

LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO: UNA VISIÓN A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EN COLOMBIA¹

Gimena Marcela Lopera Restrepo²

Resumen

La modalidad de Retiro Programado permite el recálculo anual de la mesada pensional, lo que genera la posibilidad de aumentar, mantener o disminuir el monto de la mesada pensional inicialmente reconocida, situación que genera tensiones no solo frente al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sino frente a normas de rango constitucional, como son los artículos 48 y 53.

En este contexto, el objetivo general de la investigación es analizar si la modalidad de Retiro Programada ofrecida en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es constitucional al amparo de lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales garantizan el derecho al reajuste periódico y constante de las mesadas pensionales y prohíben congelar o disminuir el monto de las mismas.

En el artículo se realiza un análisis de las normas que regulan la modalidad de Retiro Programado y sus características, se estudia de manera detallada la finalidad del Acto Legislativo 001 de 2005 y la jurisprudencia que trata la tensión entre el recálculo anual de la mesada pensional y el postulado de mantener el aumento constante de la mesada pensional a fin de determinar si esa reforma aplica o no al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Se concluye, desde una interpretación finalista del Acto Legislativo 001 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, que dicha reforma no estaba encaminada al RAIS, sino a lograr la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media (RPM) y a controlar el pasivo pensional de las entidades públicas entre ellas el ISS; sin embargo a la luz del artículo 53 de la

¹ Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho.

² Abogada, especialista en Derecho Financiero, Seguridad Social y en Derecho Procesal, estudiante del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico:loperarestrepo.gimena@gmail.com

Constitución Política, la modalidad de Retiro Programado no supera un análisis de constitucionalidad en atención a que esta norma pone en cabeza del Estado garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, lo cual no es posible garantizar en la modalidad de Retiro Programado.

Palabras clave: pensión vejez; régimen de ahorro individual con solidaridad, modalidad de retiro programado; poder adquisitivo de la mesada pensional.

Abstract

The Programmed Retirement modality allows the annual calculation of the pension allowance, which generates the possibility of increasing, maintaining or decreasing the amount of pension received, the situation that generates tensions not only against Article 14 of Law 100 of 1993, against the norms of constitutional rank, as a child of articles 48 and 53.

In this context, the general objective of the investigation, the analysis of the withdrawal modality programmed in the Individual Savings with Solidarity Regime is constitutional under the provisions of articles 48 and 53 of the Constitution, which guarantee the right to readjust periodic and constant pension tables and prohibit freeze or decrease the amount of them.

For this, the research carried out in Chile and Colombia on social security is taken as a source, an analysis is made of the rules that regulate the Programmed Retirement modality, its characteristics, the purpose of the legislative act 001 of 2005 is studied in detail. Determine if this reform applies or not to the Individual Savings with Solidarity Regime (RAIS) and yes to the analysis of cases of jurisprudence that have studied the tension between the annual calculation of the allowance and the postulate of the constant maintenance of the pension allowance .

It is concluded, from a finalist interpretation of the legislative act 001 of 2005 that modified article 48 of the Political Constitution, that said reform was not directed to the RAIS, but to the financial financing of the Average Premium Regime (RPM) and to control the pension liabilities of public entities including the ISS, however, in light of Article 53 of the Political Constitution, the Programmed Retirement modality does not pass an analysis of constitutionality, given that this rule places the right of the State to guarantee the right to timely payment and periodic readjustment of legal pensions, which can not be guaranteed in the programmed withdrawal modality

Keywords - Old-age pension; Individual Savings Regime with Solidarity, Programmed Retirement Modality; Acquisitive power of the pension allowance.

Resumo

A modalidade de aposentadoria programada permite o recálculo anual do subsídio de reforma, o que gera a possibilidade de aumentar, manter ou diminuir o montante do subsídio de pensão inicialmente reconhecido, situação que gera tensões não só contra o Artigo 14 da Lei 100 de 1993, mas contra padrões constitucionais, como os artigos 48 e 53.

Neste contexto, o objetivo geral da investigação é que a análise da modalidade de aposentadoria programada oferecida no Regime de Poupança Individual com Solidariedade é constitucional nos termos dos artigos 48 e 53 da Constituição, que garantem a direito ao reajuste periódico e constante dos pagamentos das pensões e proíbe o congelamento ou a redução do seu montante.

Para tanto, as pesquisas realizadas no Chile e na Colômbia sobre segurança social serão tomadas como fonte, uma análise é feita das regras que regulam a modalidade de aposentadoria programada, suas características, o propósito do ato legislativo 001 de 2005 é estudado em detalhes. determinar se esta reforma se aplica ou não ao Regime de Economias Individuais com Solidariedade (RAIS) e estudos de caso que analisaram a tensão entre o recálculo anual do subsídio e o postulado de manter o aumento constante do subsídio de pensão.

Conclui-se, a partir de uma interpretação finalista do acto legislativo 001 de 2005 que modificou o artigo 48 da Constituição Política, que a referida reforma não visava o RAIS, mas para alcançar a estabilidade financeira do regime de prémios médios (RPM) e controlar os passivos Pensão de entidades públicas, incluindo a ISS, no entanto, à luz do artigo 53 da Constituição, a modalidade de retirada programada não passa uma análise de constitucionalidade à luz do fato de que esta regra coloca o Estado encarregado de garantir o direito de pagamento atempado e reajuste periódico das pensões legais, que não podem ser garantidas na modalidade de retirada programada.

Palavras-chave: pensão de velhice; Regime de poupança individual com solidariedade, modalidade de aposentadoria programada; Poder de aquisição do subsídio de pensão.

ABREVIATURAS

AFP: Administradora De Fondo De Pensiones.

RAIS: Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad.

IPC: Índice De Precios Al Consumidor.

OIT: Organización Internacional Del Trabajo.

RPM: Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

IPC: Índice de precios al Consumidor.

PIB: Producto Interno Bruto

INTRODUCCIÓN

Este artículo inicia con una reseña del surgimiento de la seguridad social en Colombia y en especial mostrando los cambios que trajo la Ley 100 de 1993 en atención a que incorporó a los particulares en la prestación del servicio público de seguridad social, al crear un sistema dual de pensiones, constituido por el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrados por las AFP.

Este nuevo panorama garantiza a los afiliados la libre elección entre los dos regímenes existentes, el acceso a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte. Para el caso de las pensiones de invalidez y sobrevivientes no se presentan diferencias en la forma de liquidarse, en ambos es igual; no así la prestación de vejez que tienen variadas diferencias, en cuanto a la forma de liquidación, monto y tasa de remplazo, según se esté en uno u otro régimen.

En el caso del RAIS ofrece varias modalidades para acceder a la prestación de vejez, entre ellas el Retiro Programado, en el cual se enfoca este trabajo, dado que al ser una modalidad que permite el recálculo anual de la mesada genera tensiones entre el derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 14 de Ley 100 de 1993.

A partir de un análisis conjunto de la normatividad existente, las características de la modalidad y el estudio de casos jurisprudenciales, se realiza un estudio crítico a la modalidad de retiro mostrando las ventajas y desventajas, las variables que debe tener en cuenta el afiliado para optar por esta modalidad y la dificultad que presenta al realizarse el recálculo anual de la mesada con relación al postulado constitucional de mantener el poder adquisitivo constante de la mesada pensional y desde la perspectiva *de lege ferenda* proponer la inconstitucionalidad de la modalidad de Retiro Programado.

Este escrito se realiza a través de la investigación dogmática partiendo de los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales, se analiza el recálculo anual de la mesada pensional y las dificultades no solo de orden legal, sino social que trae esta modalidad. De esta manera el artículo cuenta con las siguientes partes: en primer lugar se hace una reseña histórica del surgimiento de la seguridad social en Colombia; luego se realiza un análisis detallado de la

modalidad de Retiro Programado como modalidad pensional, y del reajuste periódico de la mesada pensional y el recálculo anual del Retiro Programado como modalidad pensional. Por último, las conclusiones que dan cuenta de la propuesta de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO I. RESEÑA HISTÓRICA DEL SURGIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Los primeros pasos en la creación del sistema de seguridad social en Colombia se pueden remontar al año 1882, fecha en la que se expidió la Ley 14 de 1882 que otorgó a los trabajadores del sector público una pensión de jubilación; posteriormente se expidió la Ley 39 de 1903 que otorgó pensión a los maestros; la Ley 29 de 1905 que estableció la cuantía y requisitos de pensiones oficiales; la Ley 57 de 1915 con la cual se puede decir que se inició la seguridad social en Colombia dado que introdujo conceptos de accidente de trabajo, y responsabilidad del empleador; la Ley 37 de 1921 que implementó el seguro de vida colectivo y creó el fondo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares; con la “Ley 116 de 1926 se establecieron los requisitos de la pensión de jubilación de los maestros; [...] el Decreto 2350 de 1944 que dispuso que mientras se organizaba el seguro social obligatorio” (Vásquez & Muñoz, 2010, p. 56) el patrono debía asumir a parte de las prestaciones de ley el pago de indemnización por accidente de trabajo.

No obstante, fue con la expedición de “la Ley 6 de 1945 que nació el sistema pensional en Colombia, en atención a que con esta Ley: Se ordenó la creación del Instituto de los Seguros Sociales [...] y se obligó a los patronos a pagar indemnizaciones por accidentes de trabajo” (Vásquez & Muñoz, 2010, p. 56).

En ese mismo año se expidió el Decreto Ley 1600 de 1945 que creó la Caja de Previsión Social para el sector público y en el año 1946 con la expedición de la Ley 90 de 1946 se creó el Instituto de los Seguros Sociales y se dispuso la afiliación de los trabajadores particulares para lograr la subrogación de las obligaciones que estaban en cabeza del empleador y el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Más tarde la Ley 4 de 1966 modificó el monto de la pensión de jubilación asignándole el setenta y cinco por ciento (75%). Luego vino el Decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1849 de 1969 que permitió reorganizar el sistema prestacional en general de los servidores del Estado y cambió la edad para jubilarse, diferenciándola entre hombres y mujeres, posteriormente se modifica la edad de la pensión de jubilación en empleados públicos con la Ley 33 de 1985.

Entrando los años noventa el ISS dicta el “Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año este modificó el reglamento del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, modificó los requisitos de edad y semanas para acceder a la pensión vejez” (Vásquez & Muñoz, 2010, p. 56).

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se introduce por primera vez en Colombia el concepto de Seguridad Social Integral como un sistema que garantiza la protección de la población colombiana. Antes se hablaba de seguros sociales que solo cubrían las prestaciones a los trabajadores por las contingencias sufridas en desarrollo de sus labores. El derecho a la Seguridad Social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 y se define como un servicio público de carácter obligatorio, que puede ser prestado por particulares bajo la supervisión del Estado y debe cumplir los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad; adicionalmente se le da el rango de derecho irrenunciable.

De igual manera el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, impone la creación del estatuto del trabajo, el respeto a los principios mínimos fundamentales y la obligación del Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Bajo ese nuevo marco constitucional, se dictó en el año 1993 la Ley 100 que constituye el régimen actual en materia de seguridad social integral, que se encuentra bajo la dirección, coordinación, vigilancia y control del Estado. Esta nueva legislación introdujo importantes cambios, como son:

- La unificación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.
- La creación de sistemas independientes: el sistema de salud, riesgos laborales, pensión y los servicios sociales complementarios.
- El establecimiento de la afiliación obligatoria.
- La ampliación progresiva de la cobertura.
- Se estructura el sistema dual de pensiones, con la creación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, coexistiendo con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que permitió la participación de los privados en la administración del servicio público de seguridad social.

El Régimen de Prima Media con prestación definida, inicialmente era administrado por el ISS en la actualidad por Colpensiones, su naturaleza fue definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Dicho régimen se caracteriza porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la Ley. (Sentencia C-538, 1996, párr. 2)

De igual manera se creó el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por las administradoras de fondo de pensiones de naturaleza privada (Porvenir, Protección, Colfondos y Old Mutual) que es diametralmente diferente al régimen público y se describirse así:

El sistema de ahorro individual con solidaridad incorpora y administra recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados. Está basado en los recursos del ahorro, administrados en cuentas de propiedad individual de los afiliados, proveniente de las cotizaciones hechas por los empleadores y trabajadores, más los rendimientos financieros generados por su inversión y, eventualmente, de los subsidios del Estado. (Sentencia C-538, 1996, párr. 3)

Con la expedición de la Ley 100 nace en Colombia un sistema dual de pensiones que permite al afiliado escoger libremente entre los dos sistemas y de igual manera trasladarse entre uno y otro, respetando los periodos mínimos de permanencia y la libertad de escogencia. La Corte Constitucional estudió la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad por parte del legislador, al conocer una demanda de inconstitucionalidad de la Ley 100 de 1993 e indicó en la Sentencia C- 538 de 1996 lo siguiente:

La Ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los mandatos constitucionales; por lo tanto, no es válido, como lo pretende el demandante, unificar los regímenes en materia de pensión mínima, porque de este modo se iría en contra de la voluntad del legislador, fundada en el consenso político logrado en el Congreso y en los sectores más representativos de la comunidad, en el sentido de consagrar la dualidad de regímenes y que la participación de los particulares en la prestación de seguridad social no excluyera al Instituto de Seguros Sociales. (párr. 5)

En un análisis del 2002, la Corte Constitucional avaló la coexistencia de ambos regímenes pensionales, la legalidad de las diferentes modalidades de pensión que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), concluyendo que no se vulnera el derecho a la igualdad al consagrarse esas diferencias:

Tratándose del asunto bajo revisión se tiene que del hecho de que la Ley 100 de 1993 contemple dos regímenes diferentes con características propias no puede deducirse, como lo pretende el demandante, que se vulnere el principio de igualdad máxime cuando al regularlos el legislador también consagró la libertad de escogencia por parte del afiliado. En este sentido es evidente que el legislador les brinda igual tratamiento a las personas al garantizarles la libre elección, dependiendo de los beneficios que les ofrezca cada uno de los regímenes dentro del sistema general y el trasladarse de uno a otro. (Sentencia C-086, 2002, Ap. VI numeral 6)

Es claro que desde el punto de vista constitucional es válida la existencia de dos regímenes, sin embargo a medida que trascurren los años y en especial pasados más de 20 años de su entrada en vigencia, se evidencia que el RAIS no ofrece todas las maravillas que inicialmente mostraron a los afiliados, en atención a que este sistema de capitalización depende del aporte de los afiliados que en Colombia está en el 16% del salario recibido, a los aportes voluntarios y los rendimientos financieros, los cuales conforman una cuenta de ahorro individual. No obstante en la actualidad el RAIS presenta las siguientes problemáticas:

1. El monto de la mesada pensional: es superior en el RPM al de RAIS. Lo anterior porque el cálculo de la mesada pensional en el RPM depende del IBL y la tasa de remplazo de las semanas cotizadas, conforme lo regulan los artículos 33 y 34 de Ley 100 de 1993, mientras en el RAIS estas dos variantes no se toman en cuenta y el monto de la mesada depende del capital ahorrado, la integración del grupo familiar y la esperanza de vida del afiliado.
2. “No todos los afiliados logran acumular un ahorro igual o superior al 110% del Salario Mínimo Legal Vigente, que exige el artículo 64 de Ley 100 de 1993.³ Para el año 2011 ese capital era de \$110.047.647” (Castillo, 2011, p. 84).

³ **Requisitos para obtener la pensión de vejez.** Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor

3. La modalidad de Retiro Programado evidencia que el afiliado es quien asume el riesgo de extra longevidad, riesgo de reducción del capital ahorrado y de la mesada pensional (Castillo, 2011), situación que no ocurre en el RPM, donde estas variables no lo afectan.
4. La garantía de Pensión Mínima no es accesible para todos los afiliados, por la restricción que trae el artículo 83 de Ley 100 de 1993, para las personas con ingresos superiores a un salario mínimo.

En el RAIS, las modalidades de pensión están reguladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, las cuales inicialmente se regularon en tres:

A) Renta Vitalicia inmediata: la Renta Vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.

B) Retiro Programado: el Retiro Programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar [...].

C) Retiro Programado con Renta Vitalicia: [...] es una combinación entre las dos modalidades anteriores [...]. (Superintendencia Financiera de Colombia, s.f., párr. 9-11)

Adicionalmente se indicó en la Ley que podrían autorizarse otras modalidades por la superintendencia Bancaria (hoy súper financiera)⁴. En virtud de esta delegación que realizó la ley, la Superintendencia Financiera en la Circular Básica jurídica C029/2014, en la parte 2 Título III Capítulo II numeral 4 y siguientes.

certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar [...]. (Ley 100, 1993, Art. 64)

⁴ Modalidades de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes. Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso: a) Renta vitalicia inmediata; b) Retiro programado; c) Retiro programado con renta vitalicia diferida; o d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria. (Ley 100, 1993, Art. 79)

Además de las tres modalidades reguladas en el artículo 79 de Ley 100 de 1993, autorizó las siguientes modalidades de pensión según la Superintendencia Financiera de Colombia (2014):

1. Renta Vitalicia diferida.
2. Renta temporal cierta con Renta Vitalicia de diferimiento cierto.
3. Renta temporal variable con Renta Vitalicia diferida.
4. Retiro Programado sin negociación del bono pensional.
5. Renta temporal variable con Renta Vitalicia inmediata.

Como se observa el RAIS ofrece múltiplex modalidades para acceder al disfrute de la pensión de vejez, incluso estas modalidades relacionadas anteriormente también aplican para las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Dado el carácter amplio de todas esas variables, en este artículo solo se aborda la modalidad de Retiro Programado, por la relevancia que frente a sus características propias se genera en torno al recálculo anual de la mesada pensional.

CAPÍTULO II. EL RETIRO PROGRAMADO COMO MODALIDAD PENSIONAL

La modalidad de Retiro Programado en la actualidad se ofrece en varios países de Latinoamérica como son: Argentina, Chile, Colombia, El Salvador (donde se conoce como renta programada); México, Perú y República Dominicana (Walteros, Guerrero, & Hernández, 2017).

En Chile, el Decreto Ley 3500 de 1980 consagra las diferentes modalidades de pensión, y en relación al Retiro Programado indica:

Retiro Programado es aquella modalidad de pensión que obtiene el afiliado con cargo al saldo que mantiene en su cuenta de capitalización individual, como resultado de retirar anualmente la cantidad expresada en U.F. que resulte de dividir cada año, el saldo real de su cuenta de capitalización individual por el capital necesario para pagar una unidad de pensión al afiliado y, fallecido éste, a sus beneficiarios. (Superintendencia de Pensiones, s.f., p. 1)

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2009) define la modalidad de Retiro Programado en los siguientes términos:

Es una modalidad de pensión en la cual el afiliado efectúa retiros mensuales de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC). El mecanismo funciona de la siguiente manera: si un afiliado de sesenta y cinco (65) años se jubila, la pensión se calcula considerando su expectativa de vida a dicha edad. El monto de esta pensión es retirado de su CIC, lo que significa que dicha CIC sigue siendo administrada por la AFP y obteniendo la rentabilidad que dicha administradora ofrezca. Al año siguiente, se calcula nuevamente la pensión con el nuevo monto de la CIC, considerando una expectativa de vida a partir de sesenta y seis (66) años. El mecanismo se repite las veces que sea necesario.

La pensión se otorgan en doce (12) pagos mensuales iguales; sin embargo, a partir del mes de setiembre del 2009 en que entra en vigencia la Resolución SBS N° 8962-2009, que incorpora la modalidad de Retiro Programado con Gratificación, será posible recibir el monto anual en catorce (14) pagos anuales incorporando los conceptos de gratificación en los meses de julio y diciembre. (p. 13)

En Colombia la Ley 100 de 1993 la regula en los siguientes términos:

Retiro Programado. El Retiro Programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios, obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar.

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de Renta Vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por Retiro Programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensionado si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.

Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por Retiro Programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima. (Art. 81)

El recálculo anual de la mesada en la modalidad de Retiro Programado por ley es obligatorio realizarlo, tiene su razón de ser, en atención a que la financiación de la prestación esta soportada en el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Cuenta que pasa por dos etapas; la primera cuando el afiliado está activo laboralmente, evento en el cual la cuenta de ahorros se incrementa mensualmente con el aporte y los rendimientos que se generen esta es la etapa de acumulación; luego cuando el afiliado cambia su estatus a pensionado llegando a la etapa des-acumulación; esto es, la cuenta no se nutre de aportes y rendimientos, sino que pasa a generar un pago de trece mesadas anuales y a depender solo de los rendimientos para mantener o incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro que financiará la prestación.

Sobre la forma del cálculo de la mesada pensional en la modalidad de Retiro Programado, se pronunció inicialmente la Corte en Sentencia C- 841 de 2003 al revisar unos apartes del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en la que dijo:

En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto esta depende de sus aportes, sin perjuicio de las garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales [...]. (Sentencia C- 841, 2003, párr. 30)

Los usuarios son quienes asumen los riesgos financieros (inversión, inflación y solvencia) y los de extra-longevidad. Adicionalmente como se plantea en el texto “Análisis Crítico de las Modalidades de Pensión y Propuesta Alternativa” (Díaz, 1993), los usuarios deben analizar las variables que intervienen en la elección de modalidad de pensión como son:

- Expectativas de vida, tasa subjetiva de preferencia en el tiempo y grado de aversión al riesgo de sobrevida. Variable personal sustentada en “la teoría del ciclo de vida que caracteriza a los individuos como agentes que optimizan, haciendo planes para el futuro, tomando en cuenta que no saben cuánto tiempo vivirán” (Díaz, 1993, p. 12).
- Preferencia por dejar herencia y disfrutar de los excedentes de capital. Otra variable personal importante.
- Factibilidad de re optimizar: las personas valoran el hecho de poder re optimizar cada período en la medida que van obteniendo más información.

Estas variables influyen en la toma de decisiones, máxime cuando se opta por la modalidad de Retiro Programado, donde además de estas variables se debe tener en cuenta riesgos inherentes a la misma modalidad, que a largo plazo pueden disminuir el capital ahorrado y que la AFP al momento de realizar el control de saldos encuentre que el pensionado debe contratar una renta vitalicia. Para el caso de Colombia, porque en Perú el pensionado que se le agote el capital de su cuenta solo queda con la protección de salud. En razón a esto la OIT, en el caso individual (CAS) OIT (1996) indicó:

Se tomó nota que la Comisión de Expertos había notado en sus comentarios que el sistema privado de pensiones no permitía asegurar la aplicación de los Convenios núm. 35 a 40 en los puntos siguientes: el pago de la pensión durante todo el período de la contingencia [...]. (párr. 24)

Y posteriormente en el año 1996 indico:

Por su parte, la Comisión se permite advertir que quienes optaron exclusivamente por la modalidad de pensión por Retiro Programado pierden todo derecho a pensión cuando agotan el capital acumulado en su cuenta individual. Confía en que el Gobierno incluirá en su próxima memoria informaciones sobre las medidas adoptadas para garantizar a todos los asegurados - en particular a quienes han optado por la modalidad del Retiro Programado, una pensión de vejez que sea concedida durante todo el transcurso de la contingencia. (OIT, 1995, párr. 2)

Es por esto que los riesgos que se deben evaluar al momento de tomar la decisión de qué modalidad pensional contratar son:

- Extra longevidad y su relación con la estabilidad del ingreso.
- Gastos extras en salud: las personas a medida que envejecen tienen más dificultades de salud, se debe invertir más en médicos y medicinas que en muchos casos no son cubiertos por el sistema de salud.
- Cambios en la conformación del grupo familiar del pensionado: un cambio en la conformación del grupo familiar puede generar un cambio en la mesada pensional, bien sea incrementándola porque hay un beneficiario a futuro de la prestación de sobrevivientes o disminuyéndola al incluirse.
- La economía y el mercado de capitales: el comportamiento de la economía influye en los rendimientos que se generan en la cuenta del afiliado y el capital de la cuenta (Díaz, 1993).

Incluso en la Circular Básica jurídica C-029/2014, en la parte 2 Título III Capítulo II numeral 4.4.2.7 textualmente frente a los riesgos que se asumen por parte de un afiliado que quiera contratar una modalidad de Retiro Programado, indica:

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. (Circular Básica Jurídica 029, 2014, Capítulo II)

En la modalidad de Retiro Programado donde la financiación de la prestación depende única y exclusivamente del capital de la cuenta de ahorro individual y de la capacidad de la AFP de maximizar la producción de rendimientos, para incrementar el valor de la inversión en atención a

que ya no ingresan recursos de aportes, inicia la etapa de des-acumulación de capital, la ley previó el recálculo anual de la prestación con el fin de controlar la des-financiación de la cuenta y garantizar en todo caso un capital mínimo necesario para adquirir una renta vitalicia. En cuanto a las ventajas de esta modalidad para el pensionado son tres:

1. Esta modalidad del RAIS otorga mayor cuantía en relación a la renta vitalicia (Castillo, 2011).
2. Los dineros siempre permanecen en la cuenta de ahorro individual, formando parte de su patrimonio y en caso de fallecimiento sin beneficiario entran a formar parte de la masa sucesoral (Ley 100, 1993).
3. Puede disponer de excedentes de libre disposición consagrados en el artículo 85 Ley 100 de 1993.⁵

El afiliado deberá estar bien informado al seleccionar el régimen pensional al que debe afiliarse y de optar por el RAIS debe sopesar todos los pros y contra de cada modalidad pensional en atención a las diferentes opciones que ofrece y cuál es mejor según su perfil.

⁵ Excedentes de libre disponibilidad. Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al setenta por ciento (70%) del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva.
- b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110%) de la pensión mínima legal vigente. (Ley 100, 1993, Art. 85)

CAPÍTULO III. EL REAJUSTE PERIÓDICO DE LA MESADA PENSIONAL Y RECÁLCULO ANUAL DEL RETIRO PROGRAMADO COMO MODALIDAD PENSIONAL

El Retiro Programado permite cambios en la mesada pensional anualmente, lo que genera varias situaciones:

- Incrementos superiores a los ordenados por ley para las pensiones; esto no genera dificultad alguna en atención a que se mantuvo el poder adquisitivo del dominio de la mesada pensional.
- Que la mesada se mantenga en el mismo valor del año anterior.
- Que disminuya la mesada.

En los últimos dos casos cuando no existe incremento anual de la mesada se genera una tensión entre las normas que regulan el Retiro Programado y las siguientes normas de carácter constitucional y legal, como son:

1. Constitución Política de 1991 establece: “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” (Art. 48).
2. La Constitución Política de 1991, en igual sentido indica: “[...] El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” (Art. 53).
3. La Ley 100 de 1993 expresamente consagró el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones:
[...] Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio el primero de enero de cada año según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior [...]. (Art. 14)

Las anteriores normas de manera uniforme y sistemática consagran el derecho de los pensionados a que sus mesadas mantengan el poder adquisitivo constante con el transcurso de los años. Sin embargo, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 permite el recálclo anual de la mesada pensional concedida bajo la modalidad de Retiro Programado.

Con los cambios en la economía colombiana y global en el año 2008, se impactó de manera directa los recursos existentes en las cuentas de ahorro individual y las rentabilidades de los fondos bajaron afectando los recursos existentes en las cuentas de ahorro individual de los afiliados y pensionados, generando en el caso de los pensionados bajo la modalidad de Retiro Programado que al momento de recalcular las mesada pensional en los términos ordenados por ley por primera vez no se incrementaron, sino que por el contrario su valor disminuyó.

Con el nuevo panorama los pensionados por Retiro Programado encontraron que el riesgo financiero lo asumían ellos, reflejado en un menor valor de su mesada. Lo que ocasionó inconformidad y la presentación de varias acciones de tutela, una de las cuales fue estudiada vía revisión por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia T 1052 de 2008, accionante Armando Moreno Tascón contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Los supuestos fácticos que motivaron la acción son: el señor Moreno es pensionado bajo la modalidad de Retiro Programado desde 26 mayo de 2004, aduce que la pensión debe reajustarse conforme al IPC y que su mesada no fue reajustada, la Corte en esa sentencia estudió el caso y expresamente manifestó:

Es claro que el reajuste anual de las pensiones tiene pleno sustento constitucional, pues busca garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados. Esto por cuanto, permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que, si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la Ley necesariamente en términos reales se verá reducida o congelada debido a que pierde su poder adquisitivo. (Sentencia T-1052, 2008, párr. 3)

En esta sentencia se ordena el reajuste anual de la mesada pensional, de conformidad con el IPC sin entrar a analizar las características esenciales de la modalidad de Retiro Programado. Sin embargo, la sentencia tiene aclaración de voto por parte del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa donde presenta los siguientes cuestionamientos:

- En esta modalidad, tanto el cotizante como el pensionado asume el riesgo de que el capital se reduzca, así como reciben el beneficio de que dicho capital aumente.
- El incremento de las mesadas pensionales en concordancia con el IPC podría llegar a descapitalizar la cuenta de ahorro individual del accionante y de esta forma, sus recursos resultarían insuficientes para cubrir la totalidad de sus mesada pensional.

- La indexación ha de hacerse una vez efectuada la correspondiente reliquidación de la pensión para el respectivo año. Las formas técnicas para efectuarla deben ser compatibles con las características del Régimen de Ahorro Individual.

Los interrogantes planteados en la aclaración de voto aun hoy no han tenido una solución concreta, sin embargo, fueron abordados parcialmente en la Sentencia T- 020 de 2011 con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto en la acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Restrepo Flores contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. y por Ocariz de Jesús Usuga Varela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., por segunda vez la Corte Constitucional aborda el tema del reajuste de una mesada pensional reconocida bajo la Modalidad de Retiro Programado en los siguientes términos:

La única manera de conciliar la normativa que regula el régimen de ahorro individual especialmente el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones reglamentarias que regulan la materia, con los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales el artículo es mediante la interpretación conforme, es decir, armonizando la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto, las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de Retiro Programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. (Sentencia T-020, 2011, párr. 1)

En esta sentencia la Corte, en resumen determinó:

- Se acepta que existe una confrontación entre el recálculo anual de la pensión y los artículos 48 y 53 de la Constitución y que la única manera de conciliar estas normas con la modalidad de Retiro Programado es mediante la interpretación conforme, es decir, armonizando la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta Magna y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto, las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de Retiro Programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.
- Abre la posibilidad de que el monto de la pensión a mediano y largo plazo pueda disminuirse al descapitalizarse la cuenta y este riesgo precisamente encierra una terrible paradoja: que en

virtud de los incrementos anuales la mesada pensional termine por reducirse a un salario mínimo mensual. Riesgo que está implícito en la modalidad de Retiro Programado y es el afiliado quien después de estar debidamente informado de las contingencias y los riesgos que a largo plazo enfrenta, deberá decidir si se mantiene en la modalidad de Retiro Programado o si opta por la renta vitalicia.

- Impone a la AFP el deber de información permanente sobre los saldos y rendimientos que genera la cuenta y en el pensionado la decisión de continuar o no pensionado sobre la modalidad de Retiro Programado o incluso de congelar la mesada que viene recibiendo.

Es preciso advertir que la sentencia cuenta con dos aclaraciones de voto por parte de los magistrados María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas quienes, si bien comparten la decisión de ordenar el incremento conforme al IPC, al considerar que existen normas constitucionales que protegen el derecho al reajuste periódico de las pensiones y el mantenimiento de su poder adquisitivo presentan aclaración de voto.

Sin embargo, el tema no termina siendo pacífico como se puede observar en la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Pereira con Ponencia del Magistrado Issa Rafael Ulloque Toscano, proceso ordinario Laboral, Radicado No: 66001-31-05-004-2015-00086-01 Demandante: Pedro Claver Ospina Arias. Demandado: Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías-Porvenir S.A. providencia del 18 de septiembre de 2015, donde se demandó el reajuste anual de la mesada pensional, se dijo:

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

También existe pronunciamiento del Tribunal Superior de Medellín, con Ponencia de la Magistrada Ana María Zapata Pérez, proceso ordinario Laboral, Radicado No: 05001310501720130037401 Demandante: Julio Alberto Asuad Mesa. Demandado: BBVA de la lectura de la sentencia se extraen las siguientes conclusiones:

Ordena el incremento anual de la mesada pensional de conformidad con el IPC sobre las mesadas ya causadas, el pago del retroactivo por el tiempo que no se incrementó la mesada y algo novedoso que el pago de dicho retroactivo no se haría con cargo a los recursos de la cuenta de ahorro individual del pensionado, sino que estaban a cargo de la AFP y en adelante la entidad debe informar lo suficiente al pensionado al momento de hacer el recálculo sobre los rendimientos financieros del período, el valor de los saldos, la posibilidad de incrementar, congelar o reducir la mesada, para que sea éste quien adopte una decisión informada al respecto, asumiendo el riesgo de las contingencias que de ella se deriven. (p. 1)

Como se observa, hay posiciones encontradas entre la procedencia o no del incremento anual y de ser procedente quien lo asume, el afiliado o la AFP; adicionalmente existe un agravante que dada la cuantía de los procesos ordinarios, no son susceptibles de recurso de casación ante la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que la función de unificación de jurisprudencia es remota.

Con la expedición del Acto Legislativo 001 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política expresamente se dijo: “[...] 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” (Acto Legislativo 001, 2005, Art. 1).

Esta norma reiteró lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 14 de Ley 100 de 1993, por lo tanto, el recálculo de la mesada pensional deja serias inquietudes frente a la constitucionalidad de la modalidad de Retiro Programado.

El profesor Rodrigo Uprimmy Yepes, en concepto rendido el 31 octubre de 2008 para Asofondos abordó el problema jurídico ¿si la expedición del A.L No 001 de 2005 implica una forma de inconstitucionalidad sobreviniente de la modalidad de Retiro Programado? (Uprimmy, 2008).

En respuesta a este cuestionamiento el Jurista Uprimny fundamenta su análisis desde los sistemas de interpretación de la ley y las características de la modalidad de Retiro Programado, en su concepto señaló:

1. El A.L 001 de 2005, tiene distintos criterios o métodos de interpretación: el sistemático, teológico o histórico.
2. Bajo la interpretación aislada, el inciso segundo del A.L. 001 de 2005 que trajo la prohibición de congelar o reducir la mesada pensional, conlleva a que el recálculo de la mesada pensional que implique disminución o congelación de la mesada pensional, este afectada por una inconstitucionalidad sobreviniente en atención a que, la modalidad de Retiro Programado no puede funcionar de esta manera, interpretación razonable y no arbitraria y el texto del acto legislativo no lo limitó solo al RPM.
3. El A.L 001 de 2005, no conlleva una inconstitucionalidad sobreviniente de la modalidad de Retiro Programado, lo anterior porque bajo una interpretación sistemática, teológica o histórica, la reforma constitucional está enfocada en la búsqueda de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y combatir la dispersión e inequidad del sistema pensional, dado la coexistencia de regímenes especiales y exceptuados con el régimen general. Por lo cual la reforma constitucional solo estaba dirigida al RPM y no al RAIS.

Para sustentar que no existe una inconstitucionalidad sobreviniente de la modalidad de Retiro Programado, el profesor Uprimny realizó un análisis de la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo 034 de 2004, acumulado con el 127 de 2004 que dieron origen a la modificación del artículo 48 de la Constitución Política y concluye:

1. Una de las finalidades del acto legislativo, en primer lugar era lograr la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en atención al incremento constante del pasivo pensional y su impacto en el PIB. Las cifras económicamente enunciadas corresponden a datos del pasivo pensional de entidades públicas y del entonces ISS, dentro de las cuales se resalta que el 18.2% del presupuesto general de la nación para el año 2004 se destina al pago de las pensiones del ISS (Proyecto de Acto Legislativo 34, 2004).
2. Se buscó eliminar los regímenes especiales y exceptuados los cuales generaban inequidad en el sistema pensional, en atención a que se accedía al derecho con menor edad y más tasa de

Reemplazo. Es de aclarar que todos estos regímenes son administrados por Fondos de pensiones de Naturaleza Pública.

3. Fijó límite temporal al Régimen de transición, el cual inicialmente se indicaba hasta el 2007. El régimen de transición opera solo para el RPM.

Como se observa, toda la exposición de motivos, claramente está dirigida al RPM en razón a que es un régimen de reparto donde las pensiones se financian de un fondo común y de subsidios que otorga el Estado por medio de recursos del presupuesto general de la nación, en ningún de los apartados se menciona el RAIS (Uprimny, 2008).

Vale la pena decir que si se estudian los informes de ponencia que surgieron los proyectos dentro del Congreso de la República, claramente se refleja que mantienen las reglas descritas en la exposición de motivos inicial así:

- En la primera ponencia de Cámara Representantes se incorpora el postulado de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la salvaguarda a los derechos adquiridos, textualmente se indicó:

No obstante creemos como ponentes que si bien es cierto se debe propender a la sostenibilidad financiera del mismo, dicha norma no podría interpretarse en el sentido de que se pueda disminuir el valor de las mesadas reconocidas conforme a la Ley para lograr la sostenibilidad, pues el valor de las mismas es un componente del derecho adquirido. Ello sin omitir los descuentos y deducciones que la Ley ordena practicar sobre las mesadas pensionales como son los aportes de solidaridad o los descuentos para el pago del Sistema General de Seguridad en Salud. (Gaceta Congreso 593, 2004, p. 4)

- En el segundo debate en la Cámara nuevamente se reiteró:

El Estado garantizará los derechos de las generaciones presentes y futuras la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y respetará los derechos adquiridos con arreglo a la Ley. Sin perjuicio de los descuentos y/o deducciones ordenadas por la Ley por ningún motivo podrá suprimirse el pago, congelarse ni reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas de conformidad con la Ley. (Gaceta del Congreso 642, 2004, p. 6)

Las preocupaciones que se detallaron en las primeras ponencias, fueron repetitivas en todos los debates que surtió el acto legislativo al punto que en el segundo debate de la segunda vuelta los ponentes decían en su exposición de motivos:

Transcurridos seis debates sobre el proyecto, es claro para los ponentes y para los demás miembros del Congreso de la República que el creciente desequilibrio que se evidencia en el sistema pensional exige la introducción de cambios definitivos en el régimen pensional de los colombianos. El problema financiero se ha calificado como estructural, resultado de bajas o nulas cotizaciones, dispersión de regímenes y beneficios exagerados, además del proceso demográfico y la maduración del régimen de prima media. (Informe de Acto Legislativo 127, 2005, párr. 5)

En todos los debates para soportar la necesidad de incorporar el postulado de sostenibilidad financiera del sistema, se tuvo en cuenta: composición demográfica de la población, esperanza de vida, los balances operacionales de las entidades públicas pensionales, el pasivo pensional en relación con el porcentaje del PIB y los escasos recursos para destinar a otras inversiones, como se continuó reiterando en el transcurso de todo el debate del acto legislativo.

Las medidas que trajo el Acto Legislativo son básicamente las siguientes: 1) los requisitos para acceder a la pensión son los que regula la Ley y no otras normas jurídicas, 2) la eliminación de los regímenes especiales y exceptuados, salvo fuerza pública y presidencia, 3) la eliminación mesada 14, 4) tope de 25 salarios mínimos para las mesadas con cargo recursos públicos, 5) autorización de revisar las pensiones ilegales o reconocidas con abuso del derecho, 6) la finalización del régimen de transición. Todas ellas tienen impacto en las pensiones que maneja el RPM.

Todo el trámite de la reforma constitucional que da lugar al A.L 001 de 2005 como lo indica Rodrigo Uprimny:

[...] El recorrido histórico de dicha reforma constitucional muestra que las medidas tomadas estaban esencialmente dirigidas al Régimen de Prima Media con prestación definida – también conocido en otros países como sistema de reparto simple- y no al Régimen de Ahorro Individual o de capitalización. Esa conclusión se puede acercar en lo que se denominaría el propósito histórico subjetivo del Congreso. (Uprimny, 2008, p. 1)

Reseñadas las dos interpretaciones que se pueden tener del A.L 001 de 2005, se aprecia la confrontación que presenta la modalidad de Retiro Programado frente a la citada reforma en

atención a que ambas son válidas y plausibles. Si se acepta que la mejor interpretación es la histórica- finalista y que el Acto Legislativo 001 de 2005 solo está dirigido al RPM, aun así, el Retiro Programado continúa presentando reparos de inconstitucionalidad en atención a que existen otras normas de rango constitucional que protegen el reajuste periódico de las pensiones y la protección a las personas de la tercera edad, como son los artículos 46 y 53 de la Constitución Política.

La primera de ellas es la protección a las personas de la tercera edad consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política que pone en cabeza del Estado garantizar la seguridad social de estas personas. La modalidad de Retiro Programado garantiza el pago de una mesada pensional, pero deja en cabeza del pensionado los riesgos de extra longevidad, cambios en la conformación del grupo de beneficiarios y financieros, lo que a la postre genera una disminución de la mesada pensional afectando el nivel de vida del afiliado a quien su pensión se le disminuye hasta llegar al salario mínimo mensual vigente que se ampara bajo una renta vitalicia. A medida que la persona envejece se aumentan los gastos catastróficos en salud que hace que se tengan que absolver gastos extraordinariamente altos en este rubro, generando una disminución en su mesada que lo afecta directamente, por lo tanto, estas personas cuando más lo requieren sus ingresos se tornan insuficientes y con necesidades básicas insatisfechas que deberá cubrir el Estado (Díaz, 1993).

La segunda norma es la Constitución Política de 1991 que consagra “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” (Art. 53), y pone en cabeza del Estado el deber de garantizarlo. Esta norma es clara en señalar el derecho a que la mesada pensional se reajuste y a diferencia de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política no ofrece dudas en su interpretación.

Por mandato constitucional las pensiones se deben reajustar periódicamente y en Colombia conforme lo indica el artículo 14 de Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 41 del Decreto 692 de 1994, ese reajuste se debe realizar anualmente. Por lo tanto, el recálculo anual de la mesada pensional en la modalidad de Retiro Programado en los eventos en que la mesada se mantenga en la misma cuantía del año anterior o incluso disminuya, va en contravía de esta disposición, porque como se viene indicando es de la esencia del Retiro Programado el recálculo anual de la mesada y al encontrarse el pensionado en la etapa de des-acumulación de capital, a la cuenta de ahorro individual solo ingresan los rendimientos que se generan por la administración de los recursos que

aunque por ley deben dar unos rendimientos mínimos en los términos del artículo 101 de la Ley 1328 de 2009, en ocasiones no logra alcanzar a cubrir la diferencia entre lo cancelado y el capital mínimo necesario para mantener el pago de una mesada en los valores que se viene cancelando.⁶

El Gobierno Nacional en razón de esa obligación constitucional, expidió la Ley 1328 de 2009 que en el artículo 45 adicionó un párrafo al artículo 14 de Ley 100 de 1993 para las modalidades de Renta Vitalicia inmediata y diferida, expresó que el Gobierno podrá establecer mecanismos que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento superior al IPC.⁷ Sin embargo, esta norma no cubre la modalidad de Retiro Programado y tampoco se encuentran operando dichos mecanismos; incluso si fuera posible acceder a algún seguro que cubriera estas diferencias, su costo sería muy alto, tendría que definirse quién asumiría los costos de este seguro y realmente qué riesgo se protegería. Son muchos los interrogantes que al final solo garantizarían el pago del reajuste, pero no resuelve de fondo los paradigmas que tiene esta modalidad pensional; como lo manifestó en el salvamento de voto el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, cuando refiere:

En ese orden de ideas, de la sentencia T-020 de 2011 se desprende que está prohibida la congelación o reducción de las mesadas pensionales, e incluso el aumento por debajo del IPC. Pero, en cambio, está permitida la reducción en el mediano o largo plazo, incluso hasta el monto mínimo aceptado por la Ley. (Sentencia T-020, 2011, Ap. VI, numeral 3)

La dificultad de esta modalidad frente al reajuste periódico de la mesada pensional, no está en si es posible o no el aumento anual, sino en los efectos que estos aumentos generan en el capital de la cuenta de ahorro individual que a mediano y largo plazo pueda disminuir hasta darse el supuesto

⁶ Conforme a circular 93 de diciembre 7 de 2017 emitida por la Superintendencia financiera, la Rentabilidad mínima obligatoria para el tipo de fondo especial de retiro programado para el período del 30 de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2017 es de 6.64%.

⁷ PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta Ley, en caso de que dicho incremento sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE para el respectivo año. El Gobierno Nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. (Sentencia T-020, 2011, pie de página n° 17)

consagrado en el Decreto 832 de 1996, esto es la compra de una renta vitalicia que garantiza el pago de una mesada de salario mínimo.

Ahora, si se deja por sentado que la AFP cumple a cabalidad su labor y logra rendimientos que aumenten año a año el capital para mantener no solo el monto de la mesada pensional, sino también el reajuste anual del IPC igual la modalidad continúa generando dificultades dado que el riesgo de extra longevidad o cambios en la conformación del grupo familiar impactan directamente en el recálculo de la mesada pensional y por ende en el monto de la mesada pensional.

Por lo tanto, la modalidad de Retiro Programado pone en cabeza del pensionado la decisión de entrar en un juego de riesgo financiero donde él asume las consecuencias, situación alejada de las finalidades del sistema general de pensiones y del principio de la seguridad social como derecho fundamental.

Así las cosas, la modalidad de Retiro Programado es inconstitucional por estar en contravía de los artículos 1, 2, 46 y 53 de la Constitución Política, en atención a que Colombia es un Estado Social de Derecho, sustentado en los principios de dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la protección a las personas más débiles. El Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art 2), proteger a las personas de la tercera edad y garantizarles la seguridad social integral (art 46), al igual que garantizar el aumento constante de las mesadas pensionales (art. 53). Lo que no es posible en la modalidad de Retiro Programado, en atención a que no garantiza durante todo el tiempo de la prestación, el aumento constante y periódico de la mesada pensional y dejar en cabeza del pensionado un riesgo financiero que no está en la capacidad de asumir, en razón a la edad, en la cual ya no es productivo económicamente y por lo general con un estado de salud deteriorado.

CONCLUSIONES

1. En la modalidad de Retiro Programado es de su esencia el recálculo anual de la mesada pensional que se realiza tomando en cuenta los saldos que se encuentran en la cuenta del pensionado y al calcularse el valor de la mesada pensional puede aumentar, disminuir o congelarse. En otras palabras, el saldo de la cuenta individual se puede ver afectado en

cualquier sentido por factores exógenos a la misma (rentabilidad de los recursos, extra longevidad o cambios en la conformación de los beneficiarios) estos mismos factores pueden determinar una variación anual en el monto de la pensión que se percibe.

2. Las administradoras de pensiones son solo administradoras del capital con las siguientes obligaciones:
 - Entregar información, oportuna, permanente y clara sobre los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual y los riesgos que se tienen.
 - Garantizar una rentabilidad superior a la mínima durante el tiempo que dure el Retiro Programado.
 - Pagar la mesada correspondiente de acuerdo al cálculo realizado anualmente.
 - Trasladar al pensionado a la modalidad de Renta Vitalicia cuando se prevea que el saldo de la cuenta no va a ser suficiente para financiar la pensión mínima.
3. Según el método de interpretación que se utilice para analizar el Acto Legislativo 001 de 2005, se puede concluir: 1) Que la Modalidad de Retiro Programado sufrió una inconstitucionalidad sobreviniente al haberse prohibido congelar o reducir la mesada pensional (método literal) o 2) argumentarse que no es inconstitucional en atención a que la finalidad del Acto Legislativo fue lograr la estabilidad financiera del sistema y controlar el pasivo pensional, por lo tanto solo aplica al RPM.
4. Las normas constitucionales reseñadas en el artículo 48 y 53 consagran que los pensionados son titulares de los siguientes derechos: i) el pago oportuno de las mesada pensional; ii) el reajuste periódico de las mesada pensional; iii) La prohibición de dejar de pagar, congelar o reducir la mesada pensional. Por lo tanto, la modalidad de Retiro Programado es inconstitucional al no garantizar el reajuste periódico de la mesada pensional durante todo el tiempo de vigencia de la prestación, adicionalmente al ir en contravía de los artículos 1, 2 y 46 de la Constitución Política de 1991, que definan que Colombia es un Estado Social de Derecho, que debe buscar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, entre ellos el de la dignidad humana, la protección a las personas de la tercera edad y la seguridad social integral.
5. Salvo una reforma constitucional que elimine el reajuste periódico de las mesadas pensionales y por ende que permita el recálculo anual de las pensiones, sería posible

armonizar la modalidad de Retiro Programado con el texto constitucional, de lo contrario tendría que retirarse del ordenamiento legal, esta modalidad pensional ofrecida en el RAIS.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia del 4 de julio de 1991. Bogotá, D.C., Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de Colombia. (1905). Ley 29 del 22 de abril de 1905. Diario Oficial No. 12.343. [Sobre pensiones y Jubilación] . Bogotá, D.C., Colombia.

Cámara de Representantes de la República de Colombia. (2004). Gaceta 385 del 23 de julio de 2004. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado el 24 de 01 de 2018, de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=34&p_consec=8678

Cámara de Representantes de la República de Colombia. (2004). Gaceta Congreso 593 del 5 de octubre de 2004. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado el 12 de 02 de 2018, de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

Cámara de Representantes de la República de Colombia. (2004). Gaceta del Congreso 642 de 22 de octubre de 2004. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado el 12 de 02 de 2018

Cámara de Representantes de la República de Colombia. (2005). Informe de Acto Legislativo 127 del 25 de mayo de 2005 cámara, 11 de 2004 Senado. [Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política]. *Senado: Mauricio Pimiento Barrera*. Bogotá, D. C., Colombia. Recuperado el 12 de 02 de 2018, de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=890&p_numero=127&p_consec=10565

Castillo, F. (2011). *Problemas Actuales de Seguridad Social, la Pension de Vejez en el Regimen de Ahorro Individual*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorail Ibañez.

Congreso de la República de Colombia . (1946). Ley 90 del 26 de diciembre de 1946. Diario Oficial No 26.322. [Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1966). Ley 4 del 23 de abril de 1966. Diario Oficial 31919. [Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1985). Ley 33 del 29 de enero de 1985. Diario Oficial 36856. [Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 del 23 de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.148. [Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones]. Santa fe de Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2005). Acto Legislativo 001 del 22 de julio de 2005. Diario Oficial 45.980. [Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política]. Bogotá, D.C, Colombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1882). Ley 14 del 31 de mayo de 1882. Diario Oficial 5373. [Que fija ciertas reglas generales sobre concesión de pensiones y gracias]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1903). Ley 39 del 30 de octubre de 1903. Diario Oficial 11.931. [Sobre la instrucción pública]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1915). Ley 57 del 15 noviembre de 1915. Diario Oficial 15646. [Sobre reparaciones por accidentes de trabajo]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1921). Ley 37 del 19 de noviembre de 1921. Diario Oficial 17998. [Que establece el seguro colectivo obligatorio]. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-538 del 16 de octubre de 1996. *Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-020 del 18 de enero de 2011. *Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996). Sentencia C- 841 del 23 de septiembre de 2003. *Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002). Sentencia C-086 del 13 de febrero de 2002. *Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2008). Sentencia T-1052 del 28 de octubre de 2008. *Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. M.P.: Jaime Araújo Rentería*. Bogotá, D.C., Colombia.

Díaz, C. (1993). Análisis Crítico de las Modalidades de Pensión y Propuesta Alternativa. *Documento de Trabajo. (156)*, 1-54.

Ministerio de la Protección Social. (2004). Proyecto de Acto Legislativo 34 del 20 de julio de 2004. [Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política]. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado el 15 de 12 de 2017

Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (1980). Decreto Ley 3500 del 13 de noviembre de 1980. [Establece nuevo sistema de pensiones]. Santiago de Chile, Chile.

OIT. (1995). *Observación (CEACR) - Adopción: 1995, Publicación: 83ª reunión CIT (1996)*. Recuperado el 12 de 02 de 2018, de Todos los comentarios: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2131133

OIT. (1996). *Caso individual (CAS) - Discusión: 1996, Publicación: 83ª reunión CIT (1996)*. Obtenido de Todos los comentarios: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:2310953

Presidencia de la República de Colombia. (1945). Decreto Ley 1600 del 30 de junio de 1945. Diario Oficial 25893. [Por el cual se organiza la caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1968). Decreto Ley 3135 del 26 de diciembre de 1968. [Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado]

y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2003). Decreto 692 del 29 de marzo de 1994. Diario Oficial 41.289. [Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993]. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP . (2009). *Derechos y deberes del afiliado en el sistema privado de pensiones*. Obtenido de http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/spp_dda/INDICE_MANUAL_AFILIADOS_2010.pdf

Superintendencia de Pensiones. (s.f.). *Capítulo III. Retiro Programado*. Obtenido de Libro III, Título I, Letra F Modalidades de Pensión: <https://www.spensiones.cl/portal/compendio/596/fo-article-6572.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). *Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14)*. Obtenido de Normativa General: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083443>

Superintendencia Financiera de Colombia. (s.f.). *Sistema General de Pensiones*. Obtenido de Normativa: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/PublicacionesJuridicas/pensiones/modalidades-c060.html>

Uprimny, R. (2008). Estudio Jurídico Constitucional sobre el llamado "Retiro Programado" del 31 de noviembre de 2008 . Bogotá, D.C., Colombia.

Vásquez, R., & Muñoz, A. (2010). El Derecho a la Pensión como Derecho Fundamental. *Revista Pensamiento Americano*. 3 (4), 51-59.

Walteros, L., Guerrero, H., & Hernández, C. (2017). *Documento Técnico Régimen de Inversiones de Retiro Programado*. Bogotá, D.C.: Publicaciones URF. Obtenido de <https://www.colfondos.com.co/dxp/documents/20143/37537/1.1.6.+Proyecto+decreto+nu>

evo+Regimen+de+Inversion+de+fondo+de+retiro+programado.pdf/999a9a85-705d-c8ff-3555-3248d41508b5