



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL2798-2022

Radicación n.º 57431

Acta 25

Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **JAIRO RODRÍGUEZ ATEHORTÚA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de mayo de 2012, en el proceso instaurado por el recurrente contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S. A.** hoy **ING PENSIONES Y CESANTÍAS**.

I. ANTECEDENTES

Jairo Rodríguez Atehortúa convocó a proceso a ING Pensiones y Cesantías S.A, con el fin de que se le condenara a pagarle: (i) la suma correspondiente a la reliquidación de los excedentes de libre disponibilidad de conformidad con la

rentabilidad generada por la demandada o en su defecto, la rentabilidad mínima exigida según lo ordena la Superintendencia Financiera, a la fecha en que se efectúe la reliquidación: (ii) los intereses legales a la máxima tasa autorizada por la ley, generados entre la solicitud de excedentes de libre disponibilidad y el pago de la reliquidación correspondiente; (iii) las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones en que: se afilió al Fondo de Pensiones Santander; que en el año 2004 solicitó su pensión de vejez y, mediante oficio de 8 de julio de la misma anualidad se le comunicó que según los cálculos realizados por el actuario de la demandada en cualquiera de las modalidades pensionales no tendría derecho a acceder a excedentes de libre disponibilidad; que optó por la modalidad de retiro programado y se le reconoció en la suma de \$1.313.282 mensuales a partir de agosto de 2003; que el día 13 de septiembre de 2006 presentó derecho de petición solicitando los excedentes de libre disponibilidad a los que tenía derecho, solicitud negada mediante oficio de 12 de octubre de la misma anualidad; que el día 14 de febrero de 2007 elevó derecho de petición reclamando se corrigiera el cálculo del IBL, el cálculo de la pensión y los excedentes de libre disponibilidad a que tiene derecho; que a través de comunicado de 4 de julio de 2007 se le comunicó, que revisado su caso se le podía reconocer excedentes de libre disponibilidad máximo de \$68.844.890, para así obtener hoy, con el capital restante, una pensión igual a \$1.549.955, que es el valor del 70% equivalente al IBL del momento en

que se pensionó.

Narró, en lo que interesa al recurso extraordinario, que el fondo de pensiones realizó el cálculo de la pensión a una tasa real del 4%, tasa que se encuentra por debajo de la rentabilidad mínima exigida por la Superintendencia Financiera; que la Superfinanciera conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1592 de 2004, certificó a través de la Circular 01 de 9 de enero de 2007 que la rentabilidad mínima obligatoria de los fondo de pensiones obligatorias para el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2003 y el 31 de diciembre de 2006 fue de 11,90% efectivo anual, lo que equivale a un 6% real; que para el periodo antes descrito el fondo de pensiones produjo intereses de más de 15.41% e. a. equivalente a un 10% real, tal como aparece publicado en la página web de la Superfinanciera; que el fondo de pensiones utilizó una tasa real $i=4\%$, por debajo del establecido legalmente, por consiguiente, tiene derecho a excedentes de libre disponibilidad por valor de \$194.486.797 y una pensión de \$1.693.169 valores expresados en pesos de 2007.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional su monto, la modalidad, los excedentes de libre disponibilidad otorgados al demandante, en su defensa expresó que la rentabilidad ofrecida del 4% se encuentra acorde a lo establecido en la ley y la Circular 01 de 2007 de la Superintendencia Financiera.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas frente al fondo de pensiones demandado y compensación (f.º49 a 55).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, a través de sentencia de 16 de julio de 2010 (fls. 135 a 142), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS SANTANDER S. A. ahora denominada ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S. A. a cancelar al señor JAIRO RODRÍGUEZ ATEHORTUA por la reliquidación de excedentes de libre disponibilidad la suma de \$46.301.968.

SEGUNDO: ORDENAR que la suma reconocida en el numeral que antecede sea indexada a la fecha de su pago efectivo, con base en la fórmula Índice Final (correspondiente a la fecha de pago efectivo) sobre el Índice inicial (correspondiente a la fecha de finalización del contrato) por valor a indexar.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense en su oportunidad.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelaciones interpuestos por las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de 31 de mayo de 2012 (f.º13 a 27 del cuaderno del Tribunal), revocó en todas sus partes la sentencia de primera instancia y, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas las

pretensiones formuladas en su contra.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal se planteó como problema jurídico a resolver, determinar si era procedente reliquidar los excedentes de libre disponibilidad a favor del actor, como lo alega el recurrente demandado o, por el contrario, debe modificarse la decisión de primer grado, aumentando el valor del reajuste reconocido y reconocer los intereses legales solicitados.

Afirmó, no existir controversia sobre: i) la calidad de afiliado del demandante al RAIS; ii) el reconocimiento del derecho pensional en la modalidad de retiro programado; iii) que le fue cancelada por parte de la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías accionada, la suma de \$68.844.890, por concepto de excedentes de libre disponibilidad (f.º77 a 79).

Adujo, que en el régimen de ahorro individual la cuantía de las prestaciones es indeterminada, como quiera que está sujeta a los saldos que los afiliados hayan acumulado en su cuenta de ahorro individual, contrario al régimen de prima media con prestación definida; que la modalidad escogida por el accionante se encuentra regulada por el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y los excedentes de libre disponibilidad por el artículo 85 de la mencionada ley, que de las pruebas obrantes dentro del proceso emerge que el afiliado consintió en la oferta del fondo de pensiones respecto a la cuantía de los excedentes y bajo ese entendido convino la cuantía de la mesada pensional, cumpliéndose lo estipulado en el artículo

85 memorado.

Manifestó, que el fundamento invocado por el demandante como sustento a la reliquidación del valor pagado por la demandada, se centra en que la AFP, realizó los cálculos con base a un interés real del 4%, que resulta muy inferior a la rentabilidad del fondo y la rentabilidad mínima exigida según la Superfinanciera. Para abordar lo expuesto se fundamentó en el artículo 1 de la Resolución 610 de 1994 y el concepto 2010078346-003 de 5 de enero de 2011 emitidos por la Superintendencia Financiera, para luego expresar:

En armonía con lo anterior, se infiere que la tasa de interés empleada por la AFP, resulta ajustada a derecho y a las características del régimen de ahorro individual que requiere por parte de la sociedad administradora un manejo cuidadoso de los recursos del afiliado atendiendo a las especialísimas condiciones que inciden en el monto de la mesada pensional, conforme a las reglas cambiantes del mercado, desde luego, las tasas bajas utilizadas en los cálculos actuariales conforme a los cuales se realizan las proyecciones de las mesadas, como lo indica la prealudida Superintendencia encargada de la vigilancia de los Fondos de Pensiones, buscan evitar la descapitalización del saldo de la cuenta de ahorro individual y proteger el derecho a la pensión de los asegurados, lo que guarda completa armonía con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, que obliga a la AFP a ejercer control permanente sobre la cuenta de ahorro individual de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, tomando las medidas pertinentes para garantizar el pago de las mesadas pensionales mediante la contratación con una aseguradora de la renta vitalicia en caso que el saldo no sea suficiente para que continúe recibiendo la prestación económica en esa modalidad.

Concordando con lo anotado, resulta importante destacar que el concepto 1999004136-2. Septiembre 20 de 1999 del Superintendente Delegado para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantía, precisa que el pago de los excedentes de libre disponibilidad procede únicamente desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993,

siempre y cuando dicha pensión cumpla con los requisitos señalados en el artículo 85 antes enunciado y, ello es así, toda vez que una vez realizadas las proyecciones por el Fondo y el afiliado acepta contratar una mesada determinada se estima un monto de excedentes conforme a ese cálculo actuarial, que mal podría ser objeto de reliquidación pues ello implicaría un cambio en el monto de la mesada: aunado a lo anterior, la estructura y principios del régimen de ahorro individual con solidaridad, no viabiliza en ninguna de las modalidades de pensión establecidas en la Ley 100 de 1993, que el afiliado retire el máximo capital posible en un lapso, pues como se expresó en líneas anteriores las prestaciones se financian con el capital.

Colofón a lo expuesto y haciendo una interpretación sistemática de las normas que rigen el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las características del mismo, esta Colegiatura considera que el demandado atendió las orientaciones legales al momento de liquidar los excedentes de libre disponibilidad con base al interés técnico del 4%, que el actor aceptó de manera expresa, conviniendo un monto específico de pensión en la modalidad de retiro programado, por lo tanto, se estima desacertada la decisión de la Juez de primer grado al desatar el fondo de la litis y, como corolario, se impone la revocatoria de la sentencia materia de apelación, para en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas frente al fondo de pensiones demandado y, en consecuencia, absolver a la accionada de todas las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque el numeral primero de la decisión del a-quo y, en su lugar, condene a la demandada en la forma como se solicitó en la demanda.

En subsidio aspira, se case la sentencia impugnada y,

una vez constituida en sede de instancia, confirme en su totalidad la decisión de primer grado.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado en su oportunidad.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida del artículo 85 de la Ley 100 de 1993 en relación con el 141 de la Ley 100 de 1993; 10 del Decreto 1592 de 2004; 1 y 2 del Decreto 2498 de 1.988; 12 del Decreto 832 de 1996; 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 8º de la Ley 153 de 1887; 177 y 191 del CPC y 145 del CPTSS.

En la demostración del cargo manifestó, la ausencia de controversia sobre su calidad de pensionado, la modalidad pensional reconocida y que le fue cancelada la suma de \$68.844.890,00 por concepto de excedentes de libre disponibilidad. Que el debate real se centra en establecer la tasa de interés con el que la administradora realizó los cálculos correspondientes sobre el dinero depositado en la cuenta del demandante, esto es su rentabilidad, ejercicio a través del cual se determinó el valor con el que se atendería la obligación pensional contratada y los excedentes de libre disponibilidad y adujo:

Lo anterior implica que la Administradora de Pensiones tiene como obligación, aplicar el interés real que produjo el Fondo demandado, no el técnico del 4%, toda vez que, en principio, no

está liquidando la pensión a su cargo, sino que debe determinar la suma correspondiente para atender el seguro contratado, por ende conocido el valor con el que se cubrirá en el futuro la pensión contratada, el mayor valor es un excedente de libre disponibilidad, entonces, determinar el dinero depositado en la cuenta del afiliado, sin aplicar la rentabilidad mínima legal o la real producida por el fondo de pensiones, genera además de un enriquecimiento sin causa en favor de la accionada, un proceder indebido.

La rentabilidad efectiva, mínima legal o la producida por el fondo, es la que se debe tener en cuenta y con la que se debe practicar el ejercicio inicial y es diferente a la establecida para el cálculo de las RESERVAS PENSIONALES, comoquiera que la reserva actuarial -reserva matemática- obedece al valor presente y con el cual se atenderá la obligación pensional y se determina por el método de las rentas crecientes, contingentes y fraccionarias, método único que a partir de 1988 se debe utilizar para conocer y atender el pago de las pensiones actuales y eventuales a cargo de un ente económico, es decir en la forma prevista por el Decreto 2498 de 1988.

