



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado ponente

SL4343-2022

Radicación n.º 88598

Acta 39

Santa Marta (Magdalena), dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

La Corte decide el recurso de casación que **CLAUDIO ALBERTO GÓMEZ GONFRIER** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 10 de septiembre de 2019, en el proceso ordinario laboral que el recurrente promueve contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

El actor solicitó que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, así como la devolución de los excedentes de libre disponibilidad, liquidado con el ingreso base de liquidación -IBL- de los diez últimos años.

También requirió los intereses moratorios, lo que se pruebe ultra y extra *petita* y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, expuso que nació el 29 de diciembre de 1954, que el 11 de enero de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez junto con los excedentes de libre disponibilidad y el 10 de mayo de esa misma anualidad la AFP Protección S.A. le otorgó la prestación en cuantía de \$2.019.902, a partir del 1.º de febrero de 2017; además, le informó que «*cuenta con excedentes de Libre Disponibilidad, en un pago único, por un valor de \$4.750.951*».

Indicó que el 24 de mayo de 2017 requirió a la AFP el pago de dichos excedentes, «*confirmando la determinación de acceder al 70% del IBL*», pero calculado con el promedio de los últimos 10 años de cotización y, para ese fin, el 26 del mismo mes y año aportó el cálculo respectivo.

Expuso que, sin embargo, el 22 de junio de 2017 la AFP le indicó que el cálculo debía realizarse con el promedio de toda su vida laboral, pues arrojaba la suma de \$2.857.143 como base para la primera mesada pensional. Afirmó que por esta razón, el 28 de junio de 2017 y el 17 de enero de 2018 le manifestó a la administradora que su deseo era recibir como mesada pensional el valor de \$1.146.049, que corresponde al 70% del IBL de los últimos 10 años de cotización y excedentes de libre disponibilidad por \$225.000.000. Agregó que a

través de respuestas de 12 de agosto de 2017 y 28 de febrero de 2018, la demandada insistió en su operación aritmética porque bajo esta modalidad le correspondería una mesada pensional superior (f.º 2 a 12).

Al contestar la demanda, la entidad convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, el reconocimiento pensional bajo la modalidad de retiro programado a partir del 1.º de febrero de 2017, que le informó la posibilidad de acceder a los excedentes de libre disponibilidad, las reclamaciones que aquel hizo y las respuestas que profirió. Respecto de los demás, afirmó que no eran ciertos o que no le constaban.

Argumentó que conforme a los artículos 21 y 85 de la Ley 100 de 1993, liquidó el IBL con base en el promedio de los salarios cotizados durante toda la vida laboral por ser más favorable para el actor, pues le permite recibir una mesada pensional más alta y con ello se garantiza la suficiencia de los recursos para financiar la prestación.

Así, advirtió que el demandante pretende obtener una mesada inferior a cambio de un monto superior de excedente de libre disponibilidad, pese a que el objetivo principal del sistema general de pensiones es reconocer las prestaciones derivadas de la vejez, la invalidez y la sobrevivencia, lo que ubica a los excedentes como un beneficio adicional.

Por último, refirió que los intereses moratorios no proceden porque es el accionante quien se ha opuesto al pago de las mesadas pensionales.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción y la «*genérica*» (f.º 98 a 101).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de fallo de 28 de enero de 2019, la Jueza Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá decidió (f.º 134, CD 3):

PRIMERO: CONDENAR a la demandada (...) a reconocer y pagar al demandante (...) la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, pensión de vejez que deberá reconocerse a partir del 1.º de febrero de 2017 (...).

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada (...) a reconocer y pagar al demandante intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre el valor de las mesadas pensionales adeudadas y no canceladas a partir del 11 de mayo de 2017.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada a reconocer y pagar al demandante los excedentes de libre disponibilidad, liquidados conforme los dispone el artículo 85 de la ley 100 de 1993, pero aclarando que el 70% del IBL que es el pedido, es el que más le favorezca al demandante teniendo en cuenta que el que más le favorece es el más alto.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandada (...).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de ambas partes, a través de sentencia de 10 de septiembre de 2019 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó los numerales segundo y cuarto de la decisión del *a quo*, confirmó en lo demás y no impuso costas en la alzada (f.º 143 y CD 4).

Para los fines que interesan al recurso de casación, el *ad quem* manifestó que no se discutía que Protección S.A. reconoció al demandante la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, a partir del 1.º de febrero de 2017.

Así, precisó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar: (i) si el IBL debe liquidarse con el promedio de los salarios cotizados en los últimos 10 años, y (ii) si proceden los intereses moratorios.

El *ad quem* señaló que de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- existe una relación directa entre el capital ahorrado y la pensión solicitada, de modo que no se requiere el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización como sucede en el régimen de prima media con prestación definida.

Señaló que independientemente del régimen pensional, el sistema de seguridad integral debe garantizar los derechos irrenunciables de la persona con el fin de

obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, en virtud de lo establecido en los artículos 48 de la Constitución Nacional y 1.º de la Ley 100 de 1993.

En esa dirección, citó el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia CSJ SL1059-2018 para precisar que no era procedente acceder a un monto inferior de la mesada pensional a efectos de recibir un pago mayor de excedente de libre disponibilidad como lo pretende el demandante, pues desconoce que el ahorro que realizó se dirige a garantizar la pensión y no otro beneficio adicional como lo es el excedente, máxime cuando en la modalidad que eligió la mesada pensional se calcula cada año en consideración al capital contenido en la cuenta de ahorro individual.

Explicó que si bien el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 prevé dos formas de liquidar el IBL, ello no faculta al actor para escoger entre estas, dado que la prestación debe concederse conforme a la mesada que le resulte más favorable, que en este caso se obtiene con el cálculo de las cotizaciones de toda su vida laboral.

Conforme a lo anterior, señala que acceder a lo solicitado por el actor iría en contravía del derecho fundamental irrenunciable a la seguridad social y al mínimo vital del demandante, máxime cuando la demandada liquidó la prestación con el 70% del IBL -folio 24-, tal y como lo requirió en la demanda.

Por último, advirtió la improcedencia de los intereses moratorios, toda vez que la AFP informó al actor que debía aportar certificación bancaria y de afiliación a la EPS para su inclusión en nómina –folio 26-; sin embargo, no acreditó el cumplimiento de tal carga. Por tanto, dispuso el pago del retroactivo debidamente indexado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario lo interpuso el demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque parcialmente la decisión que profirió la *a quo* y acceda a las pretensiones formuladas en la demanda inicial.

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos, que fueron objeto de réplica. La Corte los estudiará conjuntamente porque tienen argumentos complementarios, cuestionan similares preceptos y persiguen idéntico fin.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía indirecta, acusa la aplicación indebida de los artículos 21, 59, 85 y 141 de la Ley 100 de 1993.

Refiere que el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

1. Considerar sin corresponder a la evidencia, que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, jamás dice que podrá optar, por liquidar la pensión con base en los últimos 10 años o toda la vida.
2. Considerar en contra de la evidencia, que no puede establecer el Ingreso Base de Liquidación.
3. Considerar que la liquidación de los excedentes en la forma solicitada, no cumple con la finalidad de la pensión, que no es otra que garantizar una calidad de vida acorde con el nivel de vida del extrabajador que pretende optar por la pensión.
4. No dar por demostrado, estándolo, que la pensión con cualquier forma de liquidación permite una calidad de vida, conforme a la que se tiene.
5. Dar por demostrado sin estarlo, que el principio de favorabilidad aplica para el monto de la pensión, en vez del monto de los excedentes de libre disponibilidad.
6. Dar por demostrado sin estarlo, que el fin de la mesada pensional es que sea más alta, desconociendo la filosofía y naturaleza del Régimen de Ahorro Individual y la escogencia de la modalidad pensional de los afiliados.
7. Dar por demostrado sin estarlo, que liquidando los excedentes de libre disponibilidad en la forma solicitada, renuncia a la pensión, cuando esto no se plasmo (sic) de tal forma.
8. Dar por demostrado sin estarlo, que la modalidad escogida en la demanda vulnera la dignidad humana.

Señala como pruebas erróneamente valoradas la demanda -folios 2 a 12-, la contestación -folios 98 a 101- y el cálculo de IBL de 25 de mayo de 2017 -folios 37 y 38.

Refiere que las pruebas enunciadas acreditan que al 15 de octubre de 2017 tenía en la cuenta de ahorro individual un capital \$526.982.603, de modo que al calcular el IBL con el promedio de los últimos 10 años arroja \$1.637.214, que al aplicarle el 70% da una mesada de \$1.146.050, y comoquiera que el capital estimado para financiar la prestación es de \$286.536.837, el saldo de excedentes de libre disponibilidad asciende a \$240.445.776.

Así, señala que no existen razones objetivas para que la AFP niegue el acceso a los excedentes de libre disponibilidad solicitados, toda vez que acredita los requisitos del artículo 85 de la Ley 100 de 1993, los cuales están establecidos para lograr que la cuantía de la pensión de vejez guarde equivalencia con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó y su poder adquisitivo no se vea mermado por el hecho de disponer del excedente.

Aduce que el artículo en mención propende porque el afiliado al RAIS pueda disponer de los excedentes siempre que la cuantía de la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, no sea inferior al 70% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación, actualizados con el IPC, sin que ello signifique que «*renuncia*» a la pensión, se afecte su calidad de vida o se vulnere el derecho a la dignidad humana.

Refiere que para determinar si existen excedentes de libre disponibilidad es preciso establecer el ingreso base de liquidación al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en tanto es una norma que resulta aplicable en ambos regímenes del sistema general de pensiones y que prevé la posibilidad de que el trabajador elija la modalidad de liquidación del mismo sin «renunciar» con ello a la prestación.

VII. RÉPLICA

Señala que el cargo tiene defectos de técnica, dado que los errores de hecho que se plantean son jurídicos y además se refieren circunstancias que no guardan relación con lo que se debatió en las instancias.

Expone que pese a que el recurrente denunció diferentes pruebas como mal apreciadas, en el desarrollo del cargo no se refirió a ellas, de modo que no demostró el desacierto «evidente» que cometió el *ad quem* en su valoración.

Señala que tampoco controversió la conclusión fáctica del Tribunal relativa a que la AFP reconoció su derecho pensional tal y como lo solicitó en la demanda, y pasó por alto que el *ad quem* precisó que de calcularse el IBL con el ingreso de los últimos diez años igual podría acceder a la

prestación, pero con una mesada inferior.

Menciona que el Tribunal no se equivocó al aplicar el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, dado que consideró que: (i) el IBL en casos como el del demandante no debe ser solamente el correspondiente al promedio de los aportes de los últimos 10 años, pues también puede ser el de los aportes de toda la vida laboral, si este es más favorable; (ii) que se debe privilegiar un monto alto de la mesada pensional, pues este es el derecho principal, mientras que el retiro de los excedentes es un beneficio adicional, y (iii) que el actor no puede pretender optar por una mesada pensional menos favorable, pues ello iría contra su derecho irrenunciable a la seguridad social y al mínimo vital, premisas que no fueron debidamente cuestionadas por la censura.

Resalta que los argumentos del recurrente no demuestran un error fáctico o jurídico; antes bien, coincide con la interpretación del Tribunal en el sentido de que el reconocimiento de la pensión debe tener en cuenta el mínimo vital del trabajador y que no se puede sacrificar el monto de la mesada por privilegiar un beneficio adicional. En apoyo transcribe apartes de la sentencia CSJ SL1059-2018.

VIII. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa, acusa la *«interpretación errónea»* y

«aplicación indebida» de los mismos preceptos del cargo anterior.

En la argumentación reitera que *ad quem* le dio un alcance que no corresponde a los artículos acusados, dado que liquidar la prestación en la forma solicitada no conlleva la renuncia del derecho, como tampoco vulnera la dignidad humana o su calidad de vida.

IX. RÉPLICA

La opositora señala que el cargo carece de demostración, pues lo expuesto no resulta suficiente para acreditar la equivocada intelección de los preceptos legales que se consideran transgredidos, dado que no explica cuál fue la equivocada interpretación que el Tribunal le dio a estos, ni su correcto entendimiento.

X. CONSIDERACIONES

Las glosas de técnica que señala la réplica no impiden el estudio de la acusación, pues la Corte no advierte el planteamiento de nuevos hechos que implique la violación del debido proceso de la opositora.

Asimismo, el actor sí cuestionó que el Tribunal hubiese concluido que su pensión de vejez se reconoció en los términos en los que la solicitó en la demanda inicial, solo que desde una perspectiva jurídica y no fáctica. En

efecto, los cargos se dirigen a demostrar que el *ad quem* interpretó equivocadamente el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 al no advertir que, bien entendido, permite que el afiliado pueda optar por cualquiera de los sistemas de liquidación establecidos en el artículo 21 *ibidem*, si con ello satisface el 70% del ingreso de base de liquidación y demás requisitos exigidos en aquella norma para acceder a excedentes de libre disponibilidad, esto, a fin de obtenerlos en un monto superior aun si su elección le implica una mesada pensional inferior, dado que, a su juicio, ese hecho no lo hace renunciar a ningún derecho mínimo, ni menoscaba su mínimo vital o dignidad humana.

Por lo demás, nótese que es la propia demandada la que acepta que los planteamientos de la censura tienen un carácter jurídico, de modo que así lo entenderá la Corte.

Claro lo anterior, en casación no se discute que: (i) el demandante nació el 29 de diciembre de 1954; (ii) Protección S.A. le reconoció la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, a partir del 1.º de febrero de 2017, y (iii) tiene derecho al pago de los excedentes de libre disponibilidad.

Así, conforme a la argumentación de los cargos, corresponde a la Sala determinar si el Tribunal se equivocó al considerar que conforme al artículo 85 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación al que refiere este precepto debe calcularse con el sistema establecido en el

artículo 21 *ibidem* que arroje un promedio mayor de cotizaciones.

Pues bien, la norma objeto de análisis es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 85. EXCEDENTES DE LIBRE DISPONIBILIDAD. Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos:

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

Del texto transcrito se infiere que habrá lugar a exigir excedentes de libre disponibilidad en la medida en que: (i) desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión en cualquiera de las modalidades legales, en la cuenta de ahorro individual existan recursos adicionales a los necesarios para financiar una pensión igual o superior al 70% del ingreso base liquidación; (ii) la pensión reconocida sea igual o superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y (iii) no exceda de 15 veces este mínimo salarial.

La Corte ha considerado que el IBL que refiere la norma es el contemplado en el artículo 21 *ibidem* (CSJ

SL1059-2018), que puede obtenerse bajo dos sistemas: el primero, consiste en promediar «los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE»; y el segundo, «Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo».

En la referida decisión -CSJ SL1059-2018-, la Corte afirmó que el artículo en comento «busca que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pueda disponer de los excedentes de libre disponibilidad siempre que la cuantía de la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, no sea inferior al 70% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del IPC».

Asimismo, en reciente sentencia CSJ SL2798-2022 la Corte indicó que la norma hace referencia al «promedio salarial de la persona en los últimos 10 años o el de toda la vida laboral», a lo cual es necesario «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» (destaca la Sala en ambas decisiones), sin perjuicio de que el afiliado, debidamente informado, opte porque todo su capital financie la pensión y, en esa medida, no solicite los excedentes de libre disponibilidad.

Sin embargo, en esas oportunidades la Corte no resolvió la problemática aquí propuesta, esto es, se reitera, determinar si en caso de que la situación particular permita calcular el IBL bajo los dos sistemas de liquidación establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el afiliado está obligado a inclinarse por el que le arroje un mayor promedio de cotización, como lo concluyó el Tribunal.

Pues bien, delimitada así la problemática, para la Corte el recurrente tiene razón al señalar la equivocación del *ad quem*, pues en el marco de su libertad de elección propia del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre la disyuntiva de dos sistemas de liquidación podía escoger aquel que, conforme a la proyección pensional e individual respectiva, le permita acceder a mayores excedentes de libre disponibilidad, aun si esto le constituye una mesada pensional inferior a la que obtendría si decidiera acceder a excedentes de menor monto.

Para sustentar lo anterior, debe destacarse que la referencia que hace el artículo 85 en estudio a los referidos sistemas de liquidación del precepto 21, no debe desnaturalizar la estructura y filosofía del régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS (CSJ SL1059-2018).

En pacífica y múltiples decisiones la Corte ha definido que en ese esquema de ahorro los aportes de sus afiliados se incorporan en cuentas de ahorro *individuales* y personalizadas que conforman patrimonios autónomos de su propiedad -artículo 90 de la Ley 100 de 1993-, en el marco de un régimen de capitalización.

Para el caso concreto de la pensión anticipada de vejez, que es la que concierne a este asunto, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 señala que los afiliados pueden acceder a ella *«a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...)»*.

Adicionalmente, el artículo 5.º del Decreto 692 de 1994 estipula que el monto inicial de la pensión de vejez depende de diversos factores, entre otros, de la edad a la cual decida pensionarse la persona, su expectativa de vida y la de su grupo familiar, las tasas de inflación del valor presente actuarial o la selección de la modalidad pensional -artículo 79 de la Ley 100 de 1993 y Circular Externa 013 de 2012: (i) retiro programado; (ii) renta vitalicia inmediata; (iii) retiro programado

con renta vitalicia diferida, (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-.

Así, en este régimen no existe un monto preestablecido de la pensión de vejez, pues ello y su reconocimiento dependerán «*fundamentalmente de la cantidad de recursos acumulados en las cuentas de ahorro individual y de las decisiones y deseos personales*» del afiliado (CSJ SL1168-2019), así como «*de las condiciones personales y familiares del solicitante para encontrar cuál es el monto requerido para el acceso a la prestación*» (CSJ SL5295-2021, CSJ SL5658-2021, CSJ SL 2686-2021 y CSJ SL2512-2021), sin que al respecto puedan acudirse a bases hipotéticas o asumir decisiones que el afiliado no ha tomado (CSJ SL5703-2021).

Precisamente el carácter esencialmente *variable* y *personalísimo* de esta pensión es lo que la diferencia de la que se otorga en el régimen de prima media con prestación definida, en el cual sí es posible *definir* una fecha precisa de la causación, reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez, si se acredita el (los) momento (os) en que se cumplen la edad y el número de semanas cotizadas, así como el retiro del sistema bien sea expreso o tácito.

En ese orden de ideas, las decisiones personales del afiliado cobran especial importancia en este régimen de ahorro individual, por cuanto existe un componente

normativo esencial de libertad y dignidad humana que no puede anularse y solo tiene límite en la salvaguarda de las garantías mínimas e irrenunciables de la seguridad social.

Ahora, debe destacarse que en este asunto el demandante optó por la modalidad de retiro programado. Al respecto, la Sala ha señalado que conforme al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, la *«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»* (CSJ SL2188-2021), y además deben incluirse conceptos como el auxilio funerario o mesadas adicionales y, en general, seguir con estricto rigor las normas que regulan el cálculo del saldo de pensión mínima (especialmente el artículo 9.º del Decreto 832 de 1996, Resoluciones 1875 de 1997, 3099 de 2015 y 3023 de 2017 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público según el caso, CSJ SL2798-2022).

Entre las características principales de esta modalidad pensional, se tiene que la reconoce la AFP con los recursos de la cuenta de ahorro individual del pensionado, en un monto pensional fijado a partir del cálculo previamente proyectado conforme a lo indicado líneas atrás, y que tras su efectivo reconocimiento y pago seguirá siendo esencialmente variable, esto es, la mesada podrá tanto subir como bajar según los riesgos derivados de factores económicos, financieros o personales como extra-longevidad del afiliado y de sus beneficiarios, algún

cambio en su grupo familiar o cuando la variación del IPC está por encima de las proyecciones realizadas.

Asimismo, estos riesgos, por regla general, los asume el afiliado. Lo anterior, sin perjuicio de las consecuencias establecidas legalmente en caso de que la AFP incumpla su deber de controlar permanentemente el saldo de la cuenta de ahorro individual, a fin de que la misma no llegue a un monto inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia (artículo 12 Decreto 832 de 1996), o de su deber de realizar los trámites necesarios para el traslado a la modalidad de renta vitalicia, cuando se percate de que el capital es insuficiente o el pensionado decida cambiar a otra de las modalidades existentes.

Todo lo anterior implica que es el afiliado quien, debidamente informado por la AFP, puede optar por determinar el valor de su pensión en la modalidad de retiro programado y, por esta misma vía, el de los excedentes de libre disponibilidad, asumiendo con ello los riesgos derivados de los diversos factores económicos, financieros y personales que la Corte señaló con anterioridad.

Lo anterior, siempre que acredite que su capital pueda financiar una pensión equivalente al 70% del ingreso base de liquidación, independientemente del sistema de liquidación que se opte, y además la misma sea igual o mayor al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Ya la Corte en sentencia CSJ SL1059-2018, al analizar el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, dejó en claro que la referencia que este precepto hace al ingreso base de liquidación del artículo 21 *ibidem*, no tiene el fin de fijar un parámetro para calcular la pensión de vejez, sino que su «único objeto» es «establecer un parámetro adecuado para medir la correspondencia de la mesada pensional con los ingresos sobre los cuales cotizó el pensionado, estableciendo un tope mínimo sobre el cual puede contratar su pensión con una aseguradora» (subraya la Sala).

En esa oportunidad la Corte indicó que el establecimiento de un *tope mínimo* sobre el cual el afiliado pueda contratar su pensión en cualquiera de las modalidades legales vigentes, tiene el propósito de lograr que la cuantía de la pensión «*guarde equivalencia con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado y su poder adquisitivo no se vea mermado por el hecho de que el pensionado disponga libremente del capital existente en su cuenta de ahorro individual más el bono pensional, si a él hubiere lugar (...)*».

Así, el objetivo del legislador es determinar un parámetro de cálculo que le garantice al afiliado una pensión que responda a su promedio salarial en su vida activa, sin limitarlo a alguno de los dos sistemas de liquidación del artículo 21 y mucho menos al que le permita al afiliado un IBL superior. Lo anterior, más aún si, como se explicó, no es el cálculo del IBL el que

determina el monto pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por tanto, admitir la tesis del Tribunal sería tanto como darle a esa institución jurídica un contenido ajeno al que fundamentó su creación legislativa, en la medida que no responde a los rasgos propios que la ley definió para la construcción y formación de pensiones en el régimen de ahorro individual.

El artículo 85 en estudio simple y llanamente contempla que debe garantizarse que la pensión de vejez, además de corresponder al 110% del salario mínimo y no exceder 15 veces este monto, sea *«mayor o igual al setenta por ciento (70%) del ingreso base de liquidación»*, de modo que el afiliado en caso de que tenga un número de semanas tal que permita calcular el IBL con ambos sistemas de liquidación como sucede en este caso, pueda optar por cualquiera de ellos a fin de ponderar el cumplimiento del supuesto normativo.

Es más, nótese que el hecho de que el legislador también indicara que la pensión *«no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva»*, sin duda alguna lleva el firme propósito de que los afiliados de altos ingresos puedan obtener mayores montos por excedentes de libre disponibilidad y fijando como pensión adecuada hasta 15 veces el salario mínimo.

Nótese que en ese caso se reconoce el objetivo primario de la seguridad social y, en particular, del sistema de pensiones, en el caso concreto de las pensiones de vejez, esto es, amparar esta contingencia a través de una prestación periódica y vitalicia que le asegure una calidad de vida digna y los medios mínimos para enfrenar las contingencias existenciales (CSJ SL1142-2021). Y, además, se le da contenido a la libertad y dignidad del afiliado en sus decisiones personales y pensionales.

En el anterior contexto, para la Sala no puede afirmarse que en este asunto, atendiendo sus particularidades concretas, el actor está renunciando a derechos mínimos por el solo hecho de acceder a una pensión menor a la que obtendría de obtener excedentes de libre disponibilidad en un monto inferior.

Es que para la Sala no puede afirmarse categóricamente que obtener una mesada pensional mayor es más favorable para el afiliado que acceder a mejores excedentes de libre disponibilidad. Lo anterior, además de lo ya explicado, porque ello sería una intromisión en el fuero volitivo de la persona afiliada, que según su deseo individual y personal, y debidamente informado por la AFP, decide si accede o no a excedentes de libre disponibilidad y su monto, así como el valor que pretende para su mesada pensional.

De hecho, no puede olvidarse que el capital de la cuenta individual no solo se compone por las cotizaciones legales, rendimientos financieros y el bono pensional si hay lugar a él, sino por los aportes voluntarios que eventualmente podrían integrar los excedentes de libre disponibilidad, de modo que no es admisible disponer de su ahorro so pretexto de garantizarle una pensión mayor.

Superado lo anterior, es evidente que el criterio que defiende la Corte es el que reconoce el efecto útil del artículo 85 de la Ley 100 de 1993 y maximiza las posibilidades de los afiliados al RAIS en función de acceder a excedentes de libre disponibilidad y a un ingreso pensional vitalicio digno y equivalente al 70% de su promedio salarial, independientemente del sistema de liquidación por el que opte.

En suma, la Corte concluye que:

(i) El fin del artículo 85 de la Ley 100 de 1993 es determinar un *tope mínimo* que corresponda a uno de los promedios de cotización del pensionado -en caso de que el número de semanas permita acudir a ambos sistemas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993-, y no un *máximo* obtenido a partir de una comparación de los dos sistemas de liquidación.

(ii) El monto de la pensión de vejez depende de las decisiones personales del afiliado, sin que se pueda

desconocer ese elemento volitivo y, por esta vía, la decisión de acceder o no a excedentes de libre disponibilidad y su valor. El objetivo legislativo es que la persona afiliada, debidamente informada por la AFP, pueda decidir conforme a sus intereses, con el solo limitante del respeto a las garantías mínimas e irrenunciables de la seguridad social.

(iii) Por tanto, las únicas condiciones que deben verificarse son: (a) que la mesada pensional elegida sea igual o mayor al 70% del IBL calculado con algunos de los sistemas de liquidación aplicables, según el caso, a fin de no comprometer la correspondencia entre la mesada pensional y el promedio de vida salarial del pensionado; (b) que la pensión sea igual o mayor al 110% de la pensión mínima legal mensual vigente, y (c) no exceda de 15 veces el salario mínimo legal mensual vigente.

En el anterior contexto, se evidencia el error hermenéutico del Tribunal, de modo que los cargos prosperan.

Para mejor proveer, se dispondrá que por Secretaría de la Sala se oficie a Protección S.A. para que dentro los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la respectiva comunicación remita el expediente administrativo del accionante, para lo cual deberá allegar los soportes correspondientes.

Cuando se allegue la información requerida, por Secretaría se correrá traslado de ella al accionante por el término de tres (3) días hábiles y, una vez ello ocurra, el expediente pasará al despacho para lo pertinente.

Sin costas.

XI. 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, **CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 10 de septiembre de 2019, en el proceso ordinario laboral que **CLAUDIO ALBERTO GÓMEZ GONFRIER** promovió contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Previo a proferir la decisión de instancia y para mejor proveer, se dispone que por Secretaría de la Sala se oficie a Protección S.A. para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la respectiva comunicación remita el expediente administrativo del accionante, para lo cual deberá allegar los soportes correspondientes.

Cuando se allegue la información requerida, por Secretaría se correrá traslado de ella al accionante por el

término de tres (3) días hábiles y, una vez ello ocurra, el expediente pasará al despacho para lo pertinente.

Costas como se dijo en la parte considerativa.

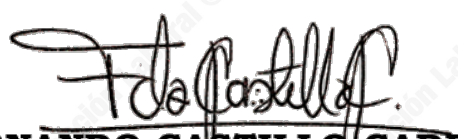
Notifíquese, publíquese y cúmplase.



IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR