la cuota de administración de la CAI.

En otras palabras, esta unidad de renta vitalicia es la reserva que se debe tener para cancelar la prestación, en los años de vida que le restan al pensionado o beneficiarios, cuantificando esta temporalidad, en términos de probabilidad, con la edad del pensionado, de sus beneficiarios y las tablas de mortalidad, restando a esto la repercusión que tienen las tasas de interés, la inflación, ajustes en beneficiarios y los gastos administrativos.

En tal virtud, determinado el saldo que reposa en la CAI y la reserva económica (unidad de renta vitalicia), se obtiene el monto que se puede extraer para la anualidad en la que efectuó el cálculo; valor con el que deberá asumirse las mesadas correspondientes.

Lo anterior refleja que la mesada en esta modalidad depende de las características del pensionado y sus beneficiarios, referentes a la longevidad y expectativa de vida, tasa de mortalidad y a las dinámicas económicas del mercado (inflación, incremento salario mínimo, interés real etc.), así como la rentabilidad de los ahorros que influyen en el monto pensional. Esto significa, que en el retiro programado no se tiene derecho a una prestación fija, sino variable año tras año, es decir, puede incrementar o disminuir, sin que sea inferior a un SMLMV, por disposición legal. Por esto, cuando se trata de analizar dicha modalidad, se deben tener en cuenta los riesgos de extralongevidad y los financieros, que se analizarán a continuación.

3.2.1.3 Riesgos inherentes.

3.2.1.3.1 Riesgo de extralongevidad.

En el método descrito con antelación, se contempla la edad del pensionado y sus beneficiarios, sus expectativas de vida, así como las tasas de mortalidad, toda vez que son factores inversamente proporcionales a la cuantía de la pensión. Es decir, si las expectativas de vida de aquellos aumentan, el valor de la mesada puede disminuir, dado que se extiende en el tiempo el compromiso de pago de la pensión, ya que la administradora debe garantizar que el saldo remanente en la CAI sea suficiente para solventar las necesidades pensionales durante dicha probabilidad de vida.

Por lo expuesto, se habla de riesgo de extralongevidad, pues la modalidad está estructurada para que se calcule la mesada hasta las edades de expectativa de vida probable, pero cuando ésta se incrementa, el riesgo inicia y, para contenerlo, el recálculo anual hace que la mesada varíe e incluso pueda disminuir a llegar a un SMLMV.

3.2.1.3.2 Riesgo financiero

Este riesgo nace por la naturaleza misma de la modalidad, pues su financiación depende, exclusivamente, del capital acumulado, de la volatilidad del mercado financiero y de la capacidad de la administradora de generar rendimientos, según las dinámicas propias del mercado de capitales, pues, como se indicó al estudiar el fondo especial de retiro programado, el retorno de la inversión en los diferentes activos (títulos, acciones, participaciones etc.), está estrechamente ligado al comportamiento de la economía.

Además de lo anterior, para el recálculo mencionado, deben analizarse parámetros técnicos-económicos que son variables, como la tasa de inflación de los últimos doce meses previos a

realizar la operación, el incremento esperado del salario mínimo, la tasa de interés técnico y de mortalidad, afectación del saldo por ajuste de beneficiarios, como lo contempla el artículo 4° de la Resolución 3099 de 2015.

De hecho, estos riesgos fueron reconocidos por la SFC en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, al analizar la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, la que, si bien es cierto corresponde a una distinta a la aquí analizada, no le es totalmente ajena, pues las normas previstas para el retiro programado de que trata el artículo 81 de la ley de seguridad social, le son aplicables, salvo el valor de la unidad constante para realizar el recálculo anual, de los años en que no se redimió normalmente el bono, caso en el que se deberá tener en cuenta el valor actualizado y capitalizado del bono a la fecha del recálculo de la pensión (artículo 4.4.2.3, del capítulo II, título III de la parte II, Circular Básica Jurídica 029 de 2014).

La precisión conceptual previa resulta pertinente porque, aunque son modalidades independientes, responden a características similares y sus riesgos son idénticos, motivo por el cual lo expuesto por la Superintendencia aludida, en cuanto a la asunción de riesgos en alguna de ellas, es aplicable a la otra. Pues bien, específicamente dicho ente de control arguyó en el artículo 4.4.2.7 del Capítulo II, Título III de la Parte II referente a mercado intermediado, que:

“En esta modalidad de pensión, al tratarse de un retiro programado, el pensionado asume los riesgos de mercado y de extra longevidad, lo que significa que el monto de la pensión está sujeto al comportamiento de los precios de los títulos, valores o participaciones en que se encuentren invertidos los recursos de la cuenta individual, así como al riesgo de que el pensionado o sus beneficiarios vivan más allá de las probabilidades estimadas en las tablas de mortalidad emitidas por esta Superintendencia”.

Así las cosas, el flujo de la mesada siempre va a estar conectada con la fluctuación que tengan los riesgos mencionados. En un escenario 1, siguiendo alguno de los parámetros expuestos por Niño (2017), en donde el pensionado supera la expectativa de vida, es decir, activa el factor de extralongevidad (Fe), el factor de rentabilidad (Fr) puede afectar o beneficiar de la siguiente forma: *i)* si el Fr incrementa por encima del promedio esperado, estos excedentes podrían subsanar la afectación que genera el Fe en los ahorros de la CAI, obteniendo una mesada homogénea o, en el mejor de los eventos, que incremente; *ii)* si el Fr se mantiene estable, el Fe afectará el saldo acumulado, llevando a que la mesada disminuya y *iii)* si el Fr es inferior a la proyectada (esperada) en la fórmula de recálculo, la mesada se ve doblemente perjudicada, pues los dos riesgos se encuentran en negativo, descapitalizando de forma acelerada la cuenta de ahorro.

En un escenario 2, en donde por las características del pensionado se considera que, es posible, no se supere la expectativa de vida establecida (Fe), la rentabilidad podría operar así frente a la cuantía de la mesada: *i)* si el Fr incrementa por encima del promedio esperado, estos excedentes podrían aumentar los saldos en la CAI y, con ello, el monto de la pensión, pues recibe ingresos por los incrementos y no se perjudica por la extralongevidad; *ii)* si el Fr se mantiene estable, el Fe no afectará el saldo acumulado, lo que implica que no recibe consecuencias adversas por ninguno de los dos riesgos, llevando a que la mesada se mantenga y *iii)* si el Fr es inferior a la proyectada (esperada) en la fórmula de recálculo, el remanente de los ahorros debería tener la potencialidad de garantizar la mesada en la cuantía inicialmente reconocida.

Por lo expuesto, el retiro programado ha recibido una crítica constante por la inestabilidad que ofrece al pensionado y, sobre todo, por la tendencia a decrecer el monto de la mesada, con el transcurso del tiempo, como lo exaltan entidades como la Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones FIAP (2015).

Frente a ello, es posible afirmar que las modalidades restantes creadas por la Circular Externa 13 de 2012, son una herramienta para atacar los problemas descritos, en tanto que, por ejemplo, en la renta vitalicia inmediata, en donde la mesada es administrada por una compañía de seguros hasta el deceso del pensionado y se incrementa anualmente con el IPC o SMMLV, según corresponda, sin incidencia alguna de las condiciones económicas del mercado, los riesgos de extralongevidad y financieros son asumidos por la aseguradora. Sucede lo mismo con aquellas modalidades mixtas, verbigracia: el retiro programado con renta vitalicia diferida y la renta temporal variable con renta vitalicia diferida. La primera, porque el afiliado selecciona la cancelación de la prestación en dos etapas, una asumida por la AFP y la otra por la aseguradora, dividiendo el capital para cada uno de dichos momentos (artículo 82, Ley 100 de 1993), mientras que, en la segunda, además de funcionar de la misma manera, tiene como característica especial que se puede optar por recibir una mesada con mayor valor en el periodo que decida, bien sea el administrado por la AFP o por la compañía de seguros. En estas dos modalidades, mientras el pensionado este disfrutando de una renta temporal manejada por la administradora, asumirá el riesgo financiero y en la fase de renta vitalicia diferida, traslada a la aseguradora los dos factores de peligro (artículo 3.3.4., del capítulo II, título III de la parte II, Circular Básica Jurídica 029 de 2014,). Por supuesto, estos argumentos de la asunción del riesgo se replican en la modalidad de renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, en la que la pensión se paga inmediatamente, de forma simultánea, un porcentaje con renta vitalicia y el restante como la temporal variable, razón por la cual la afectación de los riesgos o exoneración de ellos frente al pensionado aplica respecto del monto correspondiente.

En concepto de la autora, estas modalidades son una solución tímida a las falencias que emana el retiro programado, pues la realidad evidencia que a las que más acuden los colombianos son el retiro programado y la renta vitalicia. Por ejemplo, a 31 de diciembre de 2019, según la SFC, tomando la información brindada por las 5 AFP, específicamente para pensión de vejez, se encontraban vinculadas al retiro programado 65.285 pensionados; a renta vitalicia 8.009, a retiro programado con renta vitalicia diferida 2; renta temporal variable con renta vitalicia inmediata 0; renta temporal variable con renta vitalicia diferida 1, mientras que a 31 de agosto del 2020, para la primera de las mencionadas, 76.637 afiliados; la segunda, 8.978, la tercera 2, la cuarta, 0 y la quinta, 1.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN ENTRE EL REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL Y EL RECÁLCULO ANUAL DE LA MISMA, EN RP.

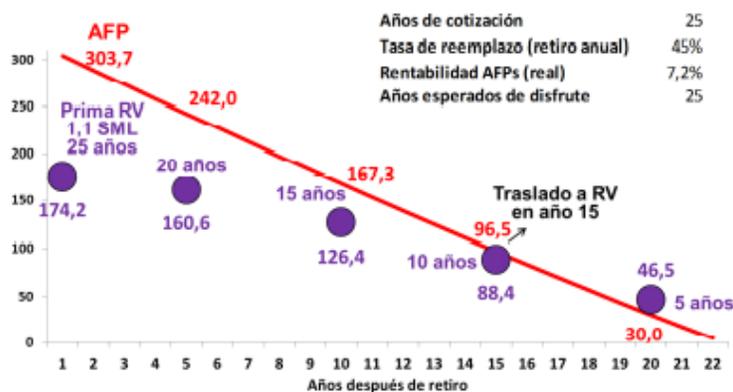
Es necesario recapitular que en el retiro programado la mesada pensional es objeto de dos cálculos: el reajuste constitucional que se realiza a todo tipo de pensión, previsto en los artículos 51 de la Constitución Política de 1991 y 14 de la Ley 100 de 1993 (analizado en el acápite primero) y la reliquidación anual propia de esta modalidad, contemplada en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 (estudiada en el acápite segundo). Lo anterior, representa una doble afectación a la CAI que a mediano o largo plazo puede generar que la mesada se disminuya, hasta llegar a un salario mínimo

o incluso por debajo, como lo reflejan varias entidades como la Anif o Asofondos y decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como pasa a explicarse.

4.1. Posición de entidades como Anif y Asofondos: los ahorros de la CAI en retiro programado bajan con alta probabilidad de llegar a un salario mínimo.

Como se ha expuesto en este escrito, los ahorros de la CAI son vulnerables debido a las volatilidades del mercado. Por ejemplo, como lo recordó la Corte Constitucional en decisión T-020-2011, durante los años 2004 y 2005, las CAI se vieron acrecentadas por el aumento del valor de las inversiones, lo que representó un incremento del saldo de ellas y un reajuste de la mesada que pudo ser -incluso- superior al IPC. No obstante, no ocurrió lo mismo para los años 2008 y 2009, en tanto que, como se manifestó en precedencia en este texto, la crisis en el mercado internacional afectó la económica nacional, lo que llevó a la reducción o congelación de mesadas pensionales concedidas bajo esta modalidad de retiro programado (Corte Constitucional. Sentencia T 020 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Evidenciando dicha inestabilidad, Anif (2015), en un documento realizado para Fasecolda, en el que, para evaluar la migración de los afiliados de la modalidad de retiro programado a la de renta vitalicia, realizó dos ejercicios que reflejan, perfectamente, la dinámica que pueden tener los ahorros en la primera de ellas, así como los riesgos de doble cálculo que se alude en este artículo. En concreto, el primer escenario compete a un afiliado que cotizó sobre un IBL de 10 salarios mínimos legales durante 25 años, caso en el cual se *“lograrían ahorros por \$304 millones (pesos de 2015) al momento de pensionarse. Descantando rentabilidades reales promedio del 7.2% anual y tasas de reemplazo del 45%, dicho individuo debería migrar hacia una renta vitalicia a los 15 años de disfrute (\$97 millones capital vs. \$88 millones prima renta vitalicia)”* (p. 40) y lo graficó de la siguiente manera:



Fuente: Anif (2015)

Por su parte, el segundo escenario compete a un afiliado con ingresos de 2,5 SMLMV, cuya migración a la renta vitalicia, de acuerdo con lo expuesto por Anif (2015), estaría ocurriendo rápidamente en un periodo de 2 a 3 años, por lo que afirma que *“los retiros programados estarían volviéndose de-facto una renta vitalicia, cayendo en la misma problemática de descalces ahorro-prima”* (p. 40). Estos dos modelos permiten observar que, en términos generales, el monto acumulado en la CAI tiende a la baja, obligando al afiliado a trasladarse a una renta vitalicia,

percibiendo una mesada, quizás, muchísimo menor con la que inició su vida pensional o, de hecho, siendo de un salario mínimo.

Ahora, en un panorama más reciente, en el año en curso (2020) la volatilidad de los mercados debido a la recesión económica producto del COVID-19 y la guerra petrolera de Arabia Saudita y Rusia, ha afectado consideradamente la rentabilidad de los saldos en las CAI y refleja desvalorizaciones, por lo menos a corto plazo. Frente a ello, para el 25 de abril del 2020, Asofondos (abril 2020) sostuvo que “[d]espués de un 2019 excepcional para el ahorro pensional, con rentabilidades récord para los trabajadores afiliados a los fondos de pensiones, y gracias a lo cual obtuvieron rendimientos de cerca de \$40 billones, se registró un mes de marzo que afectó las cifras del primer trimestre del año. La pandemia del COVID-19 y la guerra del petróleo han tenido fuertes efectos sobre la economía mundial y los mercados financieros”.

Incluso, el Gobierno Nacional, debido a esta dinámica de incertidumbre por los mercados que afecta los recursos pensionales de los fondos privados en materia de baja rentabilidad, especialmente aquellos que se encuentra en fase de desacumulación, es decir, en pago pensional, profirió el Decreto 558 del 15 de abril de dicho año, para “*proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado*” y ordenó, entre otras cosas²¹, a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías que administran el RAIS trasladar a Colpensiones todos los recursos de la CAI (saldos, bono pensional, suma adicional, rendimientos etc.) de los pensionados bajo la modalidad mencionada, para que los administre y pague, en aras de evitar que las mesadas pensionales se redujera. Esta norma, pese a que fue declarada inexecutable por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en decisión C-258-2020, que aún no ha sido publicada, en concepto de quien escribe evidencia que el Gobierno Nacional observó la fragilidad de los ahorros de los pensionados en retiro programado, especialmente ante momentos de crisis económicas, como la ocasionada por el COVID 19, por lo que optó por trasladar dichos montos al RPM para garantizar las prestaciones.

En criterio de la autora de este artículo, sobrepasar los regazos de las crisis económicas es un proceso no inmediato. De hecho, así lo destacó Asofondos (mayo 2020), en su informe de mercados para el mes de mayo del 2020, cuando iniciaba en Colombia el periodo de aislamiento restrictivo debido al COVID 19, en cuya oportunidad exaltó que los periodos de recuperación por crisis súbitas o cambios drásticos en los ciclos económicos puede variar, según el caso y durar algunos meses²². Pese a lo anterior, según comunicado de prensa de Asofondos (septiembre 2020) del 16 de septiembre del 2020, los ahorros de los trabajadores afiliados a las AFP privadas para agosto del presente año, han reflejado importantes recuperaciones, hasta el punto que se registró un “*máximo histórico de \$291 billones en pensiones obligatorias, algo extraordinario si tenemos en cuenta la dimensión de la crisis tan profunda derivada del Covid-19 [Incluso] “Solo por concepto de rendimientos, al 31 de agosto, los portafolios de pensiones obligatorias no solo recuperaron las perdidas presentadas, si no registraron una valorización de cerca de \$5,2*

²¹ Este Decreto previó, primero, como mecanismo de protección de las mesadas de salario mínimo en la modalidad de retiro programado, intentar el traslado del pensionado a una renta vitalicia y, en forma subsidiaria, el traslado de los saldos de la CAI del RAIS a Colpensiones. Así mismo se determinó la reducción voluntaria del monto del aporte al subsistema de pensiones que pasó de un 16% a un 3% mensual, para los ciclos de abril y mayo de 2020.

²² Asofondos, en dicho documento recordó que “*cuando se experimentó la crisis financiera del 2008, el portafolio moderado se recuperó en un periodo de 2 a 3 meses, o con el choque de liquidez que se generó en el 2006 con la intervención de la FED, la recuperación se extendió por un periodo de 5 a 6 meses*” (p. 10).

billones, de los cuales \$3,98 billones corresponden al portafolio moderado y cerca de \$1 billón al fondo conservador” (p. 2).

Es de destacar que todo lo expuesto lleva a trazar un problema que, aunque no corresponde al objeto del presente documento, se deriva de la dicotomía planteada. Como se ha dicho, debido a los factores exógenos explicados en acápite previos, las mesadas pensionales en la modalidad de retiro programado pueden fluctuar, hasta el punto de que aquella tienda a la baja y llegar al monto de un salario mínimo. En ese evento, cabe cuestionar ¿las aseguradoras están dispuestas a emitir rentas vitalicias con los saldos restantes que, para dicho momento, tienen los pensionados? Una posible respuesta a ello es que no, porque, como lo aduce Mora y Jara (2015), existe un alto riesgo jurídico de que se presente una demanda ordinaria para reclamar la actualización de la mesada al nivel en el que, inicialmente, la recibían²³.

4.2. Posición de la Corte Constitucional: inconstitucionalidad eventual del reajuste anual del artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la materia, existen dos pronunciamientos por parte del máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que resultan de relevancia para el tema objeto de análisis²⁴, que son: T-1052-2008 y T-020-2011²⁵. Por un lado, en la primera providencia, se estableció que la decisión de no realizar el incremento anual de la mesada pensional reconocida en el marco de la modalidad de retiro programado, de acuerdo con el IPC o el SMLMV, según corresponda, vulnera el derecho fundamental al mínimo vital, en la medida que es un mecanismo para sopesar la desvalorización de la moneda y mantener el poder adquisitivo de la prestación, siendo rescatable que dicho aumento de cada anualidad no puede afectarse por la rentabilidad de la CAI, “*porque este es un derecho que involucra directamente la efectividad de su derecho fundamental al mínimo vital*” (Corte Constitucional. Sentencia T-1052-2008, M.P Jaime Araújo Rentería)²⁶.

Por otra parte, en el segundo fallo, se reconoció expresamente la *posibilidad* de existir una incompatibilidad entre la normatividad que regula el RAIS (artículo 81 de la Ley 100 de 1993) y el derecho al reajuste de la mesada pensional (artículos 53 de la Constitución Política y 14 de la Ley 100 de 1993). Para profundizar en ello, adujo que:

²³ Existen múltiples discusiones sobre el mercado de las rentas vitalicias, incluso se ha cuestionado si en Colombia se puede hablar de que, realmente, existe uno de ellos. Sin embargo, no se profundizará en el tema, pues simplemente con la pregunta elaborada, se quiere exponer al lector que la doble afectación constitucional y legal que vive el pensionado bajo el retiro programado puede tener este efecto colateral al momento de optar por una renta vitalicia.

²⁴ Frente al retiro programado, también se encuentran las sentencias C-841-2003, que analiza la constitucionalidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y la C-530-2006, que estudia la constitucionalidad de los artículos 99 (obligación de las AFP de contratar un seguro) y 101 de la misma normativa (rentabilidad mínima), pues se denunciaron como contraria a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. No obstante, estas decisiones, pese a tener relación con la materia, no analizan específicamente el objeto de estudio del *examine*, por lo cual no se incluyeron en el artículo.

²⁵ No se puede pasar por alto la Sentencia C-841-2003, por la cual se estudió la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y, para ello, se refirió de forma general a la relación entre el capital ahorrado en la CAI y la pensión en el RAIS, las modalidades de pensión en dicho régimen, así como también los planes alternativos de capitalización. Sin embargo, en esta oportunidad no se analiza con exactitud lo requerido para el sub *examine*, por lo cual no se profundizó en ella.

²⁶ En esta oportunidad se afirmó que los conceptos de rentabilidad e indexación o reajuste anual son disimiles, pero puede que coincidan, porque el primero es una de las posibles herramientas para garantizar el segundo, esto es, que las pensiones no pierdan su poder adquisitivo.

[...] 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 rendimientos negativos, podría afectarse el saldo final de la cuenta y se pondría en riesgo el pago de mesadas futuras (subrayado añadido).

No obstante, dicho órgano resalta que lo anterior es “una mera eventualidad” pues su ocurrencia depende de la evolución que tengan las inversiones en el año, lo que, efectivamente, tiene tal connotación, pues recuérdese que la fluctuación de los ahorros de la CAI se encuentra ligada a las inversiones que se realicen según los activos y el fondo seleccionado por cada afiliado, la dinámica del mercado, la rentabilidad, longevidad del pensionado y sus beneficiarios, la tasa de mortalidad, el SMLMV, entre otros. No significa lo anterior que sea una posibilidad con ocurrencia remota²⁷ porque “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”.

También, reconoció la Jurisprudencia Constitucional que *podría* resultar incompatible con las adiciones del artículo 48 de la Carta Magna, introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, referentes a la prohibición de congelar o reducirse las mesadas. Frente a ello, adujo que “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”. Sin embargo, volvió a exaltar su posición de que nos encontramos ante una *incompatibilidad eventual* que se manifiesta cuando “para preservar el saldo de la cuenta de ahorro individual fuera necesario congelar o reducir el valor de la mesada”, pero, de forma contradictoria, inmediatamente después aseveró que “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, dicha Corporación argumentó que la manera de conciliar las normas era a través de la *interpretación conforme*, armonizando la norma infra constitucional con los derechos de la Carta Magna y prohibición traídas por el acto legislativo mencionado, ordenando, en cualquier escenario, el aumento anual sin posibilidad de reducción o congelamiento. Pese a ello, no desconoce que existe una paradoja referente a que, al efectuar los incrementos anuales, junto con el recálculo del retiro programado, la CAI se descapitalice y, por tanto, la mesada se reduzca a su monto mínimo.

²⁷ Incluso, recuérdese, como se ha destacado en este texto y también lo resaltó la Corte Constitucional en la Sentencia en comento, que ya ha ocurrido pues en los años 2008 y 2009, por ejemplo, la crisis de los mercados internacionales ocasionó disminución en la rentabilidad y llevó a que las mesadas se congelaran o redujeran.

A pesar de que alertó dicho riesgo, adujo que *“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”*²⁸.

Las decisiones adoptadas en las providencias previas no se obtuvieron con total unanimidad por los magistrados de dicha Alta Corte, pues algunos miembros aclararon el voto en las dos oportunidades; disentimientos que resulta indispensable exaltar, pues están reconociendo los vacíos e incongruencias que tales fallos presentaron.

Por un lado, en la Sentencia T-1052- 2008, el Magistrado Jaime Araújo aclaró su voto para subrayar que se dejó un margen para definir la forma en que debe realizarse la indexación bajo la modalidad de retiro programado, lo que lleva a cuestionar aspectos como: *“¿En qué momento debe hacerse dicha reliquidación? ¿Qué lapso debe tomarse como referente para asegurar que las pensiones mantengan su poder adquisitivo dentro de esta modalidad pensional? ¿Qué sucede si la pensión recalculada ante la disminución del capital es inferior a un cierto mínimo? ¿Qué derechos tiene el pensionado si la mesada disminuye en una cuantía proporcionalmente muy grande?”*, interrogantes que en su sentir se originaron después de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Por otra parte, en la providencia T-020-11, la Magistrada María Victoria Calle Correa aclaró su voto, en el sentido de establecer que la absoluta garantía del derecho a actualizar las mesadas pensionales tiene el riesgo de acabar por reducir la mesada pensional, en algún momento, a un salario mínimo mensual. Por ello, en su concepto, el mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas puede ser evaluado en cada caso, pues la decisión adoptada envía el mensaje que en todos los eventos debe incrementarse año a año la pensión, sin importar si implica una drástica disminución del saldo de la CAI y, con ello, una significativa de disminución de ingresos.

También el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva aclaró el voto en esta providencia, al considerar extraño que la Sala afirme que en términos prácticos si se realizan aumentos iguales o superiores al IPC y el comportamiento financiero de la CAI refleja rendimientos inferiores, la mesada puede disminuirse a un SMLMV, pese a lo cual ordena su reajuste anual. Por lo que, en su criterio, se da una contradicción pues *“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”*.

Frente a las decisiones analizadas, Vargas y Suarez (SF) argumentaron que *“no deja de ser preocupante que una interpretación inadecuada de la sentencia T-1052 de 2008 lleve a una igualación “de facto” de dos modalidades pensionales (éstas son: el retiro programado y la renta vitalicia)”* (p. 8), en tanto que, de conformidad con lo expuesto por Sergio Clavijo, Presidente de la ANIF en el mismo documento referido, se está encaminando a que las AFP prefieran sistemas de inversión sub óptimos para garantizar, exclusivamente, la inflación anual exigida por la Corte Constitucional en sus decisiones, por encima de esquemas de renta variable en lo que se trabaja

²⁸ Más adelante se podrá evidenciar que, contrario a dicho por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia es esquiva a aceptar el argumento de las AFP que los pensionados son quienes eligen la modalidad y, por tanto, asumen dichos riesgos.

para obtener rentabilidades óptimas y retornos reales y significativamente mayores a los de renta fija. En la misma línea, aunque sin mayores disposiciones, Anif (2015) manifestó que la modalidad de retiro programado ha venido soportando “*los lastres jurídicos en cabeza de la indexación de la mesada a la inflación por mandato de la CC (mostrando claramente que no han entendido cómo funciona el sistema)*” (p. 40).

Por último, Blanco (2011) aduce que la Alta Corporación Constitucional debería concluir que lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 y en los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, frente al valor constante que deben tener las mesadas pensionales, excluyen a la modalidad de retiro programado, pues, en su concepto, “*su propia naturaleza definida por el Legislador corresponde a un cierto nivel de riesgo asumido por el pensionado que no desconoce el incremento del IPC anual*” (p. 4). Ahora, agrega que, pese a ello, dicha Corte ordenó que las mesadas, bajo la modalidad prevista, deban ser reajustadas y no puedan ser congeladas ni reducidas, lo cual implica, en palabras del mismo autor, pero siguiendo lo expuesto por la doctora María Isabel Posada, otrora directora de la Cámara Técnica de Seguridad Social y Riesgos Profesionales de Fasecolda, una inaplicación del artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y, esto es, crear una nueva modalidad pensional por vía Jurisprudencial. Lo anterior, en tanto que “*a pesar de que la Corte reconoce la existencia de esta modalidad de pago que sujeta el monto de la mesada pensional al cálculo anual que se haga conforme lo establecido en la ley, existiendo la posibilidad que el monto aumente, mantenga su valor o disminuya en un período dado, debe aun así aumentarse anualmente con base en el IPC; es decir, como si se tratara de una renta vitalicia, pero con la diferencia de que el capital acumulado en cuenta del pensionado sigue siendo parte de su patrimonio*” (p. 5).

No se puede pasar por alto que los argumentos expuestos por la Alta Corte en la Sentencia T-020-2011, tienen efectos *inter partes*, los que, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia), corresponden a las decisiones por acciones de tutela, que únicamente tienen vinculatoriedad para los involucrados y su motivación “*sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*”. Este último aspecto fue declarado exequible condicionalmente en decisión C-037-1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, bajo el entendido que sí los operadores judiciales decidían apartarse de tales criterios auxiliares, debían justificar suficiente y adecuadamente su posición, so pena de vulnerar el principio de igualdad. Por su parte, siguiendo la misma normativa, las providencias que surgen en ejercicio del control de constitucionalidad disfrutan de efectos *erga omnes* tanto en su parte resolutive como motiva, pues la interpretación que se hace de la ley tiene carácter de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, a través de otras herramientas constitucionales se ha construido el argumento de que las interpretaciones de las normas efectuadas en decisiones judiciales proferidas por acciones de tutela son de forzoso acatamiento para toda autoridad judicial y administrativa. Por ejemplo, mediante el control concreto de constitucionalidad en dichos fallos, el que, como se manifestó en Sentencia C-539-2011, M.P. Luis Ernesto Vargas, tienen efectos en la parte resolutive exclusivamente para quienes conforman la *litis*, pero los fundamentos jurídicos que se fijan frente al contenido o alcance de los derechos analizados, superan tal situación y originan pautas para la interpretación de las mismas, convirtiéndose en parte del “*imperio de la ley*” al que están sujetos los jueces, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Nacional.

A lo expuesto acudió la SFC en la Carta Circular 20 de 2016, en donde dispuso que las AFP del RAIS tienen el deber de cumplir la exégesis que el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional efectuó en las providencias analizadas con antelación, esto es, T-1052-2008 y T-020-2011, toda vez que la *ratio decidendi* de los fallos de constitucionalidad de control concreto, resulta de obligatoria obediencia en todos los casos que se subsuman.

Pese a lo narrado, en criterio de la autora de este documento, Jurisprudencialmente se igualaron los efectos de los fallos adoptados por control de constitucionalidad de la ley o por fallo de tutela, ya que por los dos caminos es viable interpretar las normas para decidir si son armónicas con la Constitución y ello debe ser acatado con efectos *erga omnes*.

4.3. Posición de la Corte Suprema de Justicia: posible afectación al pensionado que obedece a las particularidades de cada caso.

Frente a la paradoja expuesta, no ha sido ajena la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entidad que, recientemente, identificó la doble afectación que puede tener la CAI en el retiro programado al realizar el reajuste constitucional y el recálculo anual propio de esta modalidad.

En las providencias SL2692-2020, SL2935-2020 y SL3106-2020, todas con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas, se plantearon los mismos problemas jurídicos e igual orientación argumentativa de solución. No obstante, para entender la considerativa, en criterio de la autora, es necesario contextualizar los supuestos fácticos de cada uno de los casos, que, en sede de casación, no fueron objeto de discusión y se sintetizan así:

Sentencia	Demandante vs demandado	Fecha de otorgamiento de pensión de vejez en retiro programado	Cuantía inicial	Mesadas	Mesada posterior
SL2692-2020	José Carlos Molina Cabal vs. Porvenir SA.	9 de noviembre/2002	\$5.111.068	14	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Enero 2008: \$ 7.112.981 ▪ Junio 2008: \$6.401.683 ▪ Enero 2011: \$6.330.273
SL2935-2020	Darío de Jesús Cardona Correa vs. Porvenir S.A.	Mayo de 2000	\$2.000.000	14	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Enero 2008: \$3.360.961 ▪ Junio 2008: \$3.024.865 ▪ 2012: \$2.773.550 ▪ 2014: \$2.179.198
SL3106-2020	María Teresa Díaz vs. Old Mutual	1° de diciembre de 2004	\$1.738.114	No aduce	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 2007: \$2.203.000 ▪ 2011: \$2.732.000 ▪ 2014: \$3.018.000 ▪ 2016: \$2.345.000 ▪ 2017: \$2.545.000

En los tres precedentes aducidos, se manifestó en sede de casación, al unísono, que deben reajustarse periódicamente (cada año) las mesadas, “*sin importar el régimen al cual se encuentre vinculado el pensionado y la modalidad de prestación, el valor de la mesada debe incrementarse anualmente con base en lo indicado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993*”, pues de tal forma lo ha dispuesto la Corte Constitucional y la misma Sala Laboral. A su vez, analizó el incremento de la prestación de vejez en la modalidad estudiada en este artículo y la posible descapitalización de la CAI.

En este último punto, se adujo que el valor de la mesada mensual se calcula cada año, siguiendo las reglas del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, ya analizadas en este documento. Sin embargo, exaltó que, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, el Legislador impuso a las AFP la obligación de realizar controles a los saldos de forma permanente, lo cual también implica ejercer acciones *“eficaces y oportunas para evitar su descapitalización [...] a fin de evitar que el valor de la prestación se disminuya a tal punto que llegue a esa suma mínima”*, porque dicha posibilidad de adoptar alternativas incluso hasta que lo ahorrado en la CAI garantice al afiliado o sus beneficiarios, la contratación de una renta vitalicia de un SMLMV, como lo previó la disposición referida previamente de la Ley 100 mencionada, en palabras de la Corte, *“puede generarle un perjuicio al pensionado, toda vez que en tal escenario su capital habrá disminuido considerablemente, circunstancia que, además, dificulta la contratación de una renta vitalicia con una aseguradora”*, sin que sea posible aducir que el riesgo lo asume el pensionado pues *“tal déficit lo dejaría sin protección”*(SL2692-2020).

Pues bien, al considerar en conjunto el reajuste periódico constitucional con el recálculo anual propio del retiro programado, dispuso este órgano judicial, en las tres providencias estudiadas, que erraron los operadores jurídicos de segundo grado *“al confirmar la orden de incrementar el valor mensual de la prestación con base en el índice de precios al consumidor y de pagar el retroactivo, sin tomar las medidas necesarias que impidan la descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante”*, en tanto que la eventualidad de que se agoten los recursos debe ser analizada por los jueces, a quienes les corresponde plantear soluciones de acuerdo con la regulación vigente y la Carta Magna.

Dichos argumentos reflejan, en sentir de la presente autora, que no se están fijando reglas jurídicas genéricas para replicar en todos los eventos, sino, por el contrario, se envía el mensaje a los jueces, AFP y afiliados que la afectación o no a la CAI debe analizarse con las particularidades de cada caso, lo cual resulta apropiado y armónico con la naturaleza y características del retiro programado, que, recuérdese, obedece a las dinámicas del mercado y factores exógenos analizados con antelación. Además, también compagina con la *“mera eventualidad”* de inconstitucionalidad tantas veces exaltada por la Corte Constitucional en las dos providencias analizadas.

Tal postura la ratificó la Sala Laboral con la documental solicitada para resolver en sede de instancia, en las mismas decisiones previamente aducidas, que corresponden a: i) informe del valor inicial de la CAI cuando se reconoció la prestación, los saldos año a año y el valor de la pensión desde dicha fecha hasta el momento en que se profirió la decisión; ii) indicar en qué momento se identificó una eventual descapitalización de los ahorros, las razones a las que obedeció dicha situación y las medidas adoptadas; iii) señalar los saldos actuales de la CAI y su proyección a futuro, de conformidad con la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios y, iv) explicar si ese valor permite o no el otorgamiento de una renta vitalicia y a qué cuantía ascendería.

Así las cosas, pese a que a la fecha no se cuenta con las soluciones ofrecidas en sede de instancia, es posible afirmar que la intención de la Corte Suprema de Justicia es requerir las pruebas suficientes para establecer cómo juega el reajuste anual de la mesada de acuerdo con el IPC, así como, a la vez, el recálculo anual de la modalidad aducida en los ahorros que reposan en la CAI y, consecuentemente, la afectación a la mesada pensional. Por lo tanto, si bien es cierto Jurisprudencialmente se está alertando una potencial doble afectación a los afiliados en el RAIS

bajo el retiro programado, también lo es que esto sólo es posible determinarlo en cada caso particular.

Así mismo, la prueba solicitada permite entrever que la posición del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral se orienta a determinar la diligencia de las administradoras de pensiones en el control de los saldos y en el traslado conveniente a la modalidad de renta vitalicia, en aras de establecer eventuales responsabilidades de dichas entidades.

En el mismo sentido se profirió la Sentencia SL3902-2020, con ponencia de la Magistrada Cecilia Margarita Durán Ujueta, quien ha observado con mayor claridad el riesgo que implica para los afiliados conjugar el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 con el 81 de esta misma disposición. En concreto, en tal oportunidad, además de reiterar las decisiones SL2692-2020 y CSJ SL3106-2020 mencionadas, cuestionó “¿qué es más garantista, conservar un ingreso moderadamente alto por más tiempo o incrementarlo sin preservar su sostenibilidad, condenando al pensionado a un empobrecimiento a corto plazo?”. Lo anterior, al destacar que una vez se inicia el goce de la pensión, en la modalidad de retiro programado, “[...] antes de que su pensión se torne en salario mínimo, esta seguirá disminuyendo hasta que, obligatoriamente, ante la posibilidad de que se extinga y antes de que esto ocurra, la AFP deberá contratar una renta vitalicia con una aseguradora [...]”.

V. RESULTADOS DEL ARTÍCULO

De conformidad con los argumentos narrados con antelación, así como con las posiciones de quien redacta el presente artículo, que en el desarrollo de ellos se fueron plasmando, en el presente capítulo se concretan los siguientes resultados del artículo:

1. Siguiendo los pronunciamientos Jurisprudenciales, la connotación constitucional del derecho a la seguridad social, especialmente lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, así como también el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es claro que las mesadas pensionales del retiro programado del RAIS, en cualquier circunstancia y momento, se deben reajustar anualmente, el 1° de enero de cada año, de acuerdo con el IPC o con el salario mínimo, según corresponda. Igualmente, debe realizarse el recálculo año a año, como lo contempla el artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, al comprender la forma en que se estructuró tal modalidad, se evidencia un choque de dichas disposiciones constitucionales con la infra constitucional que regula el retiro programado, porque con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se elevó a categoría constitucional la prohibición de congelar o reducir las mesadas, dinámica que resulta propia de la naturaleza del recálculo anual de la mesada en retiro programado, al depender de factores externos del mercado como la tasas de mortalidad, longevidad del afiliado, número y edad de beneficiarios, rentabilidad que depende del fondo seleccionado y de los portafolios de inversión, de la economía nacional e internacional, entre otros.

En tal virtud, encuentra la ponente de este documento, que dicha reforma constitucional del 2005 trajo una *inconstitucionalidad indirecta y sobreviniente* del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, especialmente porque:

1.1. La Constitución Política es norma de normas y prevalecerá sobre cualquier disposición o ley que la contraríe, como lo dispone su artículo 4.

1.2. La inconstitucionalidad sobreviniente, a la que se hizo alusión, ocurre cuando se dan modificaciones de toda la Constitución, reforma parcial de alguna de sus normas o de aquellas que integran el bloque de constitucionalidad, que originan que una ley inferior este en contradicción con los nuevos mandatos de rango constitucional (C-681-2003, C-1119-2004 y C-560-19) y, por tanto, se dé la derogatoria tácita de la misma (C-681-2003).

1.3. En ese orden, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, que regula la naturaleza fluctuante de la mesada pensional en la modalidad de retiro programado, en los condiciones que se indicó en el acápite 3.2.1., entró en vigor el 1° de abril de 1994, salvo para los servidores públicos del nivel departamental, distrital, y municipal, que rigió hasta el 30 de junio de 1995, esto es, cuando aún no existía la prohibición de congelar o reducir dichas mensualidades, lo cual nació con la adición al artículo 48 de la Carta Magna, que trajo el Acto Legislativo 01 de 2005 y rigió desde el 29 de julio de dicha anualidad, como se narró en el aparte 2.1. y 2.2.

1.4. Por tanto, para quien escribe, con la expedición de la reforma constitucional el precepto 81 referido devino en inconstitucional -bajo figura de sobreviniente aludida-, pues resulta discordante que éste último permita que la mesada oscile económicamente de forma positiva, negativa o se conserve invariable, debido a los componentes externos con los que está estrechamente relacionada y la disposición constitucional impida que la misma se reduzca o se congele.

2. Aunado a ello, si se recuerda, como se explicó en el capítulo segundo referente a las características del retiro programado, el artículo 81 de la ley de seguridad social aduce que la pensión mensual, una vez efectuado el recálculo anual, corresponderá a *“la doceava parte de dicha anualidad”*. En ese orden, el Legislador partió del presupuesto que, exclusivamente, el pensionado recibiría doce mensualidades al año, ignorando que, además de ellas, se percibe la adicional del mes de diciembre (número 13), prevista en el artículo 50 de dicha ley y, de acuerdo con el artículo 142 de la misma normativa, otra adicional, conocida como la número 14, que corresponde a la mensualidad de junio. Entonces, se observa otra incompatibilidad, pero, esta vez, ente normas del mismo rango.

Por supuesto, esta afirmación debe ser interpretada en armonía con el Acto Legislativo mencionado, porque, siguiendo su inciso 8°, quienes causen el derecho a la pensión a partir de su vigencia, sólo podrán percibir 13 mesadas pensionales, salvo aquellos cuya mesada sea igual o inferior a 3 SMLMV y se causen antes del 31 de julio de 2011, evento en el que se respetarán las 14 mesadas pensionales (parágrafo transitorio 6). Sin embargo, incluso bajo el escenario creado por la reforma constitucional, el choque de normas permanece y, en mi criterio, adquiere mayor relevancia pues, a través de una reforma constitucional, se dispuso que, según fecha de causación de la prestación y monto de la misma, se pueden recibir 13 o 14 mesadas, esto es, en cualquiera de los dos eventos, conceder mesadas adicionales a las 12 que solamente reconoce el artículo 81 plurimencionado. Ello, además,

afecta el monto de las mesadas futuras y el ahorro total acumulando, pues resulta lógico que, si se otorgan más de doce mesadas, la suma que reposa en la CAI debe responder por un número mayor de mesadas, descapitalizando más rápido la misma.

3. La incompatibilidad expuesta en el hallazgo inicial fue reconocida temerariamente por la Corte Constitucional, en las Sentencias T-1052-08 y T-020-2011, analizadas previamente, al sostener que existe una “*inconstitucionalidad eventual*” entre la norma infra constitucional (artículo 81 de la Ley 100 de 1993), con la constitucional (artículo 48 y 53 de la Constitución Política). Pese a ello, superó la “*eventualidad*” o “*posibilidad*” aludida, a través de la interpretación conforme, la cual significa que, como ocurre con el *indubio pro operario* en materia laboral, cuando una normativa vigente admite dos interpretaciones, pero una de ellas está en contra vía de la Constitución y la otra en armonía con ésta, deberá optarse por la última, para analizarla de acuerdo con la Carta Magna (Miranda, A y Navarro, P, 2014).

No obstante, en concepto de quien presenta este documento, no era posible acudir a dicha figura, ya que no habían dos interpretaciones del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, sino dos normativas que están en tensión, siendo correcto y técnicamente adecuado, acudir a la excepción de inconstitucionalidad, viable por el camino de las Sentencias “T”, para no aplicar en el *sub lite* la disposición legal y, si era del caso, extender expresamente los efectos de dicha excepción, para que no fuese solamente *inter partes*.

Pese a ello, en la providencia aludida con la aplicación de la interpretación conforme se desconoció por completo que el artículo 81 mencionado solo tiene una exégesis posible, referente a que cada año, en unidades de valor constante, deberá determinarse la mesada, dividiendo el saldo de la cuenta de ahorro individual (esto es el monto que repose en la CAI, una vez se deduzca las mesadas otorgadas, los gastos administrativos, ingresen los rendimientos (riesgo financiero analizado) y bono pensional, si lo hubiere), en el capital que se requiere para sufragar, a lo sumo, una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios (teniendo en cuenta los riesgos de extralongevidad del pensionado, número de beneficiarios, edad de éstos, tasas de mortalidad etc.). En ese orden, el Legislador, desde que surgió dicha modalidad, previó que las mesadas pudiesen reducirse o congelarse, pues el carácter de fluctuación de las mesadas es una opción propia de la naturaleza del retiro programado.

En ese orden, ¿cuál es la otra posible interpretación? En la providencia T-020-11 no se analizaron dos viables exégesis normativas y, por el contrario, se dio prevalencia a la disposición constitucional, aduciendo que las mesadas reconocidas en la modalidad de retiro programado no podían congelarse, ni reducirse y debían siempre reajustarse anualmente, con lo cual dispuso una inaplicación de la norma legal, porque si al efectuar el recálculo esta fluctúa de forma negativa, la AFP no puede realizar dicha operación y deberá inaplicar tal fórmula legal.

En armonía con lo dicho, se afirma que el reajuste constitucional de las mesadas pensionales, como una prerrogativa absoluta que no admite excepciones, puede tener consecuencias que, incluso, vayan en contravía de lo que busca, justamente, proteger, a

saber, como se exaltó en las decisiones constitucionales, “*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*” (Corte Constitucional, Sentencia T-1052-08, M.P. Jaime Araújo, reiterado en Corte Constitucional, Sentencia T-020-2011, M.P. Humberto Sierra)

En tal virtud, ordenar el reajuste de forma despótica para garantizar que la moneda mantenga su poder adquisitivo y la mesada no se reduzca o congele, en materia de retiro programado está llevando, en realidad, a que la CAI se descapitalice en un mediano o largo plazo y, en definitiva, las mesadas se deban reducir a su posibilidad más diminuta (en términos económicos), esto es, un salario mínimo, teniendo que contratar una póliza de renta vitalicia y, por tanto, no está garantizando lo que se buscó proteger con el reajuste constitucional. Esta contradicción se reflejó en los escenarios hipotéticos expuestos, al analizar los riesgos de los factores de extralangevidad y financieros, en el aparte 3.2.1.3, así como también al presentar los eventos traídos por ANIF (2015), en el capítulo 4.1.

4. Por último, es importante destacar que la solución brindada por la Corte Suprema de Justicia, al analizar los únicos cuatro casos que hasta el momento han llegado para su conocimiento, evidencian una nueva visión de los reajustes constitucionales y, a su vez, responde a la naturaleza del retiro programado, como se dijo en su oportunidad, porque reconoce la volatilidad del mercado, de los fondos, de la afectación posible de la CAI y que las mesadas dependen de esto, siendo importante, como lo señaló dicha Alta Corporación, analizar cada evento. Así, aparentemente, la ejecución al unísono de los dos cálculos estudiados en este artículo, no deben operar de forma imperiosa. No obstante, tal progreso en concepto de esta autora no resultó total, en tanto que restó responsabilidad a los afiliados/pensionados en la gestión de su futuro pensional, al afirmar que no basta el argumento de que el riesgo lo asume el pensionado pues si se agotan los recursos de la CAI, se podría afectar su mínimo vital. Por tal razón, surge el interrogante, para dicha Alta Corte ¿quién debe asumir los riesgos intrínsecos a esta modalidad de pensión?

Como se vio al estudiar el sistema de multifondos, este se creó como una herramienta para promover una gestión más eficiente y garantizar mayor rentabilidad, buscando certificar que la inversión que realizaran las AFP respondiera realmente a los perfiles de riesgos de los afiliados. No obstante, para ello, se incentivó la participación de los afiliados en cultivar una educación financiera e involucrarse, conocer y entender la dinámica en que operaban dichos fondos y las inversiones de sus ahorros. Todo lo anterior porque, siguiendo el querer del Legislador al estructurar los fondos y las modalidades pensionales, recae en cabeza del afiliado o pensionado, según corresponda, la elección entre aquellas posibilidades de fondos y, por tanto, al ser una decisión libre, voluntaria e informada (por la información que brinde la AFP y por el deber, sentido de propiedad e interés del afiliado/pensionado), los riesgos son asumidos por dicha parte.

Así lo reconoció la Superintendencia Financiera en su Circular Básica Jurídica 029 de 2014 y en el Concepto 2009003108-001 de 9 de marzo de 2009, al sostener que las variaciones

del saldo de la CAI como consecuencia de la fluctuación del mercado y la posibilidad que se deba reducir la mesada a un salario mínimo mensual y contratar una póliza de renta vitalicia, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, es un riesgo que está implícito al elegir esta modalidad y las consecuencias las asume el pensionado. Incluso lo admitió la Corte Constitucional en Sentencia T-020-2011²⁹, aunque esto resulta contradictorio si se tiene en cuenta que ordenó el reajuste constitucional, en aras de proteger al pensionado de la disminución de su mesada.

Pese a lo expuesto, la Sala Laboral del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria restó fuerza al argumento de que el pensionado es quien asume el riesgo de descapitalización, aunque es algo esencial del retiro programado. Ello, bajo la tesis de que podría, dicho déficit, dejarlo sin protección y afectar su mínimo vital. Luego, invirtió la responsabilidad y la otorgó, en su totalidad (pues, recuérdese que el deber de información, con el sistema de multifondos, se buscó que fuese compartido entre AFP y afiliado/pensionado), a la administradora para que, en un juicioso ejercicio de seguimiento de los ahorros de la CAI, adopte todas las medidas necesarias para evitar la desfinanciación de la CAI.

Con lo anterior, también se desconoce que las AFP no son aseguradoras de riesgos, ni la técnica de los seguros es propia de la modalidad de retiro programado, pues esta esencia se previó, principalmente, en la de renta vitalicia cuyos planes, como dispone el artículo 3.3.2.1 de la Circular Externa 13 de 2012, se hacen como un seguro de participación, encontrándose a cargo de las compañías de seguros que tengan aprobado el ramo de seguro de pensiones, como exige el artículo 3.2.2 de la misma Circular. Además, ignora, pues no se hace alusión siquiera sumaria a los mínimos que debe tener el modelo de contrato, pues, como indican los numerales c) y k) del artículo 3.7.1.1 del documento referido, se deben exponer los riesgos, especialmente el de extralongevidad y reposar la aceptación expresa de ellos y de las condiciones propias de la modalidad seleccionada.

En tal virtud, siguiendo parcialmente lo expuesto por Blanco (2011) frente a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, haciendo referencia a los argumentos expuestos por la doctora María Isabel Posada, otrora directora de la Cámara Técnica de Seguridad Social y Riesgos Profesionales de Fasecolda, lo cual se sintetizó en el acápite oportuno, Jurisprudencialmente se está modificando la modalidad del retiro programado, pues se ordenó que, en la práctica funcione como un renta vitalicia al actualizar la mesada con base en el IPC o salario mínimo y conserve su recálculo anual conforme a la ley de retiro programado, pese a que el capital que reposa en la CAI pueda disminuir. Además, aunque la elección de esta modalidad sigue siendo una potestad del afiliado, los riesgos los deberá asumir la administradora y ¿dónde queda el deber de educación financiera en la materia del pensionado/afiliado?

²⁹ En la que se afirmó que, de conformidad con lo consultado a la Superintendencia Financiera como al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de la Protección Social, el pensionado es la parte que se subroga los efectos de los riesgos de extra-longevidad y de mercado.

VI. CONCLUSIONES

Como se planteó al iniciar el artículo se buscó indagar sobre la compatibilidad de la modalidad de pensión de retiro programado en el RAIS, regulada en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991. En dicho análisis, se llegó a una conclusión concreta: el artículo 81 mencionado devino en inconstitucional a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, porque es propio de su naturaleza la fluctuación de la mesada tanto negativa como positivamente o que se mantenga estable, lo cual está prohibido después de dicha reforma constitucional. Además, efectuar tanto el reajuste constitucional cada 1° de enero y, a la vez, el recálculo anual legal, puede llevar a la descapitalización acelerada de la CAI, incurriendo con ello, nuevamente, en la prohibición constitucional de disminuir la mesada.

Pues bien, todo el recorrido efectuado llevó a plantear las siguientes consumaciones individuales con íntima relación con la conclusión central:

- La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia no ofrecen una solución efectiva a la incompatibilidad encontrada, sin que se desconozcan las particularidades que el Legislador otorgó al retiro programado. Lo anterior, porque la primera ordenó, de manera absoluta, realizar en todos los casos el reajuste al 1° de enero de cada anual, aspecto no previsto en el artículo 81 multimencionado y la segunda desconoció que los riesgos son asumidos por el afiliado pues trasladó dicha asunción a la AFP para que garantice la no descapitalización de la CAI.

No obstante, la reciente Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando no se cuenta con sentencias de instancias definitivas para los casos concretos, evidencia una nueva visión sobre los reajustes pensionales, caso a caso y permite entrever la posibilidad de que el análisis incluya la responsabilidad o no de las AFP en su diligencia de control de saldo, disminución de la mesada pensional y traslado oportuno a renta vitalicia.

- Jurisprudencialmente se creó una modalidad pensional ajena a las previstas en la ley, toda vez que dispuso que el retiro programado actúe como la renta vitalicia al realizar el reajuste constitucional y sea la AFP quien asuma los riesgos, pero, a su vez, efectúe el recálculo anual propio la modalidad aquí analizada.
- La Corte Constitucional reconoció la paradoja que involucra el recálculo anual y el reajuste constitucional, pero adujo la existencia de una inconstitucionalidad eventual que superó aplicando la figura de la *interpretación conforme*, la cual no resultaba ajustable pues frente al choque de una norma y la Constitución, era oportuno y técnicamente correcto acudir a en la Sentencia “T” a la excepción de inconstitucionalidad.
- Las AFP son administradoras del capital acumulado en la CAI y no compañías de seguros, por lo cual no está dentro de su objeto social asumir los riesgos de extralongevidad y financieros de la modalidad analizada.

- Las modalidades pensionales creadas por la Circular Externa 13 de 2012, fueron un intento inoperante para contener los riesgos que reflejaban las ya existentes, porque la práctica refleja que los colombianos acuden, casi exclusivamente, al retiro programado y la renta vitalicia.
- Considerar el reajuste constitucional cada primero de enero como una garantía absoluta que no admite excepciones, puede generar, en el retiro programado, efectos adversos a lo que busca evitar dicha institución, esto es, que la mensualidad mantenga su poder adquisitivo, pues, en un mediano o largo plazo, llevaría a descapitalizar la CAI y reducir la mesada a un salario mínimo mensual.
- Los interrogantes planteados por los magistrados de la Corte Constitucional que aclararon su voto en las Sentencias T-1052-2008 y T-020-11, pese a que han transcurrido más de 9 años desde la última decisión, siguen sin ser resueltos.

En virtud de lo expuesto, resulta claro que si el Gobierno Nacional tiene en la mira una futura reforma pensional, debe centrar su atención en el RAIS y, especialmente, en el retiro programado, pues es una modalidad que, al ser implementada por la mayoría de los pensionados bajo este sistema, debe superar todos sus vacíos y los riesgos inconstitucionales que enfrentan sus miembros. Solo queda cuestionar ¿se requiere una reforma a la Constitución Política, modificación de las modalidades pensionales, declarar inconstitucional específicamente la de retiro programado o, quizás, eliminar el RAIS? Y, sobre todo, ¿estamos preparados para abordar alguno de estos cambios?

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libro y documentos en línea

- Alonso, J., Herrera, C., Llanes, M. y Tuesta, D. (2010). Simulaciones de rentabilidades de largo plazo y tasas de remplazo en el sistema de pensiones de Colombia. Madrid: BBVA Research.
- ANIF (2013). Ahorro e inversión. Crecimiento económico y vehículos de profundización financiera en Colombia. Bogotá.
- Anif (2015). Ausencia de aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte y sus efectos sobre la sostenibilidad pensonal de Colombia. Documento realizado para Fasecolda. Disponible en: <https://www.asofondos.org.co/wp-content/uploads/2017/01/Anif-Fasecolda1115.pdf>
- Arenas, G (2018). El derecho colombiano de la seguridad social. Colombia: Legis Editores. Cuarta edición.
- Arenas, G (2002). La propuesta de reforma al sistema de pensiones: un análisis jurídico preliminar. Disponible en línea. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document?obra=rlaboral&document=rlaboral_7680752a7ef2404ce0430a010151404c. Recuperado el 28 de enero de 2018.
- Asofondos (abril 2020). Fondos de pensiones: tras un trimestre con altas. Colombia: comunicado de prensa. 25 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.asofondos.org.co/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-1-Trimestre-final-1.pdf>
- Asofondos (mayo 2020). Economía en tiempos de pandemia. Informe de mercados – mayo 2020. Notas de análisis n.º 5. Disponible en: <https://www.asofondos.org.co/wp-content/uploads/2020/06/NA-Informe-de-mercados-31-MAYO-20201.pdf>
- Asofondos (septiembre 2020). Ahorro de trabajadores alcanzó nuevo máximo histórico al llegar a \$291 billones. Colombia: comunicado de prensa. 16 de septiembre. Disponible en: <https://www.asofondos.org.co/wp-content/uploads/2020/09/En-agosto-se-consolida-recuperaci%C3%B3n-de-ahorro-pensional-Comunicado-vf.pdf>
- Banco de la República (2009). Informe de la Junta Directiva al Congreso de la República. Colombia: Bogotá
- Banco de la República (2010). Informe de la Junta Directiva al Congreso de la República. Colombia: Bogotá

- Blanco, O (2011). Cambios en la pensión de retiro programado. Colombia: Revista Actualidad Laboral n.º 165 mayo-junio. 2011
- Bernal, J. A. (2018). Las raíces de la insostenibilidad del sistema general de pensiones en Colombia y Chile: un análisis comparativo. Colombia: Universidad de la Salle. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.
- Dinero (2020). ¿Cómo será la reforma pensional de Duque? Colombia: Revista Dinero. 3 de mayo de 2020. Recuperado de: <https://www.dinero.com/pais/articulo/como-es-la-reforma-pensional-del-gobierno-duque/282390>
- El Tiempo (2017). Las 8 ‘reformitas’ pensionales que han entrado al Congreso. Colombia: Área de Economía y Negocios de El Tiempo. 17 de octubre de 2017. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/economia/sector-financiero/los-proyectos-para-reformar-la-pension-de-colombianos-que-avanzan-en-el-congreso-140664>
- FIAP (2015). Modalidades de pensión en los sistemas de capitalización individual: Evaluación y propuestas de perfeccionamiento. Notas de pensión n.º 6. Septiembre.
- García Mazo, C. M. y Moreno Martínez, J. A. (2011). Optimización de portafolios de pensiones en Colombia: el esquema de multifondos, 2003-2010. Colombia: Medellín. Universidad EAFIT
- Medellín. Revista Ecos de Economía, vol. 15, núm. 33, julio-diciembre, 2011, pp. 139-183
- Martínez, M. S. (2015). ¿Estamos en el lugar equivocado? Evaluación de impacto al esquema de Multifondos del sistema de pensiones colombiano. Colombia: Universidad de la Salle. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales
- Miranda, A y Navarro, P (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. Colombia: Universidad de Medellín. Revista Opinión Jurídica, Vol. 13, N° 26, pp. 69-80 - ISSN 1692-2530. Julio-diciembre.
- Monterrosa, H (2019). Estas son reglas de los multifondos de pensiones que cambian a partir de mañana. Colombia: La República. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/finanzas/estas-son-las-reglas-de-los-multifondos-de-pensiones-que-cambian-a-partir-de-marzo-2833028>
- Moreno, M. (2020). Traslados entre regímenes pensionales Una decisión trascendental. Revista Fasecolda n.º 178, 50-55. Recuperado a partir de <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/633>

- Mora, C., y Jara, V. (2015). Sistema de cotización electrónica de modalidades de pensión, gatear antes de correr. *Revista Fasecolda*, (159), 10-15. Disponible en: <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/148>
- Muñoz, A (2010). La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. *Revista Universitas* No 12 julio-diciembre de 2010.
- Muñoz, A (2012). La constitución de 1991 y la seguridad social. El derecho laboral generalizado. Bogotá: Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes.
- Muñoz, A (2014). La edad de pensión. Dos visiones. Un solo principios. En: Gómez, D (2014). *Seguridad social temas selectos*. Bogotá: Editorial Ibáñez. Pág. 165 a 188.
- Muñoz, O y Esguerra, G (2012). La pensión como derecho fundamental en el sistema de seguridad social colombiano. Colombia: *Revista Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 8. N.º 2. julio - diciembre Pág. 88-101.
- Niño, A. (2017). Modalidades pensionales retiro programado y renta vitalicia inmediata. Asimetría de la información. Bogotá: Colombia. Universidad Libre.
- Ochoa, O. A. (2010). El esquema de multifondos, innovación en la administración del sistema de pensiones obligatorias colombiano. Colombia: Universidad de los Andes: *Revista Misión Jurídica*. Vol. 3 - Núm. 3 / julio - diciembre de 2010 / pp. 65 – 80
- Olivera, M (2020). Discusiones de temas pensionales y la necesidad de la reforma Colombia: *Revista La República*. 12 de junio de 2020. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/analisis/econometria-consultores-2889073/discusiones-de-temas-pensionales-y-la-necesidad-de-la-reforma-3017562>
- Porvenir S. A (2019). Informe de generación de valor social 2019. Bogotá: Colombia.
- Portafolio (2018). Sobre los rendimientos de los fondos de pensiones. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/opinion/otros-columnistas-1/sobre-los-rendimientos-de-los-fondos-de-pensiones-analisis-517594>
- Rodríguez, R (2017). Estudios sobre seguridad social. Colombia: Editorial Ibáñez y Universidad del Norte. Colección jurídica. 5 edición.
- Santa María, M., Botero, J., Martínez, M., Millán y N., Stiener R. (2010). El sistema pensional en Colombia: retos y alternativas para aumentar la cobertura. Colombia: Fedesarrollo. Informe Final. 12 de abril.
- Superintendencia Financiera de Colombia (1994). Registro histórico de afiliados. Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/9110>

Superintendencia Financiera de Colombia (SF). Informes Mensuales de Fondos de Pensiones y Cesantías. Colombia. Recuperados de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10833/f/0/c/0>

Usme, V (2006). Breves reflexiones sobre la reforma constitucional al sistema de pensiones. Bogotá: Universidad Santo Tomás. Recuperado de: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3015/2882>

Vargas, J y Suarez, J (SF). El retiro programado y su debate constitucional. Una sentencia de reciente expedición analiza cómo debería realizarse el recálculo anual de las mesadas pensionales que prevé la modalidad de retiro programado. Fasecolda. Disponible en: https://app.mapfre.com/documentacion/publico/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1060716

Vaca, J (2013). Sistema Pensional colombiano: ¿fuente de igualdad o desigualdad? Colombia: coyuntura económica: investigación económica y social. Volumen XLIII, No. 1, junio. pp. 37-66

Villar, L, Malagón, J, Vaca, J y Ruiz, C (2013). Impactos macroeconómicos del sistema pensional en Colombia. Colombi: Fedesarrollo. 8 de julio.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-681-2003. Conjuez Ponente Ligia Galvis Ortiz

Corte Constitucional. Sentencia C-1119-2004. M.P Marco Gerardo Monroy

Corte Constitucional. Sentencia T-1052-2008. M.P Jaime Araújo Rentería

Corte Constitucional. Sentencia T-020-2011. M.P. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional. Sentencia C-539-2011. M.P Luis Ernesto Vargas

Corte Constitucional. Sentencia SU-130-2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza

Corte Constitucional. Sentencia T-322-2015. M.P Gabriel Eduardo Mendoza

Corte Constitucional. Sentencia T-596-2016. M.P Gabriel Eduardo Mendoza

Corte Constitucional. Sentencia C-560-2019. M.P Luis Guillermo Guerrero.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3902-2020. M.P. Cecilia Durán Ujueta.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2692-2020. M.P Clara Cecilia Dueñas.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2935-2020. M.P Clara Cecilia Dueñas

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3106-2020. M.P Clara Cecilia Dueñas