Ese pasivo incluye pensiones de jubilación, bonos y títulos pensionales, es decir, que se debe tener en cuenta el valor total de las reservas actuariales, por los conceptos mencionados y es como técnicamente se conoce o se constituye el valor presente de la reserva matemática para pensiones de jubilación.

Entonces, la Administradora, como su nombre lo indica, solo guía los recursos de cada afiliado, por tanto, si la pensión ya está financiada por el saldo existente en la cuenta individual, producto del ahorro que ha logrado el afiliado durante toda su vida laboral, brota el desatino de juicio del Tribunal, puesto que confunde el cálculo actuarial que la ley ordena mantener para cubrir la obligación pensional, con ese interés técnico del 4% (porcentaje con el que se garantiza la rentabilidad mínimo de esas reservas pensionales y que obedece al capital con el que se financia la pensión acordada) con el rédito con el que se debe trabajar para establecer y calcular el valor total depositado en la cuenta de ahorro individual y, por ende, para hallar los excedentes de libre disponibilidad, ejercicio que se debe adelantar de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1592 de 2004, luego el cálculo e interés de la reserva actuarial está ligado a mantener el dinero suficiente para financiar y, en especial, para garantizar la pensión de salario mínimo legal mensual, mientras que la rentabilidad que el fondo produjo o la mínima legal, es la renta que se debe aplicar para hallar el capital necesario para atender el seguro pensional y para determinar y pagar los excedentes de libre disponibilidad.

Entonces, como los excedentes de libre disponibilidad obedecen al capital que supera el 70% del ingreso base de liquidación, ese

exceso de dinero produce, también, una rentabilidad que no puede ser otra que la determinada como mínima por la entidad de fiscalización y control o aquella que produjo el fondo demandado, luego se tiene que el afiliado tiene derecho al retiro de tales excedentes, puesto que a mejor rentabilidad mayores excedentes, dinero que tiene como propósito el bienestar y la utilización por parte el afiliado, por lo tanto, al existir exceso de dinero, el afiliado lo puede utilizar en forma inmediata y no se debe manejar como un ahorro para el momento de su deceso.

En ese orden de ideas, se concluye que como el saldo C.A.I., del señor Jairo Rodríguez Atehortua, en lugar de disminuir lentamente, se ha incrementado, al no habersele reconocido el valor real, como consecuencia de haberse liquidado con error, el ejercicio inicial, ante el hecho que no se le aplicó, ni se le ha aplicado, correctamente la tasa de interés, surge el derecho a la reliquidación y, por ende, se tiene que existen excedentes de libre disposición a su favor, dinero que al no habersele cancelado al demandante se le debe entregar, puesto que de lo contrario, necesariamente, formará parte de la masa sucesoral, por consiguiente, si no se le permite el uso de ese dinero, desencaja la filosofía del beneficio y, desde luego, aparece la aplicación indebida.

Demostrado que al actor le asiste derecho a un mayor valor por concepto de excedentes de libre disposición, al reliquidar el ejercicio inicial, se tiene que se deben ordenar los intereses moratorios, puesto que no se le canceló al demandante el valor total al que en derecho le asiste por ese concepto y por consiguiente la demandada debe atender la sanción establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por lo expresado, se tiene que esa H. Corporación, en consideraciones de instancia, encontrará que el cálculo para hallar el valor del dinero con el que se debe atender la pensión contratada y la suma real por concepto de excedentes de libre disponibilidad, se debe valorar con el 10% real, rentabilidad histórica que ha tenido el Fondo demandado desde su creación en 1994, periodo en el cual ha obtenido rentabilidad mínima del 10%, de donde surge que no puede aplicar el 4% como rentabilidad para el cálculo de los excesos de libre disponibilidad. Tales indicadores económicos a pesar que están demostrados en el expediente, folios 109 y 110, pueden ser hallados por la Sala al momento de decidir el recurso al responder a esa condición.

VII. RÉPLICA

La parte opositora afirmó, que se plantea dos viabilidades de impugnación que, al desarrollar el cargo

único, no son aclaradas, lo que implicaría el rechazo del recurso por defectos técnicos protuberantes que hacen imposible su prosperidad. Sostiene que los excedentes de libre disponibilidad fueron liquidados conforme el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 692 de 1994 en su artículo 47.

Expresó que el demandante aceptó el excedente de libre disponibilidad liquidado, a su vez, no se entiende de donde sale la cifra del 10% alegada, aunado, a la carga de la prueba que tenía el accionante.

VIII. CONSIDERACIONES

Contrario a lo afirmado por la oposición, el alcance de la impugnación, responde a las reglas técnicas mínimas del recurso extraordinario, en el que se distinguió por parte del recurrente cuál era la pretensión, que la «*Corte case la sentencia recurrida*» y se pide que una vez constituida la corporación en sede instancia «*revoque el numeral primero de la decisión del a-quo y, en su lugar, condene a la demandada en la forma como se solicitó en la demanda*», es decir, se determinó con precisión y claridad las funciones de la Corte como tribunal de casación y como tribunal de instancia.

Ahora bien, con respecto a la pretensión subsidiaria, no hay desconocimiento de las reglas propias del recurso, al pedir que se case la sentencia y constituido en tribunal de instancia se confirme la decisión del a quo, lo que en modo alguno significa, que se esté en presencia de dos viabilidades

del alcance de la impugnación, pues, tal como se señaló en el caso hipotético que no se acceda a las pretensiones de la demanda, se pide se confirme la decisión del a quo, en este orden de ideas, no le asiste razón a la parte opositora en los errores de técnica señalados.

Delineado lo anterior, se tiene, que el Tribunal para revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demandada, se planteó como problema jurídico a resolver, determinar si era procedente reliquidar los excedentes de libre disponibilidad reconocidos a favor del actor y, para no acceder a las pretensiones del demandante, expresó: i) que el afiliado consistió en la oferta del fondo de pensiones respecto a la cuantía de los excedentes de libre disposición realizada en el año 2007 y bajo ese entendido convino la cuantía de la mesada pensional, cumpliéndose lo estipulado en el artículo 85 memorado; ii) que la AFP atendió las orientaciones legales al momento de liquidar los excedentes de libre disponibilidad con base al interés técnico del 4%, que el actor aceptó de manera expresa, conviniendo un monto específico de pensión en la modalidad de retiro programado.

Advierte la Sala que los reproches de la censura se dirigen a cuestionar la aplicación indebida del artículo 85 de la Ley 100 de 1993, al considerar que la AFP tiene como obligación, aplicar el interés real que produjo el Fondo demandado (rentabilidad mínima), no el técnico del 4%, toda vez que, en principio, no está liquidando la pensión a su cargo, sino que debe determinar la suma correspondiente

para atender el seguro contratado, por ende conocido el valor con el que se cubrirá en el futuro la pensión contratada, en el caso específico de pensión en la modalidad de retiro programado.

Argumenta, además, que la rentabilidad efectiva, mínima legal o la producida por el fondo, es la que se debe tener en cuenta y con la que se debe practicar el ejercicio inicial y es diferente a la establecida para el cálculo de las RESERVAS PENSIONALES, como los excedentes de libre disponibilidad obedecen al capital que supera el 70% del ingreso base de liquidación, ese exceso de dinero produce, también, una rentabilidad que no puede ser otra que la determinada como mínima por la entidad de fiscalización y control o aquella que produjo el fondo demandado, luego se tiene que el afiliado tiene derecho al retiro de tales excedentes, puesto que a mejor rentabilidad mayores excedentes, dinero que tiene como propósito el bienestar y la utilización por parte el afiliado, por lo tanto, al existir exceso de dinero, el afiliado lo puede utilizar en forma inmediata y no se debe manejar como un ahorro para el momento de su deceso.

Dada la orientación directa del cargo, no es objeto de dubitación alguna los siguientes supuestos facticos y jurídicos: i) que el accionante es afiliado del RAIS; ii) que se encuentra pensionado en la modalidad de retiro programado; iii) que le fue concedido el derecho pensional a partir del mes de agosto de 2003; iv) que el capital depositado en la cuenta de ahorro individual al momento de reconocimiento de la

mesada equivalía a \$307.002.440, que no incluía la cuota parte a cargo del ISS, pendiente de pago; v) que la mesada contratada inicial fue por la suma de \$1.313.282; vi) que el saldo en la cuenta de ahorro individual para el año 2007, ascendía a la suma de \$398.386.307; vii) que, en la anualidad mencionada, el fondo de pensiones recalculó la mesada pensional y le reconoció una mesada pensional de \$1.549.955 y entregó por concepto de excedentes de libre disponibilidad la suma de \$68.844.890.

Así, le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal se equivocó al establecer que, en el caso del demandante, no habría lugar a mejorar el monto de los excedentes de libre disponibilidad reconocidos por encima del valor otorgado por la Administradora de Pensiones, pues para el cálculo de los excedentes se debe utilizar un interés técnico del 4%, reconocido por el fondo de pensiones.

Para una mejor comprensión del asunto sometido a consideración de la Sala, por metodología se abordarán los siguientes temas: i) el sistema de seguridad social en pensiones; ii) modalidades pensionales en el RAIS; iii) el retiro programado; iv) prestaciones y beneficios adicionales en RAIS; v) excedentes de libre disponibilidad; vi) mecanismos que consagra el sistema de seguridad social integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; vii) cálculo de reservas actuariales; y (iv) el análisis del caso concreto.

i) El Sistema de Seguridad Social en Pensiones

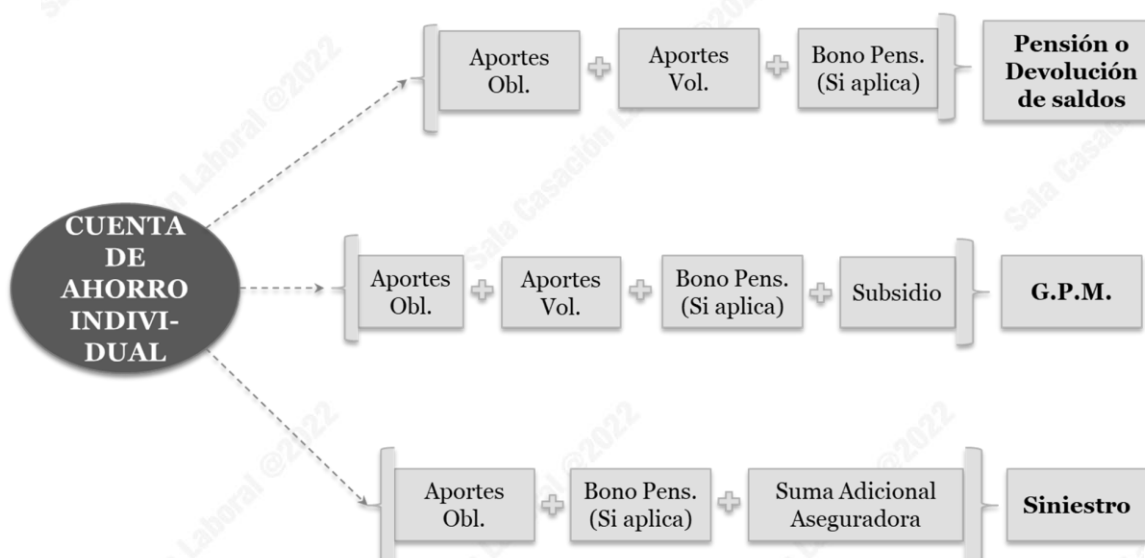
Inicialmente se impone recordar, que el sistema de seguridad social en pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones (artículo 10 de la Ley 100 de 1993).

Este sistema se encuentra conformado por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: i) el de prima media con prestación definida: que es un régimen solidario, que opera bajo un esquema de reparto en que los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones que se causen, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Por consiguiente, las prestaciones de los asegurados se encuentran predeterminadas en la ley, al cumplimiento de determinados requisitos como lo son la edad, la densidad de semanas para la causación del derecho pensional (artículos 31 y ss de la Ley 100 de 1993); y ii) el de ahorro individual con solidaridad; es de agregar, que la selección de cualquiera de estos regímenes debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad es gestionado por fondos privados de pensión, en el cual cada persona se financia su propia pensión con los aportes que realice durante su vida laboral, bajo un sistema

de capitalización individual, cuando acumule en su cuenta individual el capital necesario para financiarla; la cuenta individual se alimenta con las cotizaciones a pensión que hace el trabajador y el empleador, los rendimientos que tenga el saldo de la cuenta individual, rendimiento que es variable y depende de la gestión que haga el respectivo fondo, que invierte esos recursos en acciones, compra de bonos, en proyectos de inversión, etc. y, el bono pensional, si hay lugar a ello, destinado a financiar las prestaciones correspondientes. Es decir, que el monto del capital acumulado para financiar la prestación, en esencia gira alrededor de tres ejes: i) el salario base de cotización durante el periodo de acumulación; ii) la rentabilidad lograda a través de la inversión de tales fondos; menos, iii) los gastos de administración.

CAPITAL NETO PARA FINANCIAR PENSIÓN



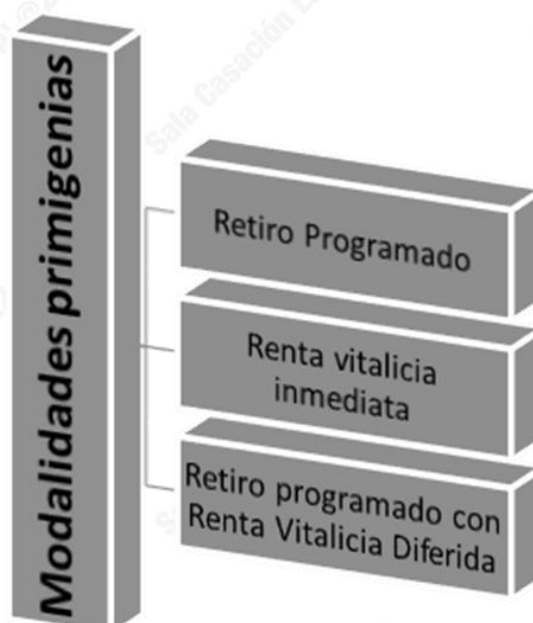
En ese orden de ideas, la edad no es un requisito para pensionarse, de manera que, si se tiene suficiente capital en

la cuenta individual, el afiliado se puede pensionar a una menor edad que la regulada en el régimen de prima media, es por ello, que *«el monto de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados»* (artículo 5 del Decreto 692 de 1994), en armonía a lo precedido, la edad es relevante para otros aspectos como para tener acceso a la garantía de pensión mínima y la redención de bonos pensionales, pero no para acceder a la pensión.

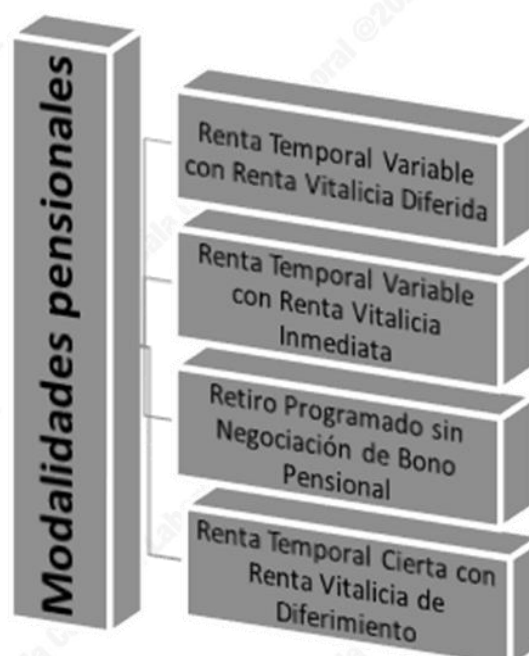
ii) Modalidades pensionales en el RAIS

Ahora, para aquellos que cuentan con el capital requerido para acceder a una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia, se diseñó el manejo de las pensiones a través de tres modalidades pensionales predeterminadas en la ley, como son: (i) el Retiro Programado; (ii) la Renta vitalicia inmediata y (iii) el Retiro programado con Renta Vitalicia Diferida y por mandato legal se estableció *«las demás que autorice la Superintendencia Financiera»*, lo que condujo a que la Superintendencia Financiera a través de la Circular Externa 013 de 2012, implementara nuevas modalidades pensionales, a saber: (iv) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida; (v) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Inmediata; (vi) Retiro Programado sin Negociación de Bono Pensional y (vii) Renta Temporal Cierta con Renta Vitalicia de Diferimiento.

a) Modalidades pensionales primigenias (artículo 79 Ley 100 de 1993).



b) Modalidades pensionales (Circular Externa 013 de 2012, Superfinanciera).



iii) El retiro programado

En el momento en que el afiliado reúne el capital necesario para acceder al reconocimiento y pago de una pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, éste tiene plena autonomía en la selección de la modalidad pensional que estime más conveniente de las reguladas en ley – retiro programado, renta vitalicia, renta vitalicia diferida y, las demás autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia-, que en la actualidad están contenidas en la Circular No. 013 de 2012 proferida por dicha superintendencia, señaladas en el capítulo que precede (artículo 79 de la Ley 100 de 1993). Es por ello, que la entidad administradora está obligada a suministrar la información detallada, precisa y clara a sus afiliados, para que estos debidamente informados seleccionen la modalidad pensional que más convenga a sus intereses.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el accionante optó por la modalidad de retiro programado, que es aquella pensión, en la cual el afiliado y sus beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta de ahorro individual y el bono pensional si lo hubiere.

Para efectos de calcular la mesada pensional, se hace necesario acudir a lo regulado en el artículo 81 de la mencionada ley que a letra reza *«[...] se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional,*

por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.», es decir, que el fondo de pensiones debe realizar una proyección del capital con todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, al respecto la Sala en la sentencia CSJ SL2188-2021, expuso, tal: *«operación se efectúa a partir de una fecha hipotética de reconocimiento inicial de la prestación pensional, teniendo en cuenta la respectiva esperanza de vida de la persona afiliada y el grupo familiar, que permitirá establecer si lo acumulado tiene la capacidad de respaldar el pago de la prestación a partir de un momento específico»*.

En la providencia señalada, se expresó: *«esta modalidad el monto de la pensión variará según la proyección del capital respalde un lapso de aseguramiento mayor o menor a partir de la expectativa de vida del afiliado o sus beneficiarios, y la fecha de inicio del reconocimiento pensional que se determine»* (CSJ SL2188-2021), es de precisar, aun cuando no lo mencione el precepto que regula la modalidad citada, conceptos como el del auxilio funerario debe ser presupuestado y, si bien la anualidad se divide en doceavas, se debe incluir el pago de la mesada o mesadas adicionales según corresponda; de esto deviene que, además del artículo en comento es menester contemplar otros aspectos relevantes del estatuto pensional, lo que se ve recogido en la regulación relativa a la determinación de suficiencia de capital para acceder a la pensión; de ahí que, también encuentra un marco definido, por demás ineludible, en las resoluciones que definen el saldo mínimo de pensión

anteriormente expuesto.

Dentro de las características preponderantes de esta modalidad pensional se encuentran las siguientes:

1. La mesada pensional la reconoce la AFP, con los recursos de la cuenta de ahorro individual del pensionado.
2. La AFP determina el monto de la mesada pensional a partir del cálculo que realiza para financiar la pensión conforme a los lineamientos legales.
3. El monto de la mesada pensional es variable (subir o bajar), dependiendo de los riesgos derivados de factores económicos, financieros y personales como su extra-longevidad y la de sus beneficiarios, al igual que cualquier cambio en su grupo familiar.
4. El deber de las AFP de controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia (artículo 12 Decreto 832 de 1996).
5. El deber de la AFP de efectuar los trámites necesarios para el traslado a la modalidad de renta vitalicia, cuando se percate de que el capital se torna insuficiente o, cuando el pensionado decida cambiar a otra de las modalidades existentes como la renta vitalicia.
6. El deber de la AFP de sustituir la pensión en caso del fallecimiento del pensionado, en los beneficiarios de éste (cónyuge, compañero (a) permanente, hijos con derechos y padres con derechos) de no existir los mismos, tener los recursos disponibles para la masa

sucesoral o de ser el caso, para la financiación de la garantía de pensión mínima. Asimismo, cuando el pensionado no tenga causahabientes el saldo debe girarse al fondo de garantías.

iv) Prestaciones y beneficios adicionales en RAIS

Para los afiliados al RAIS, el legislador estableció en el Título III, Capítulo VII, de la Ley 100 de 1993, una serie de prerrogativas en el denominado «*Prestaciones y beneficios adicionales*», en el que se señala, la posibilidad de acceder entre otros a los siguientes beneficios adicionales: i) Auxilio funerario; ii) Planes alternativos de capitalización y de pensiones; iii) Planes alternativos de pensiones; iv) Garantía de crédito y adquisición de vivienda y los v) los excedentes de libre disponibilidad (artículos 85 a 89 Ley 100 de 1993).



v) Excedentes de libre disponibilidad

Por la naturaleza del derecho reclamado, se hará referencia sólo a los denominados *excedentes de libre disponibilidad*, como uno de los beneficios adicionales que otorga el RAIS a sus pensionados, consistente en la posibilidad de acceder a algunos recursos de la cuenta de ahorro pensional, cuando el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, 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.

Como se observa, para determinar si existen excedentes de libre disponibilidad es necesario que la pensión reconocida al afiliado sea igual o superior al 70% del Ingreso Base de Liquidación, lo que lleva directamente al artículo 21 del mismo cuerpo normativo, que define lo correspondiente a esta figura, entendida como “*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, (...) actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que*

expida el DANE”.

De conformidad, a los preceptos señalados, los afiliados al RAIS podrán optar porque parte de su capital ahorrado para la pensión les sea devuelto, siempre que se cuente con el capital necesario para financiar una “*pensión de referencia*” con base en el promedio salarial de la persona en los últimos 10 años o el de toda la vida laboral y aplicarle una tasa de reemplazo del 70%, sobre este resultado el fondo verifica cuánto capital necesita para financiar esta pensión y lo que exceda le podrá ser devuelto.

En este orden de ideas, para saber si se tiene derecho a los excedentes de libre disponibilidad se deben cumplir los siguientes requisitos: i) tener derecho a la pensión; ii) que el monto del capital ahorrado en la cuenta individual de pensión sea suficiente para financiar la denominada “*pensión de referencia*”; iii) Una vez calculado el monto de capital necesario para financiar la “*pensión de referencia*”, debe existir un saldo adicional, que es el valor que le será devuelto al afiliado por concepto de excedentes de libre disponibilidad; iv) El afiliado puede optar porque todo su capital financie la pensión y no solicitar los excedentes de libre disponibilidad.

Es importante reiterar, que la decisión que tome el afiliado, debe ser con un consentimiento informado, que le permita al afiliado establecer cuantitativa y jurídicamente qué beneficios les son aplicables de acuerdo con el capital acumulado, expectativa de pensión, beneficiarios de ley, entre otros. Al cumplir con los requisitos antes señalados, se

puede empezar a disfrutar de este beneficio que solo otorga el RAIS.

vi) Mecanismos que consagra el sistema de seguridad social integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Dentro de los lineamientos del artículo 48 de la CP, la seguridad social es un derecho irrenunciable, que se garantiza a todos los habitantes a través de un servicio público, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, fundado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Acorde a lo precedido, el legislador a través de la Ley 100 de 1993, organizó el sistema de la seguridad social integral, entendiéndose éste como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos conformados por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

Por tratarse de un derecho social fundamental y por las implicaciones que del mismo se derivan en el artículo antes mencionado se consagró *«La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante»*, y en el artículo 53 del cuerpo constitucional se reguló *«El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales»*, normas constitucionales que trasladan al legislador el deber de la expedición de leyes que delimiten las obligaciones del estado y la sociedad, las instituciones y los

recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico contemplados en ella.

Acorde a los mandatos constitucionales en la Ley 100 de 1993 se estableció una serie de normas que tienen como finalidad proteger los recursos destinados a la construcción del derecho pensional, entre las cuales se señala como característica del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre otras, que las entidades administradoras deberán garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran; que el patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de rentabilidad mínima.

A su vez, el Art. 99 demandado de la mencionada ley establece que las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituir y mantener adecuadas garantías, para responder por el correcto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones.

Agrega dicha disposición que las administradoras deberán contar con la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con cargo a sus propios recursos, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional, en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora, sin sobrepasar respecto de cada afiliado el ciento por ciento (100%) de lo correspondiente a cotizaciones obligatorias, incluidos sus

respectivos intereses y rendimientos, y de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales correspondientes a cotizaciones voluntarias. Las garantías en ningún caso podrán ser inferiores a las establecidas por la Superintendencia Financiera para las instituciones del régimen financiero.

En esa misma dirección, en el Art. 100 se establece, con el fin de garantizar la seguridad, rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras los invertirán en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno a través de la Superintendencia Financiera, previo concepto, que no será vinculante, de una comisión del Consejo Nacional Laboral o el organismo que haga sus veces.

Agrega la norma que, en cualquier caso, las inversiones en Títulos de Deuda Pública no podrán ser superiores al cincuenta por ciento (50%) del valor de los recursos de los fondos de pensiones, y dichos títulos deberán cubrir la desvalorización monetaria y permitir el pago de intereses reales que reflejen la tasa del mercado financiero, certificada por la Superintendencia Financiera para períodos trimestrales.

Así mismo, establece que la Superintendencia Financiera deberá definir los requisitos que deban acreditar las personas jurídicas que sean destinatarias de inversión o colocación de recursos de los fondos de pensiones.

Por su parte, el Art. 101 de la misma ley dispone que la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos de pensiones será abonado en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período.

Señala que las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías deberán garantizar a sus afiliados de unos y otros una rentabilidad mínima, que será determinada por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta rendimientos en papeles e inversiones representativas del mercado que sean comparables. Esta metodología deberá buscar que la rentabilidad mínima del portafolio invertido en títulos de deuda no sea inferior a la tasa de mercado definida, teniendo en cuenta el rendimiento de los títulos emitidos por la Nación y el Banco de la República. Además deberá promover una racional y amplia distribución de los portafolios en papeles e inversiones de largo plazo y equilibrar los sistemas remuneratorios de pensiones y cesantía.

Asimismo, prevé que en aquellos casos en los cuales no se alcance la rentabilidad mínima, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos que se defina para estas sociedades.

Respecto a la fórmula de determinar la rentabilidad mínima en el Decreto 1592 de 2004, vigente para la época de

los hechos, señala:

Artículo 1º. Determinación de la rentabilidad mínima. La Superintendencia Bancaria aplicará y divulgará conforme a las reglas que se determinan en el presente decreto, una rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y para los Fondos de Cesantía.

Artículo 2º. Rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y de Cesantía. La rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente, será equivalente al promedio simple de:

a) El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, del promedio ponderado de las rentabilidades acumuladas efectivas anuales durante el período de cálculo correspondiente, y

b) El promedio ponderado de:

- El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, del incremento porcentual efectivo anual durante el período de cálculo correspondiente del índice de la Bolsa de Valores de Colombia, ponderado por el porcentaje del portafolio de los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente, invertido en acciones y en fondos de inversión en la proporción invertida en acciones.

- El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, del incremento porcentual efectivo anual durante el período de cálculo correspondiente del índice representativo del mercado accionario del exterior que indique la Superintendencia Bancaria de Colombia, ponderado por el porcentaje del portafolio de los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente, invertido en acciones de emisores extranjeros y en fondos de inversión internacionales en la proporción invertida en acciones.

- El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, de la rentabilidad acumulada efectiva anual arrojada para el período de cálculo correspondiente por un portafolio de referencia para pensiones y otro para cesantía valorados a precios de mercado, ponderado por el porcentaje invertido en las demás inversiones admisibles.

Parágrafo 1º. Para efectos de lo dispuesto en el literal a), se

obtendrá para el período de cálculo la participación del promedio de los saldos diarios de cada fondo dentro del promedio de los saldos diarios de los fondos de pensiones y de cesantía existentes, según corresponda. La participación de cada fondo así calculada no podrá superar el veinte por ciento (20%). En consecuencia, las participaciones de los fondos que superen el veinte por ciento (20%) serán distribuidas proporcionalmente entre los demás fondos hasta agotar los excesos. Si como resultado de la aplicación de este procedimiento la participación de otros fondos resultara superior al veinte por ciento (20%), se repetirá el procedimiento.

Parágrafo 2º. Las porciones del portafolio de los fondos invertidas en acciones, en fondos de inversión, así como en las demás inversiones admisibles de que trata el literal b) de este artículo, se calcularán con base en la distribución promedio de los saldos diarios de los portafolios de los Fondos de Pensiones y de Cesantía existentes respectivamente, correspondiente al período de cálculo.

Parágrafo 3º. Para efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del literal b) de este artículo, la Superintendencia Bancaria actualizará y valorará a precios de mercado los portafolios de referencia para pensiones y para cesantía representativos del mercado, buscando promover una racional y amplia distribución de los portafolios en papeles e inversiones de largo plazo.

La Superintendencia Bancaria divulgará amplia y oportunamente la metodología y composición de los portafolios constituidos en desarrollo de lo dispuesto en el inciso anterior, lo mismo que los cambios que se les introduzcan como resultado de su ajuste a las condiciones del mercado.

Artículo 3º. Cálculo de la rentabilidad acumulada del fondo. La rentabilidad acumulada arrojada por el fondo será equivalente a la tasa interna de retorno en términos anuales, del flujo de caja diario correspondiente al período de cálculo.

Para estos efectos, el flujo de caja diario es aquel que considera como ingresos el valor del fondo al primer día del período y el valor neto de los aportes diarios del período, y como egresos el valor del fondo al último día del período de cálculo.

Parágrafo 1º. Se entenderá como valor neto, el valor resultante después de deducir de los aportes y traslados recibidos, los retiros, anulaciones y traslados efectuados.

Parágrafo 2º. Los aportes realizados con recursos propios por la sociedad administradora, con el propósito de suplir los defectos de la rentabilidad acumulada por el fondo frente a la rentabilidad mínima obligatoria, se incluirán como parte de los ingresos del flujo de caja.

Artículo 4°. Período de cálculo de la rentabilidad. La rentabilidad mínima obligatoria y la rentabilidad acumulada del fondo se calcularán para los últimos 36 meses en el caso de los Fondos de Pensiones y para los últimos 24 meses en el caso de los Fondos de Cesantía.

Parágrafo. Durante los primeros 36 meses de existencia de cada Fondo de Pensiones o los primeros 24 meses de existencia de cada Fondo de Cesantía, lo dispuesto en este artículo se entenderá referido a la rentabilidad correspondiente al período transcurrido entre el día del inicio de operaciones y la fecha de verificación.

Artículo 5°. Verificación. El cumplimiento de la rentabilidad mínima obligatoria será verificado trimestralmente por la Superintendencia Bancaria el 31 de marzo, el 30 de junio, el 30 de septiembre y el 31 de diciembre de cada año.

Para el efecto, la Superintendencia Bancaria comparará la rentabilidad acumulada efectiva anual obtenida por el fondo durante el período de cálculo correspondiente, con la rentabilidad mínima obligatoria calculada para el mismo período de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

Parágrafo. La Superintendencia Bancaria divulgará a más tardar el quinto día hábil siguiente a la fecha de verificación, la rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente.

En este orden de ideas, conforme a la regulación legal en el RAIS, se establece un mecanismo en el cual los afiliados constituyen cuentas individuales de ahorro pensional, diseñadas para que las prestaciones y pensiones de vejez sean financiadas con los recursos acumulados de sus aportes y de los rendimientos financieros derivados de las inversiones realizadas en el mercado de valores con estos recursos. Es decir, desde el momento en que los aportes ingresan a las cuentas de ahorro individual, estos deben ser invertidos en el mercado, conforme a la ley. Es por ello, que las administradoras deben propender por realizar su mejor esfuerzo para ofrecer a sus afiliados las mejores condiciones de rentabilidad y riesgo, en el entendido que

mayores retornos acumulados de las inversiones efectuadas por las AFP con sus aportes, les brindarán a los afiliados mejores condiciones económicas durante su etapa como pensionados.

Es importante reseñar, que el artículo 101 de la Ley 100 establece un imperativo para las administradoras pensionales, en el sentido que estas deben garantizar a sus afiliados un nivel de rentabilidad mínima de sus recursos definido por la Superintendencia Financiera, el cual opera de forma tal que en casos en los que la rentabilidad sea inferior a la mínima, la diferencia deberá ser cubierta, en primer lugar, con los recursos constituidos en el fondo de estabilización de rendimientos y, en el caso en que los recursos de este fondo no resulten suficientes para subsanar el déficit, las AFP deben responder con sus propios recursos.

Dadas las anteriores condiciones, la metodología para la medición de la rentabilidad de los diferentes fondos de pensiones administrados por las AFP tiene como finalidad cumplir dos objetivos fundamentales para el correcto funcionamiento del sistema: en primer lugar, debe proveer una herramienta financiera robusta que permita comparar los resultados entre las diferentes AFP; en segundo lugar, debe permitir la medición del desempeño de las AFP en relación con la administración de los ahorros y las decisiones de inversión adoptadas en ejercicio de su mandato, descontando el impacto derivado de cualquier elemento que no esté directamente asociado con estas últimas.

Es decir, en el sistema de ahorro individual, durante el proceso de acumulación, el capital de los afiliados genera intereses financieros, los cuales están supeditados al margen de rentabilidad que obtengan los fondos pensionales por el manejo de esos recursos -basado en las inversiones realizadas-. Lo que se traduce en, que entre más rentabilidad obtenga el fondo, esta se verá reflejada en la obtención de una mesada pensional más provechosa o la posibilidad de reunir los recursos necesarios para acceder al derecho pensional en un menor tiempo o de manera anticipada.

Es de precisar, que la rentabilidad mínima señalada, en ocasiones puede ser inferior o superior al mantenimiento del poder adquisitivo constante de la moneda frente al proceso inflacionario, así lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-530-2006, en que delineó la diferencia entre estos conceptos, así:

Ciertamente los conceptos de rentabilidad mínima y de mantenimiento del poder adquisitivo constante de la moneda frente a la inflación de la economía son distintos y pueden coincidir o no. Por consiguiente, la consagración de una rentabilidad mínima de las cotizaciones depositadas en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados al Sistema General de Pensiones teniendo en cuenta los rendimientos del mercado financiero no genera por sí misma el mantenimiento del poder adquisitivo constante de aquellas. En este orden de ideas, así como dicha rentabilidad puede ser inferior a este último, también puede ser igual o superior al mismo, lo cual significa que la violación constitucional que plantea la actora sólo podría ser eventual y no cierta. Por otra parte, la Corte encuentra que dicha garantía de rentabilidad mínima es uno de los posibles medios, aunque no el único, que consagra la regulación legal del Sistema de Seguridad Social Integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como lo exige el Art. 48 superior, los cuales son razonables e idóneos.

Respecto al concepto de la rentabilidad mínima la

Corporación en sentencia CSJ SL4660-2020, se expresó de ésta como una garantía que tienen los afiliados al RAIS, así:

En efecto, la rentabilidad mínima es una garantía que tienen los afiliados a los fondos privados de pensiones según lo dispuesto en el literal e) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, cuyo reconocimiento y pago dependerá de que el afiliado cuente con sumas de dinero en su cuenta de ahorro individual, mientras que la indexación sobre las mesadas a favor del pensionado tiene su origen es en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por manera que, responden a fenómenos completamente distintos.

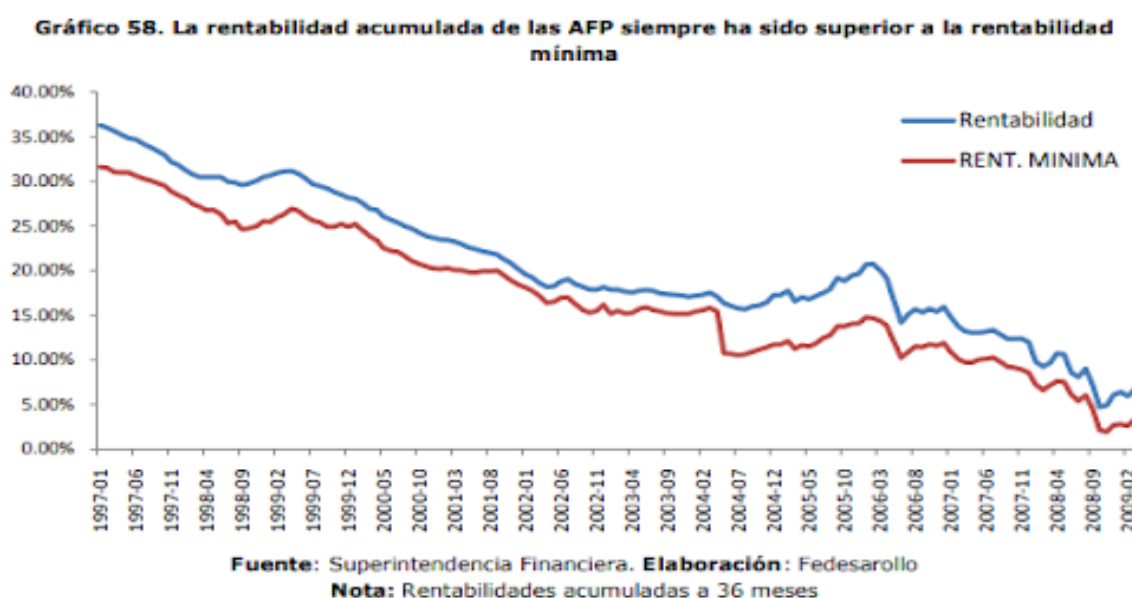
Vale la pena precisar que una de las características esenciales del régimen de ahorro individual --y que lo diferencia del de prima media--, es que el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo, en principio, propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, que es completamente independiente del patrimonio de la entidad administradora, conforme a lo previsto en el literal d) del artículo 60 de la mentada Ley 100.

En tal sentido, el rubro compuesto por las cotizaciones efectuadas a nombre o por el afiliado, sus rendimientos y el bono pensional, aparecen dentro de la subcuenta de ahorro individual, en la cual figura como titular cada afiliado; recursos que son administrados por las AFP y conforman un patrimonio autónomo cuya titularidad corresponde, que no su disponibilidad pues ello está regulado por la ley, como ya se dijo, a los afiliados.

El artículo 101 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 52 de la Ley 1328 de 2009, señala que la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos pensionales, una vez aplicadas las comisiones respectivas, serán abonados en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados «a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período». Normativa que, además, dispone que estas sociedades deban garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima, que es determinada por el Gobierno Nacional, pues, en caso contrario, aquellas deberán concurrir al cubrimiento del riesgo, respondiendo con sus propios recursos, es decir, afectando el patrimonio propio.

De consiguiente, la rentabilidad exigida a los fondos de pensiones respecto de las sumas de dinero que se encuentren en las cuentas de ahorro pensional individual implica que los recursos allí depositados, mientras que el afiliado completa el capital necesario para obtener la pensión de vejez o se producen los riesgos de invalidez o muerte, deben generar utilidades o ganancias a favor de cada afiliado.

Ahora, para la época de los hechos materia de controversia, la rentabilidad mínima obtenida por los Fondos de Pensiones fue superior a la establecida por la Superintendencia Financiera como se muestra en el siguiente gráfico:



Es del caso recordar, que para la época de los hechos en que se desarrolla la litis existía un solo fondo común, lo que fue modificado por la Ley 1328 de 2009, en la cual se reguló que las administradoras deberán ofrecer a sus afiliados diferentes tipos de fondos pensionales obligatorias elegibles por éstos durante la etapa de acumulación, así:

1. Fondo conservador;
2. Fondo moderado;
3. Fondo de mayor riesgo y;
4. Fondo especial de retiro programado.

1. Fondo conservador: con el cual se busca una

administración orientada al pago de las pensiones. Los recursos de los afiliados pensionados y de los beneficiarios de pensiones de sobrevivencia, bajo la modalidad de retiro programado y de retiro programado con renta vitalicia diferida y mientras se disfruta de una pensión, serán administrados en el fondo especial de retiro programado. El traspaso de dichos recursos al citado fondo deberá realizarse dentro de los seis (6) días hábiles siguientes al momento en el cual se escoja la modalidad de pensión de retiro programado o de retiro programado con renta vitalicia diferida. En el fondo especial de retiro programado se administrarán todos los recursos que correspondan a cuentas a través de las cuales se paguen mesadas pensionales. En el evento en que el pensionado por invalidez pierda su condición de pensionado, dentro de los seis (6) días hábiles siguientes a que quede en firme la decisión respectiva, los recursos se deben transferir al tipo de fondo donde se encontraban antes de la solicitud de pensión, respetando en todo caso las reglas de convergencia y sin perjuicio de la libertad que el afiliado tiene para elegir el tipo de fondo.

2. Fondo moderado: a través de la gestión eficiente de sus recursos por parte de la sociedad AFP procura el mejor retorno posible al final del período de acumulación de aportes con moderada exposición al riesgo. Es el aconsejado para personas que estén ubicadas más o menos en la mitad de su vida productiva y que deseen acrecentar su capital pensional. Tiene rentabilidades medias con moderada exposición al riesgo. Dirigido a personas de riesgo moderado que están

dispuestas a tolerar caídas discretas en el capital acumulado como consecuencia del riesgo asumido, con el fin de buscar en el largo plazo una mayor rentabilidad que la de un fondo conservador.

3. Fondo de Mayor Riesgo: a través de la gestión eficiente de sus recursos por parte de la AFP procura el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con mayor exposición al riesgo. Es el aconsejado para personas jóvenes que pueden soportar un mayor riesgo. Es un fondo que obtiene rentabilidades altas, y aumento en la exposición al riesgo. Básicamente está dirigido a personas con una alta tolerancia al riesgo, que se encuentran lejos de la edad proyectada para pensionarse y están dispuestas a asumir una mayor volatilidad en los rendimientos que puede afectar de manera importante el capital acumulado como consecuencia del riesgo asumido, con el fin de buscar en el largo plazo una mayor rentabilidad que la de un fondo moderado.

4. Fondo Especial de Retiro Programado: con el cual se busca una administración orientada al pago de las pensiones. Los recursos de los afiliados pensionados y de los beneficiarios de pensiones de sobrevivencia, bajo la modalidad de retiro programado y de retiro programado con renta vitalicia diferida y mientras se disfruta de una pensión, serán administrados en el fondo especial de retiro programado. El traspaso de dichos recursos al citado fondo deberá realizarse dentro de los seis (6) días hábiles siguientes al momento en el cual se escoja la modalidad de pensión de

retiro programado o de retiro programado con renta vitalicia diferida. En el fondo especial de retiro programado se administrarán todos los recursos que correspondan a cuentas a través de las cuales se paguen mesadas pensionales. En el evento en que el pensionado por invalidez pierda su condición de pensionado, dentro de los seis (6) días hábiles siguientes a que quede en firme la decisión respectiva, los recursos se deben transferir al tipo de fondo donde se encontraban antes de la solicitud de pensión, respetando en todo caso las reglas de convergencia y sin perjuicio de la libertad que el afiliado tiene para elegir el tipo de fondo.

Advertido lo anterior, en el RAIS, el riesgo de mercado se traslada totalmente al afiliado, es decir, si el fondo de pensiones invierte en activos riesgosos y el riesgo se materializa en pérdidas, esto implicaría la disminución del capital necesario para financiar la mesada pensional, lo que aparejaría un menor monto de la mesada pensional. Es por ello, que la legislación en consonancia con el principio tuitivo de los derechos de los trabajadores, con el fin de restringir el riesgo de los afiliados, reglamenta la inversión de las administradoras y garantías de tasas de retorno mínimos. Así, en el Artículo 99 de la Ley 100 se introduce la garantía otorgada por Fogafin a los Fondos de Pensiones con el objeto de constituir y mantener adecuadas garantías para responder por el correcto manejo de las inversiones y asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora, con cargo a los recursos de las

AFP.

A su vez, se regula que “la garantía ampara el reconocimiento de la rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando quiera que dicha rentabilidad no haya sido obtenida y la administradora respectiva no haya suplido la deficiencia con sus propios recursos”. Así, en los casos en que un fondo no cumpla con la rentabilidad mínima, la diferencia se pagará en primer término con cargo a la reserva de estabilización de rendimientos y en segundo lugar con el patrimonio de la entidad administradora. Si lo anterior resulta insuficiente, la diferencia será cubierta por Fogafin. Si finalmente la reserva de Fogafin no alcanza para cubrir el saldo, se solicitará el faltante de recursos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

vii) CÁLCULO DE RESERVAS ACTUARIALES

El cálculo actuarial está referido a una modalidad de las matemáticas aplicadas que se utiliza para predecir o tratar de simular hechos económicos específicos atendiendo a sus posibles consecuencias y a los costos que estas supondrían, en caso de llevarse a cabo.

Por otro lado, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en proceso radicado bajo el número 0708-9 de 28 de febrero de 2013, al referir a las reservas matemáticas en pensiones, entendidas como otro concepto que conforma el pasivo social, las definió como «*el valor presente de las obligaciones futuras*».

a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública».

Asimismo, en la Circular básica jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera en el Título Cuarto, Capítulo primero, establece la forma de realizar el cálculo de reservas pensionales que en ella se regulan:

Las entidades administradoras del sistema general de pensiones y las correspondientes entidades aseguradoras de vida al efectuar los cálculos que involucran la utilización de tablas de mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas, indicadas en el subnumeral 6.3 del numeral 6, Capítulo Segundo, Título Sexto de la presente Circular, para efectos del cálculo de reservas, deberán emplear un interés técnico del cuatro por ciento (4%).

Con posterioridad, en el Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.31.4.3.3 se estableció para el ramo de seguros de pensiones de la Ley 100 de 1993, la metodología de cálculo de las reservas matemáticas corresponde *«al valor presente actuarial de las obligaciones futuras a cargo de la aseguradora y se calcula teniendo en cuenta los siguientes aspectos técnicos. a. La tasa de interés técnico que determine la Superintendencia Financiera de Colombia. b. Las tablas de mortalidad de rentistas y de inválidos expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia las cuales deberán ser actualizadas periódicamente. c. Las tasas de inflación y de crecimiento de los beneficios pensionales y la participación de utilidades, en los ramos a que haya lugar».*

Es de anotar, que el tema de las reservas matemáticas en materia de las pensiones de la Ley 100 de 1993, fue objeto de estudio en la sentencia CC C-422-2016, en la que se expresó:

Dentro del capítulo III del régimen de la reserva matemáticas, perteneciente al Título IV de las reservas técnicas de las entidades aseguradoras, se alude al ámbito de aplicación de la reserva por insuficiencia de activos, estableciendo que es de aplicación obligatoria para los siguientes ramos de seguros: a) vida individual, b) pensiones Ley 100; c) pensiones con conmutación pensional; d) pensiones voluntarias, e) seguro educativo, f) rentas voluntarias y g) riesgos laborales. Finalmente, corresponde a la Superintendencia Financiera determinar la obligación o no de constituir esta reserva para otros ramos de seguros¹. De esta manera, tratándose del ramo de seguros en pensiones, la reserva matemática esencialmente se aplica para cuando se generen obligaciones a largo plazo como son los de vida individual, las rentas vitalicias y los riesgos profesionales.

Según se ha explicado, la ley de seguridad social integral² establece que de la cotización para pensiones en el RAIS se reparte un porcentaje para las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, lo cual guarda armonía con la disposición que establece como característica de dicho régimen que una parte de los aportes de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado se destina al pago de primas de seguros para atender dichas pensiones³. Además, debe recordarse la previsión de efectuar los aportes *adicionales* necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes⁴.

Tratándose de la pensión de vejez las reservas matemáticas se constituyen con recursos de la seguridad social, toda vez que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 las pólizas de seguros que se establecen para garantizar las pensiones en las modalidades de pensión (inmediatas o diferidas) se pagan con los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, el valor de los bonos pensionales, los aportes voluntarios y los rendimientos financieros⁵.

De esta manera, las reservas matemáticas y sus rendimientos que constituyen las aseguradoras responsables del seguro de

¹Decreto 2555 de 2010, artículo 2.31.4.3.4.

²Ley 100 de 1993, artículo 20.

³Ley 100 de 1993, artículo 60.

⁴ Ley 100 de 1993, artículos 70, 77 y 108.

⁵ Ley 100 de 1993, artículos 68, 79-82.

invalidez y sobrevivientes, como de la pensión de vejez, contratadas por las administradoras de fondos de pensiones en el RAIS, están conformadas por recursos de la seguridad social al componer el concepto de pensión y no corresponder a activos del patrimonio de la entidad, razón por la cual sí están protegidos por el mandato constitucional de destinación específica al constituir contribuciones parafiscales.

Es por ello, que al momento de establecer el cálculo de las reservas actuariales necesarias para garantizar el pago de las pensiones se debe tener en cuenta lo siguiente:

Tasa de interés técnico	Tasa de proyección de incrementos pensionales	Tabla de Mortalidad de la Superbancaria	Factor de gasto para la administración del pago de mesadas de acuerdo a la modalidad escogida	Modelos actuariales aprobados por la superbancaria
-------------------------	---	---	---	--

Del caso concreto

De conformidad a lo ampliamente explicado los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad al momento de acumular el capital necesario para financiar una pensión en cualquiera de las modalidades reguladas por la Ley 100 de 1993, pueden gozar de unos beneficios adicionales, como lo son percibir los excedentes de libre disponibilidad, entendidos éstos como el saldo acumulado en la cuenta del afiliado que excede del capital necesario para financiar la pensión, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al 70% del IBL, y no podrá exceder de 15 veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva y ii) 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.

De igual forma, se encuentra establecido en literal i) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, como una de las obligaciones asignadas a los fondos de pensiones, atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación.

Delineado lo anterior, nótese que no es objeto de discusión que la modalidad pensional escogida por el accionante fue el retiro programado y que la misma fue reconocida a partir del mes de agosto del año 2003, en una cuantía inicial de \$1.313.282 mensuales; que el capital en la cuenta de ahorro individual era la suma de \$307.002.440 (aportes obligatorios + cupón principal del bono pensional + cuota parte a cargo de FAC); que el capital en la CAI no incluyó la cuota parte a cargo del ISS, pendiente de pago; que el IBL fue de \$2.107.357,82 y el 70% del IBL \$1.475.150; que al realizar el cálculo en modalidad de renta vitalicia el valor de mesada pensional ascendía a \$1.459.153; y en retiro programado a \$1.473.744, ambos valores inferiores al 70% del IBL.

Es de anotar que, ante el ingreso en la cuenta de ahorro individual de la cuota de bono pensional adeudado por el ISS, sumado a la rentabilidad producida por el fondo pensional y el valor de la mesada pensional pagado a cargo de la cuenta del pensionado, se generó un incremento en el saldo de la cuenta del accionante, que para el 2007 equivalía a \$398.386.307, capital que le permitía obtener 14 mesadas

anualizadas a razón de \$1.872.697; que con el capital acumulado era procedente contratar una mesada pensional de \$1.549.955 (cifra equivalente al 70% del IBL) y obtener un excedente de libre disponibilidad de \$68.844.890, *mesada pensional y excedentes que fueron girados a favor del accionante*, hechos sobre los cuales no existe controversia alguna, pues, el contrato de la modalidad pensional y el valor de la mesada no fueron cuestionados en el cargo.

Lo antes mencionado se sintetiza en el siguiente gráfico:

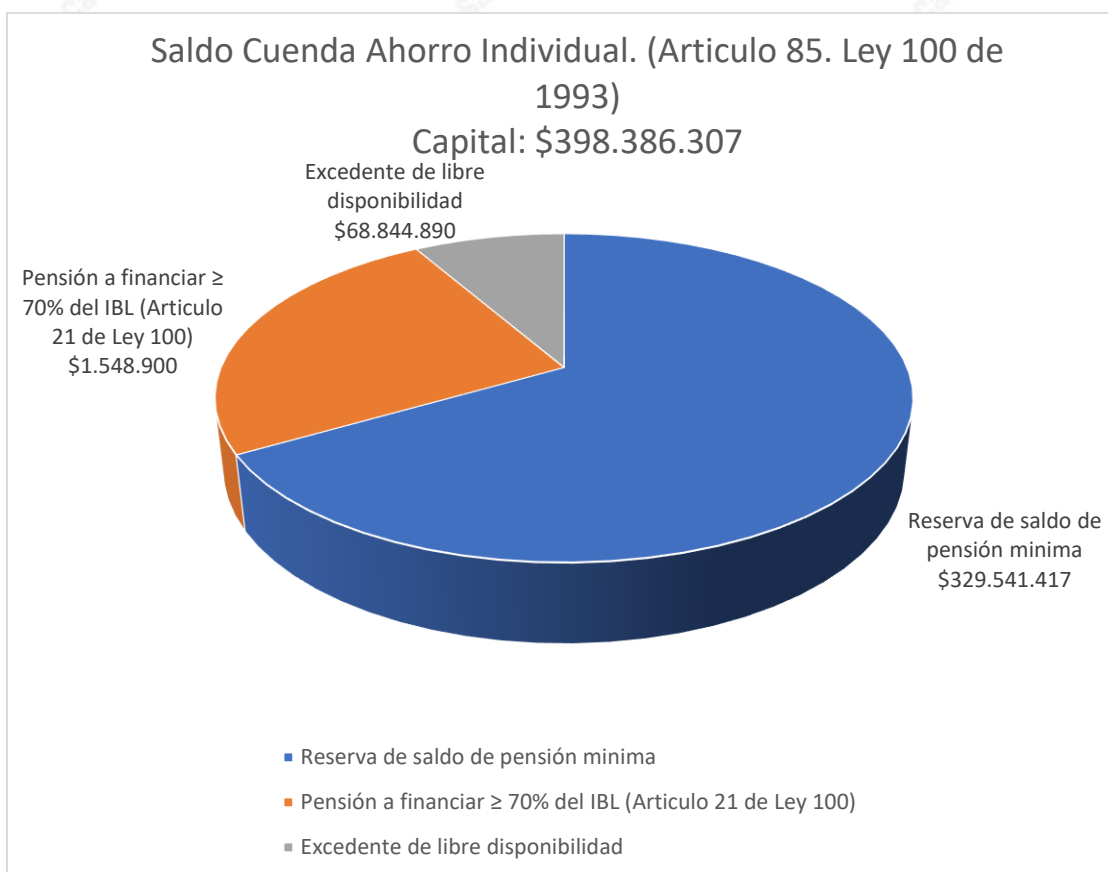


Ilustración que corresponde a los datos utilizados por el fondo para entregar los excedentes libres de disposición y que no son materia de controversia. Datos del 1 de junio de 2007.

Se recuerda, que el Tribunal se planteó como problema jurídico a resolver, si el juez de instancia se equivocó al ordenar reliquidar los excedentes de libre disponibilidad a

favor del actor, como lo alega la recurrente demandada o, si por el contrario, debe modificarse la decisión de primer grado, aumentando el valor de tal reajuste con fundamento a la rentabilidad mínima obtenida por el fondo pensional, llegándose a la conclusión que la entidad demandada atendió las orientaciones legales al momento de liquidar los excedentes de libre disponibilidad con base al interés técnico del 4%, por lo que, se imponía la revocatoria de la sentencia apelada, al no existir cifra alguna pendiente por reconocer en calidad de excedentes antes mencionado.

El recurrente en casación, cuestiona la decisión del Tribunal al considerar que se dio aplicación indebida al artículo 85 de la Ley 100 de 1993 al utilizar como tasa de interés técnico del 4%, para calcular la reserva pensional del saldo de la pensión mínima y no aplicó el interés real del 10% obtenido por el fondo de pensiones como rentabilidad mínima.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala dilucidar, si el Tribunal empleó indebidamente el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, cuando aplicó el interés técnico del 4% para calcular la reserva pensional de la pensión mínima y no el interés real del 10% obtenido por el fondo de pensiones como rentabilidad mínima.

Para dar solución al problema jurídico, es importante recordar, que existe una serie de etapas en el proceso destinado a la protección del riesgo en materia pensional por origen común, la cual tiene sus propias características; 1)

Acumulación; y; 2) desacumulación.

Acumulación: durante esta etapa los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual deben obtener una rentabilidad mínima, conforme a lo regulado en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, rentabilidad que solo opera sobre el saldo depositado en la cuenta de ahorro individual.

Desacumulación: etapa en la que previo al cumplimiento de los requisitos señalados en la ley el afiliado tiene derecho a acceder a las prestaciones del sistema, a su vez, el fondo de pensiones dará una información detallada de las diferentes alternativas con las que cuenta éste para acceder a cualquier de los beneficios contenidos en la ley, posterior a esto, el afiliado tomará la decisión que considere más favorable a sus intereses.

Ahora bien, en el momento histórico en que se haga la solicitud y cumplidos los requisitos mínimos para acceder a una pensión en una o varias de las diferentes modalidades señaladas en la ley, el fondo de pensiones deberá realizar un ejercicio matemático que implica determinar la existencia de un capital mínimo para garantizar el saldo de una pensión mínima y la proyección de una mesada a financiar con cargo a su capital acumulado.

A su vez, como la modalidad escogida por el pensionado fue la de retiro programado, la que se encuentra regulada por el artículo 81 de la ley 100 de 1993, que a la letra reza:

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 pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.

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.

Modalidad que implica recalcular el valor de la mesada pensional de cada año, la que equivale a la doceava parte de una anualidad, la cual se establece al dividir el saldo de la cuenta de ahorro individual por el capital necesario para financiar una renta vitalicia para el pensionado y sus beneficiarios, se consigna en el mencionado precepto que el saldo de la cuenta no puede ser inferior al capital que se requiere para financiar una renta permanente de un salario mínimo legal mensual vigente, lo que envuelve un deber del fondo de pensiones de controlar el saldo de la cuenta tal como lo regula el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, que a la letra reza:

ARTÍCULO 12. CONTROL DE SALDOS EN EL PAGO DE PENSIONES BAJO LA MODALIDAD RETIRO PROGRAMADO. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

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

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

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

Ahora, en el caso objeto de cuestionamiento el accionante accedió a unos excedentes de libre disposición por parte de la AFP, por considerar que el pensionado cumplía con los presupuestos establecidos en el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 es decir, su monto en la modalidad de retiro programado, era mayor o igual al 70% del IBL, y no excedía de 15 veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva y el monto de su retiro programado, es mayor o

igual al ciento diez por ciento (110%) de la pensión mínima legal vigente.

Su inconformidad radica, en que el cálculo de los dineros necesarios para financiar una pensión debe aplicarse el interés generado por el AFP como rentabilidad mínima y no el técnico del 4%, lo que implicaría menos capital para financiar la pensión y, por ende, una cifra mayor en excedentes de libre disponibilidad.

Para establecer la fórmula de hacer los cálculos sobre la tasa de interés a utilizar al momento de determinar los excedentes de libre disponibilidad, se hace necesario, referirse a los cálculos del saldo de pensión mínima, lo que lleva inicialmente a lo regulado en el artículo 9 del Decreto 832 de 1996, modificado por el artículo 2, del Decreto 142 de 2006, que expresa:

ARTÍCULO 9º. MECANISMOS DE PAGO DE LA PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 142 de 2006. Para efectos del presente decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante Resolución, y previa consulta con la Superintendencia Bancaria, **las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, consultando los precios de las pólizas de Renta Vitalicia vigentes en el mercado, el cual se denominará Saldo de Pensión Mínima.** Igualmente establecerá las fórmulas para la proyección de saldos de que trata el inciso 3º y, en general, los demás cálculos indispensables para la aplicación del presente artículo.

En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo de Pensión Mínima, incluido el valor del bono

y/o título pensional, deberá adelantar, a nombre del afiliado, los trámites necesarios ante la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, para el reconocimiento de la pensión mínima de vejez.

Una vez reconocido el derecho a la garantía de pensión mínima por parte de la Oficina de Obligaciones Pensionales, la AFP iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual. En todo caso, la AFP informará a la Oficina de Obligaciones Pensionales cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de seis meses, con el fin de que se tomen oportunamente las medidas presupuestales tendientes a apropiarse los recursos necesarios para que la Nación gire mensualmente a la AFP el valor de la respectiva pensión a partir del agotamiento del saldo. Este reporte se mantendrá mensualmente hasta el agotamiento del saldo de la cuenta individual.

En caso de que fallezca el pensionado sin que se haya agotado el saldo y sin que existan beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta, seguirán el tratamiento previsto en el inciso quinto del artículo 81 de la Ley 100 de 1993 para Retiro Programado.

La Nación garantizará a la AFP una reserva de liquidez no inferior al valor correspondiente a un (1) mes de la nómina de pensionados con garantía de pensión mínima.

La AFP será la responsable de controlar la supervivencia del beneficiario. Para el efecto, las AFP deberán presentar un plan de control de supervivientes a la Superintendencia Bancaria para su aprobación.

En ese mismo orden, el artículo 10 del decreto antes mencionado señala:

ARTÍCULO 10. OTRAS APLICACIONES DEL CÁLCULO DEL SALDO DE PENSIÓN MÍNIMA. El saldo de Pensión Mínima de que trata el anterior artículo, también se aplicará para efectos de determinar **los saldos de libre disponibilidad** de un pensionado de que trata el artículo 3o del presente Decreto, así como para establecer si aplicado el porcentaje de que trata el artículo 125 de la Ley 100 de 1993, se dispone del capital necesario para la adquisición de acciones de acuerdo con lo dispuesto en la misma disposición (negritas fuera del texto).

De lo expuesto, se extrae que al momento de realizar los cálculos para determinar los saldos de libre disponibilidad se

hace necesario establecer el saldo de pensión mínima, como un referente para determinar si el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) cuenta con el capital suficiente para cubrir vitaliciamente la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, consistente en el valor actuarial o capital necesario para financiar una pensión equivalente al salario mínimo legal mensual vigente de manera vitalicia para el pensionado y sus posibles beneficiarios.

Asimismo, en el Decreto 656 de 1994, en el artículo 45 se señaló que las entidades administradoras del sistema general de pensiones y las correspondientes entidades aseguradoras de vida deberán utilizar tablas de mortalidad que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria (Financiera) y, *las que adopten serán de obligatorio empleo para la integridad de la operación técnica y financiera de las entidades administradoras del sistema general de pensiones y de las correspondientes entidades aseguradoras de vida (artículo 47 ibidem).*

En consonancia con lo anterior, a través de la Resolución 585 de 11 de abril de 1994 de la Superintendencia Bancaria, se establecieron unas tablas rentísticas, posteriormente con la Resolución 610 de la misma anualidad, dentro de la parte considerativa, se señaló que se hacía necesario señalar el interés técnico para el cálculo de las reservas de las primas de seguros de renta, de invalidez, de sobrevivencia y de los productos de planes de pensiones del Sistema General de pensiones, y en la última

de la mencionadas resoluciones, que hoy corresponde a la Resolución 155 de 2010, se resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: Las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones y las correspondientes entidades aseguradoras de vida al efectuar los cálculos que involucran la utilización de las tablas de mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas, adoptadas por la Superintendencia Bancaria mediante Resolución 585 del 11 de abril de 1994, para efectos del cálculo de reservas, deberán emplear un interés técnico del cuatro por ciento (4%)».

En la misma línea, en la Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), antes aludida, se reitera que las entidades administradoras del sistema general de pensiones y las aseguradoras al efectuar los cálculos que involucran la utilización de tablas de mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas, para efectos del cálculo de reservas, deberán emplear un interés técnico del cuatro por ciento (4%).

Sobre la forma de realizar los cálculos, la Sala ha explicado que la determinación del acceso a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, debe ser efectuado con total observancia de las normas que lo consagran, al respecto, en las sentencias CSJ SL5295-2021, CSJ SL5658-2021, CSJ SL 2686-2021, que reiteraron la CSJ SL2512-2021, se expuso:

[...] la determinación del capital necesario o saldo mínimo de pensión para acceder a la prestación de vejez, **debe hacerse con estricto seguimiento de las normas que consagran cómo hacer este cálculo**, incluyendo las variables a tenerse en cuenta, por ejemplo, las tablas de mortalidad, la existencia de beneficiarios del afiliado y su expectativa de vida. Esto para

significar que no existe un monto preestablecido y que dependerá, en cada caso particular, de las condiciones personales y familiares del solicitante para encontrar cuál es el monto requerido para el acceso a la prestación. **Negrita fuera de texto**

Al descender al punto neurálgico del recurso, se impone recordar, *que la tasa de interés técnico es un elemento básico de cálculo de la reserva matemática, esto es del monto mantener los aseguradores para cumplir con sus obligaciones frente a los asegurados (Cuevas, 2011); y ésta se usa para llevar a valor futuro los saldos de las cuentas individuales, con el objetivo de convertirlos en una mesada pensional y su objetivo primordial es contar con la mejor predicción posible de la rentabilidad futura de los fondos de pensiones en el horizonte relevante y representativo para la población de pensionados, prevaleciendo un criterio conservador.*

Factor de descuento que se representa de la siguiente forma:

$$V = \frac{1}{1,04}$$

$$V = 0.961538462$$

Es por ello, que el artículo 9 del Decreto 832 de 1996 se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedir mediante resolución, previa consulta con la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, *«las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima consultando los precios de las pólizas de rentas vitalicias vigentes en el mercado».*

Este Ministerio, previa consulta con la Superintendencia Bancaria, en su momento expidió la Resolución 1875 de 15 de septiembre de 1997, cumpliendo la orden dada por el decreto antes relacionado, consagrándose la fórmula para determinar el saldo de pensión mínima, bajo la siguiente fórmula matemática:

RESOLUCIÓN 1875 DE 1997

ARTICULO 1º. SALDO DE PENSIÓN MÍNIMA (SPM).

El Saldo de Pensión Mínima de que trata el artículo 9º del decreto 832 de 1996, en adelante abreviado SPM, se calculará de acuerdo con las fórmulas que aparecen más adelante:

Sean:

$l_x.T$ para $x=0,1,2,\dots$, $T=1,2,\dots,6$; tablas de mortalidad (vivos) establecidas por la Superintendencia Bancaria mediante Resolución 585 de 1994, o las que la complementen o modifiquen para personas de tipo T, donde:

T = 1 hombres no inválidos

= 2 mujeres no inválidas

= 3 hombres inválidos

= 4 mujeres inválidas

= 5 hijos no inválidos

= 6 hijas no inválidas

Las tablas de mortalidad para los tipos 5 y 6, coinciden con las de los tipos 1 y 2, respectivamente, excepto que $l_x.T = 0$, para $x > 25$.

x = edad en años, que tendrá el afiliado, el 1º de enero siguiente a la fecha del cálculo, o en la fecha de cálculo, si ésta es un 1º de enero. Si el afiliado cumple años después del 30 de junio, se usarán los años cumplidos; y si cumple años antes del 1 de julio, se usarán los años cumplidos más uno.

y = edad en años, que tendrá el sustituto, el 1º de enero siguiente a la fecha del cálculo, o en la fecha de cálculo, si ésta es un 1º de enero. Si el sustituto cumple años después del 30 de junio, se usarán los años cumplidos; y si cumple años antes del 1 de julio, se usarán los años cumplidos más uno.

Se entiende por sustituto:

- a) El cónyuge o compañero(a) permanente;
- b) a falta de a), el hijo menor inválido;

- c) a falta de a) y b), el menor de los hijos menores de 18 años;
 d) a falta de a), b) y c), el menor hijo de los hijos menores de 25 años, si se encuentra estudiando y depende económicamente;
 e) a falta de a), b), c) y d), la madre;
 f) a falta de a), b), c), d) y e), el padre;
 g) a falta de a), b), c), d), e) y f), el menor de los hermanos inválidos.

α = tipo de afiliado

β = tipo de sustituto

K = La centésima parte de la inflación porcentual reportada por el DANE, correspondiente al año calendario anterior a la fecha del cálculo,

$V = 1/1.04 = 0.9615384$ (negrillas fuera del texto)

$$U = \left[\frac{v}{1+K} \right]^{1/12}$$

$\alpha = \alpha_x^{(\alpha)} + \alpha_y^{(\beta)} - \alpha_{xy}^{(\alpha\beta)}$ en notación actuarial internacional,

o sea:

$$\alpha = \frac{1}{l_{x.a}} \sum_{k=1}^{\infty} l_{x+k.a} v^k + \frac{1}{l_{y.\beta}} \sum_{k=1}^{\infty} l_{y+k.\beta} v^k - \frac{1}{l_{x.a} l_{y.\beta}} \sum_{k=1}^{\infty} l_{y+k.a} l_{x+k.\beta} v^k$$

$A = A_x^{(a)}$ en notación actuarial internacional,

O sea:

$$A = \frac{1}{l_{x.a}} \sum_{k=1}^{\infty} v^{k+1} (l_{x+k.a} - l_{x+k+1.a})$$

Con la convención de que, si no hay sustituto, se ignoran la segunda y la tercera sumatorias de α .

m = número de orden del mes calendario en que se efectuaría el primer pago (1,2,3...12)

$$n = 13 - m \quad \text{si } m > 1$$

$$= 0 \quad \text{si } m = 1$$

$$r = 7 - m \quad \text{si } m < 7$$

$$= 0 \quad \text{si } m \geq 7$$

$$C = 0 \quad \text{si } m = 1$$

$$C = \frac{U - U^{n+1}}{1 - U} + U^n \quad \text{si } m > 6$$

$$C = \frac{U - U^{n+1}}{1 - U} + U^r + U^n \quad \text{si } 1 < m \leq 6$$

$$f_{12} = \frac{1 + (11-24)K}{1 + K}$$

$$f_2 = \frac{1 + (1/4)K}{1 + K}$$

$$K^\circ = 0 \quad \text{si } m = 1$$

$$K^\circ = K \quad \text{si } m > 1$$

SM = Salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de cálculo.

Se entenderá por fecha de cálculo el primer día del mes calendario en que se efectuaría el primer pago.

Entonces:

$$\text{SPM} = 1,05 \text{ SM} [((12 f_{12} + 2 f_2) a + 6 + 5A) (1 + K^*) U^n + C]$$

En este orden de ideas, no le asiste razón al recurrente cuando afirma «[...] por ende, para hallar los excedentes de libre disponibilidad, ejercicio que se debe adelantar de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1592 de 2004 [...] (f.º 13 del cuaderno de la Corte)», pues, esta norma se refiere a la rentabilidad mínima que deben ofrecer los fondos de pensiones y que es desarrollo de lo consagrado en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, intereses que tienen impacto directo en el saldo de la cuenta de ahorro individual, sobre el cual no se realizó reparo alguno en el cargo al estar enderezado por la vía directa.

Con respecto a la forma para calcular los intereses al hacer el cálculo del saldo de pensión mínima, del que tanto se duele el recurrente, se observa que el juez de apelaciones acertó al fundamentarse en lo dispuesto en la Resolución n.º 610 de 1994 de la Superintendencia Bancaria, la cual tuvo

por objeto regular el interés técnico que debían emplear las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones y las correspondiente entidades aseguradoras de vida para efecto del cálculo de reserva que en su artículo 1 señaló que estas entidades «[...] *al efectuar los cálculos que involucran la utilización de las tablas de mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas, adoptadas por la Superintendencia Bancaria mediante Resolución 585 del 11 de abril de 1994, para efectos del cálculo de reservas, deberán emplear un interés técnico del cuatro por ciento (4%)*», que tiene aplicación para efectos del cálculo de las respectivas reservas y cuyo interés fue incluido en la fórmula contenida en la Resolución 1875 de 1997.

De otro lado, dentro de las normas que hacen referencia a los excedentes de libre disponibilidad se encuentra el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 47 del Decreto 692 de 1994, los que son coincidentes en señalar, en relación a los 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[...]»**, preceptos que deben ser interpretados en forma sistemática a los artículos, 3, 9, 10 y 11 del Decreto 832 de 1996, los que preceptúan que el Saldo de Pensión Mínima, también se aplican para efectos de determinar los saldos de libre disponibilidad de un pensionado.

Así las cosas, no se le puede endilgar desatino alguno al Tribunal, cuando concluyó que «[...] *el demandado atendió las orientaciones legales al momento de liquidar los excedentes de libre disponibilidad con base al interés técnico del 4%[...]*», pues, se reitera sin el ánimo de fatigar, que los cálculos **deben hacerse con estricto seguimiento de las normas que lo consagran**, incluyendo las variables a tenerse en cuenta, entre otras, las tablas de mortalidad, la existencia de beneficiarios del afiliado y su expectativa de vida.

Advertido lo precedido, se observa que lo pretendido por el accionante es el desconocimiento de normas de orden público, las que no son susceptibles de ser desconocidas ni por el acuerdo de voluntades de las partes, dada su imperatividad y obligatoriedad, pues conciernen al interés público y social del Estado, normas orientadas a la seguridad, solidaridad y justicia (salvo las excepciones prevista por el legislador), al respecto en la sentencia CSJ SL4066-2021, se razonó:

De cara a lo que es objeto de debate, el artículo 13 del CST establece: *«Mínimo de derechos y garantías. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo»*, por su parte el artículo 14 *ibidem* dispone que *«Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley»*.

En las referidas disposiciones legales, en armonía con el artículo 53 de la CP, se encuentra el substrato normativo del llamado *«orden público laboral»*, el cual, conforme se estableció en

sentencia CSJ SL, 21 de feb. 2012, rad. 39601, se refiere a las normas necesarias para la convivencia y el disfrute efectivo de los derechos dentro del Estado, y está conformado por normas constitucionales y legales imperativas y coercitivas que rigen en el ámbito de las relaciones de trabajo, constituyendo *«una limitante al principio de la libertad contractual, pues se configura por preceptos que el Estado ha erigido como guardianes de principios vitales de la sociedad, no renunciables ni susceptibles de ser modificados o derogados por las partes, salvo –como lo afirma la norma últimamente citada– “los casos expresamente exceptuados por la ley”, so pena de ineficacia»*, de allí que en materia del derecho laboral las normas de orden público establecen aquellos derechos mínimos que limitan la autonomía de la voluntad, irradiando así el espíritu eminentemente tuitivo del derecho laboral, de proteger prevalentemente a los trabajadores.

Así las cosas, tal como se encuentra expuesto con anterioridad estas reservas pensionales constituyen *«el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública, las cuales debe ser calculadas con plena observancia de la Ley.»*, y para el caso objeto de escrutinio, en lo referente a los excedentes de libre disponibilidad se debe tener en cuenta la fórmula para obtener el saldo mínimo de pensión, el que se determina con el 4% del interés técnico, conforme a lo antes desarrollado y no como lo pretendía el recurrente, acudiendo a la rentabilidad mínima (artículo 101 de la Ley 100 de 1993).

Lo antes expuesto, es suficiente para concluir que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación pretendida desde el inicio de la demanda. Al no salir avante el cargo, no es procedente acceder a la pretensión subsidiaria

del alcance de la impugnación, relacionada con la confirmación de la decisión del a quo.

En este orden de ideas, el cargo no prospera.


Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo del recurrente, por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fija como agencias en derecho la suma de \$4.700.000,00, que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JAIRO RODRÍGUEZ ATEHORTÚA** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S. A.** hoy **ING PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Aclaro voto

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR