



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL3451-2022

Radicación n.º 91255

Acta 29

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de julio de 2020, en el proceso ordinario laboral que **JAIRO SÁNCHEZ MÉNDEZ** promovió en su contra.

I. ANTECEDENTES

El accionante demandó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. para que, previas las declaraciones de rigor, se le ordenara la corrección de la formulación del cálculo actuarial de su pensión de vejez, puesto que fue incluida dentro de la fórmula respectiva, la ficción de designarle un

cónyuge y, en consecuencia, fuera condenada al pago retroactivo de las mesadas ajustadas desde el 1 de mayo de 2018, así como, las causadas a futuro; la indexación de todos los valores susceptibles a ello; lo que resultare probado ultra y extra *petita*, gastos, costas y agencias en derecho.

En soporte de sus súplicas, afirmó que: se vinculó al sistema pensional con la demandada el 1º de enero de 2004; próximo a cumplir las condiciones para el reconocimiento de una pensión solicitó los cálculos estimados de la mesada a percibir; ante la variación significativa frente a tal aspecto elevó petición el 25 de abril de 2018, con el fin de que se le indicara la razón en el resultado de las proyecciones, teniendo en cuenta que el saldo de su cuenta de ahorro individual aumentaba; el «18 de mayo», la entidad respondió indicando que la operación se realizó en la modalidad de retiro programado, pero con sustento en la normatividad vigente era necesario asociar en la formulación, en el caso de afiliados solteros sin beneficiarios, uno de ellos conforme lo estipulado en la Resolución n.º. 3023 de 2017 y la nota técnica aprobada por la Superintendencia Financiera, lo que la obligaba a consentir en la ficción y dentro de la proyección, un consorte; su estado civil es soltero, sin hijos y sin beneficiarios adicionales.

Agregó que: el 27 de junio de 2018, la accionada le reconoció la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, en la que no se tuvo en cuenta el bono pensional de Colpensiones y Ecopetrol; el 19 de septiembre de 2018, se corrigió el monto de su mesada, no obstante, en la

formulación del cálculo para determinarla, además de las circunstancias personales, se aplicó la ficción de asignarle un cónyuge, lo que afectó notoriamente su ingreso, por cuanto la financiación del supuesto consorte se hace a partir de la misma cuenta individual; lo anterior, tuvo lugar, puesto que el administrador tenía la expectativa de que tendría que *repartir* el monto de la cuenta en más años.

Dada la información otorgada, expresó su desacuerdo con la fórmula actuarial aplicada, a lo que la A.F.P., le indicó que la ficción era una medida de protección, previendo una circunstancia futura; manifestación que consideró no tenía sustento en la legislación, la encontraba restrictiva y abiertamente violatoria del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad ante su opción de vida en la que adoptó la soltería.

Skandia S.A., al contestar el escrito generatriz de la controversia, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión; que eran parcialmente ciertos los referidos a la vinculación del accionante puesto que la afiliación al fondo de pensiones obligatorias se llevó a cabo con la suscripción del formulario de afiliación en 1999 con efectividad desde el 1º de marzo de la misma anualidad. En cuanto a los cálculos, precisó que las simulaciones son ejercicios no garantizados por los cambios que pueden darse en rentabilidades, bases de cotización, semanas cotizadas, cambios de la historia laboral, entre otros aspectos; y del realizado para la determinación de la mesada pensional, por

lo que, conforme a la normativa, se estableció la inclusión de un posible beneficiario para proteger aquél adicional que pudiera presentarse.

En su defensa formuló las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, buena fe y la que denominó «*genérica*».

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de diciembre de 2019, absolvió a la entidad accionada de las pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en la instancia.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolverse el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fallo de 23 de julio de 2020, revocó la sentencia impugnada y, en su lugar, condenó a la entidad de seguridad social a recalcular la mesada pensional del señor Jairo Sánchez Méndez, sin la proyección de beneficiarios para el momento de la efectividad de la prestación. Sin costas en la alzada, las de primera instancia a cargo de la demandada.

En lo que estrictamente interesa al recurso de casación, el colegiado estableció como problema jurídico a resolver «*determinar si la AFP demandada debe recalcular la mesada*

pensional otorgada al actor bajo la modalidad de retiro programado, sin tener en cuenta posibles beneficiarios, en el caso afirmativo si hay lugar al retroactivo pensional a partir del 1 de mayo».

No encontró controversia en que el 27 de junio de 2018, se le aprobó al accionante la prestación de vejez, en donde se le informó que debía escoger la modalidad pensional pretendida; que optó por la denominada retiro programado y solicitó recalcular la mesada, lo que fue aceptado por la administradora que la estableció en \$2.617.195 desde el 1º de mayo de 2018.

El fallador recordó las modalidades de pensión en las que se puede administrar el pago de la prestación; el marco normativo del retiro programado, así como, las consecuencias ante la muerte del pensionado, que carece de beneficiarios y, aclaró al apelante que, ante las diversas modalidades, es el afiliado quien la selecciona libre y voluntariamente a sabiendas que la misma consideraba la proyección de beneficiarios, conforme al contrato de la modalidad en comento, obrante a folio 27, los cuales eran aspectos señalados por la normatividad, por manera que no podía hablarse de un trato discriminatorio, cuando el mismo afiliado es quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro. Puesto en esa dimensión el asunto acotó que:

[...] la Sala se aparta de los argumentos expuestos por el Juez de instancia, como quiera que si bien la modalidad de pensión que escogió el demandante (retiro programado) permite incluir beneficiarios para que al momento de fallecer ingresen a la masa sucesoral, lo cierto es que la norma en cita, y el contrato que la

misma demandada puso en conocimiento del actor, no obliga que para calcular la primera mesada pensional deba incluirse una proyección de beneficiarios, pues tan solo otorga la posibilidad de incluirlos, para que en el evento en que fallezca el pensionado, el saldo que obre en la cuenta de ahorro individual entre en la masa sucesoral, y sea cancelado en un solo pago a los beneficiarios designados por el pensionado.

Conforme a lo anterior, concluyó que la administradora demandada debió calcular la mesada inicial sin proyección de beneficiarios, por cuanto del acervo probatorio no extractó la presencia de estos últimos; además, en el interrogatorio de parte, el accionante indicó no tener ninguno, por lo que no debían ser incluidos en el cómputo, situación diferente si el afiliado quería adosar alguno en el futuro, caso en el que la administradora estaba obligada a recalcular la pensión, ingresando a quienes señalara el pensionado.

Así, revocó la decisión de primer grado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita la sociedad recurrente que la Corte «*CASE TOTALMENTE la sentencia recurrida para que, ubicándose en sede de instancia, confirme la sentencia de primer grado. Sobre costas se decidirá según corresponda.*».

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, que no fueron objeto de réplica por el demandante y que, aun cuando se dirigen por vías de ataque diferentes, serán estudiados de forma conjunta por ser complementarios y pretender el mismo fin.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por «*la VÍA INDIRECTA [...] por la aplicación indebida de los artículos 60, 64 y 81 de la Ley 100 de 1993*».

Identifica como errores evidentes de hecho en los que incurrió el colegiado:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que de acuerdo con el contrato que la demandada puso en conocimiento del actor, no es obligatorio que deba incluirse una proyección de beneficiarios para calcular la mesada pensional cuando se ha escogido un retiro programado, ya que ello solo es una posibilidad.
2. No dar por probado pese a que lo está que la demandada le informó al actor que el cálculo de su mesada pensional se hizo con base en la Resolución 3023 de 2017 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Nota Técnica aprobada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Anuncia como pruebas equivocadamente apreciadas: la errónea valoración del contrato de selección en modalidad de retiro programado, folios 75 a 76;. Dejadas de apreciar: la comunicación del 18 de mayo de 2018 dirigida al actor por el representante legal de la demandada (folio 18) y la emitida el 5 de diciembre de 2018, remitida al apoderado del actor.

- Contrato folios 75 y 76

Afirma que se materializa el error, por cuanto en tal documento, no hay elementos de juicio de los que se desprenda que la inclusión de los beneficiarios para la determinación de la mesada, se acordó como una mera posibilidad o una facultad de la administradora de pensiones.

Sobre este particular, cita las cláusulas segunda, quinta y tercera del documento, por ser las únicas que se refieren de manera indirecta al valor de la mesada, insiste que de su lectura no había ninguna disposición que permitiera inferir «*que la inclusión de los beneficiarios en el cálculo de la mesada pensional es solo una posibilidad*» y no una obligación y, por el contrario, del análisis conjunto del texto lo que se concluye es que, sí deben ser contemplados, dado que:

[...] en la tercera se acordó que “los afiliados o los beneficiarios de ley reciben su mesada pensional mediante el egreso directo de los recursos con cargo a la Cuenta Individual de Ahorro Pensional y al Bono Pensional si hubiere lugar a él”; en la quinta se pactó que “...el monto de la pensión está sujeto al comportamiento de los precios de los títulos, valores o participaciones en que se encuentren invertidos los recursos de la cuenta individual, así como al riesgo que el pensionado o sus beneficiarios vivan más allá de las probabilidades estimadas en las tablas de mortalidad emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia...”; y en la sexta se dice que “En la [m]odalidad de Retiro Programado se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de la cuenta de ahorro, incluido el bono pensional, si a él hubiere lugar, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios[...]”.

Por manera que, los beneficiarios deben ser tenidos en cuenta no como una simple opción, de ahí el equívoco del tribunal en la apreciación del documento.

- Comunicación del 18 de mayo de 2018 dirigida al actor por el representante legal de la demandada. Folio 18 a 21.

Se duele de que el fallador de segundo grado no tiene en cuenta la comunicación acusada en la que antes de pensionarse, se le explica al demandante que, en el cálculo de la mesada pensional para afiliados como él, se debía asociar un cónyuge. Para el efecto, cita el aparte de la misiva, para referir que, de haberse valorado, se hubiera percatado que la determinación de la referida mesada pensional no fue fruto de su capricho, sino que se soporta en las normas reglamentarias que rigen la materia y la nota técnica aprobada por el ente de inspección, vigilancia y control.

- Comunicación del 5 de diciembre de 2018, remitida al apoderado del actor.

Afirma que esta documental, de igual manera, no fue valorada, puesto que ella deja ver que, a través del apoderado del accionante, se le dieron a conocer los motivos de la forma en que se calcula su mesada conforme a la Resolución n.º 3023 del 18 de septiembre de 2017 del Ministerio de Hacienda, que obliga en todos los casos a considerar dos beneficiarios; comunicación con la que se acredita que para el cálculo de la pensión de afiliados solteros y sin hijos deben ser incluidos como posibles beneficiarios en la proyección correspondiente, medida que además busca garantizar a aquellos que eventualmente surjan.

Los errores valorativos de la sala sentenciadora incidieron en la decisión, por cuanto la condujeron a ordenar un nuevo cálculo de la mesada, pese a que el que se hizo inicialmente se ajustó a los parámetros legales.

Puso de presente que, esto es consecuencia de que el tribunal edifica su decisión en el entendimiento que dio al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, como presenta en el cargo segundo.

VII. SEGUNDO CARGO

Reprocha la sentencia al violar directamente la ley por *«la interpretación errónea del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, y la infracción directa de los artículos 10, 13, literal c), 60 y 77 de la Ley 100 de 1993, y 2.2.5.5.1, 2.2.6.1.1 y 2.2.6.3.1. del Decreto Unificado 1833 de 2016»*.

El descontento de la entidad recurrente, tras copiar un aparte de la sentencia, se centra en que el sentenciador de segundo grado entendiera que el artículo 81 que de la Ley 100 de 1993, no obliga, en la modalidad de retiro programado, a calcular la mesada pensional, con *«proyecciones que incluyan a los beneficiarios, pues tan solo consagra la posibilidad de hacerlo»*.

Para ahondar en razones, acude al artículo 10 de la Ley 100 de 1993, que establece el objeto del sistema general de pensiones; el literal c) del artículo 13 del estatuto pensional que contempla dentro de las características del mismo, el

derecho al reconocimiento de las prestaciones objeto del sistema; el artículo 60 de la misma norma que refiere que dichas prestaciones dependen, entre otros, de los aportes de los afiliados, empleadores y rendimientos; el artículo 77 que regula la financiación de la prestación de sobrevivientes, para con ello concluir que:

[...] el Régimen de Ahorro Individual está previsto no solo para otorgar prestaciones al afiliado sino también a sus beneficiarios, de lo cual es forzoso entender que la financiación de las prestaciones y los mecanismos para otorgar las prestaciones deben garantizar que la determinación del monto de las mesadas, que en principio se financian con el capital acumulado en la cuenta individual del afiliado, se haga de tal manera que siempre existan sumas suficientes para otorgar las prestaciones a los beneficiarios del afiliado.

El Tribunal no tuvo en cuenta estas normas y se limitó a interpretar el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, pero en forma aislada del contexto normativo del Régimen de Ahorro Individual, y sin tener en cuenta que esta disposición legal también propugna por la garantía de los derechos prestacionales de los beneficiarios y no solo por los del afiliado, de suerte que aquellos deben ser tenidos en cuenta al momento de determinarse el monto de la mesada pensional cuando se ha optado por la modalidad de retiro programado.

Previa transcripción del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, explica que la modalidad está diseñada para *i)* garantizar una pensión a los beneficiarios del afiliado con cargo a su cuenta individual, *ii)* debe financiar una renta vitalicia no solo para el pensionado sino a los referidos beneficiarios, *iii)* el saldo no puede ser inferior al que se requiere para financiar a los beneficiarios en una renta vitalicia de un S.M.L.M.V. También acude a la sentencia CSJ SL3898-2019, para insistir en que, en la determinación de la mesada estos deben ser incluidos y agrega que:

[...]no incide que al momento en que se pensiona el afiliado no tenga beneficiarios, hijos o cónyuge o compañero permanente, pues esta es una situación que no es definitiva porque obviamente es posible que estos se presenten con posterioridad, así el afiliado al pensionarse no lo tenga contemplado, ya que se trata de unas posibilidades futuras y siempre latentes: casarse, formar una familia, tener hijos o adoptarlos. Por esa razón es apenas lógico que el Sistema de Seguridad Social tenga presente a los eventuales beneficiarios que no existen cuando se reconoce la pensión, pero es posible que lo hagan después, ya que no tendría sentido que se queden sin la protección del sistema por privilegiar exclusivamente la mesada del afiliado, como se explicó con anterioridad.

Esa es una razón por la cual las administradoras de pensiones no son autónomas para establecer los criterios financieros y actuariales para efectos de realizar los cálculos de las mesadas pensionales en el Régimen de Ahorro Individual y de los saldos cuando se ha optado por la modalidad de retiro programado. Así se desprende de lo establecido en los siguientes artículos del Decreto 1833 de 2016, ignorados por el Tribunal

Así, cita como artículos ignorados por el colegiado del Decreto 1833 de 2016 el 2.2.5.5.1, referente al retiro programado y el control de saldos en esta modalidad; 2.2.6.1.1; y 2.2.6.3.1. de los cuales extrae que con total precisión determinan la forma de calcular la mesada pensional de la modalidad en comento, lo que no se encuentra sujeto a la voluntad de la administradora, sino que depende de las fórmulas fijadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en anuencia con la Superintendencia Financiera; por manera que de ellas no es posible que el operador de la seguridad social se aparte. Con ello, reafirma que:

En efecto, las equivocaciones jurídicas del Tribunal le impidieron ver que la entidad llamada al proceso le explicó al actor que el cálculo de su mesada pensional se hizo con apoyo en la Resolución 3023 del 18 de septiembre de 2018 proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con la nota técnica que aprobó la Superintendencia Financiera, según lo acreditan

los documentos de folios 18 a 21 y 31 a 32, lo que demuestra que esa forma de calcular la mesada tiene soporte normativo y técnico, como lo concluyó la falladora de primer grado, cuya decisión, en consecuencia, deberá ser confirmada en sede de instancia.

VIII. CONSIDERACIONES

Aun cuando uno de los ataques se dirige por la vía indirecta, no es materia de discusión que: (i) el actor se encuentra pensionado por Skandia S.A.; (ii) escogió la modalidad de retiro programado; (iii) en el cálculo se le asoció una cónyuge como beneficiaria, y (iv) se le recalculó la mesada por efectos de recursos del bono pensional, quedando la misma en \$2.617.195, a partir del 1 de mayo de 2018.

Como se memora, la sala sentenciadora estimó que ni el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, ni el contrato de modalidad de pensión celebrado obliga a que, para calcular la primera mesada pensional, deba incluirse una proyección de beneficiarios pues en su entendimiento, solo otorga una *posibilidad* de incorporarlos para el evento en que fallezca el pensionado y su saldo ingrese a la masa sucesoral.

Soportado en tal motivación ordena el recálculo de la mesada sin incluir la proyección de beneficiarios, por cuanto el accionante manifestó no tener ninguno.

El descontento de la censura gravita en torno a que, no es procedente hacer un nuevo cálculo de la mesada pensional sin la inclusión del beneficiario, esto, con sustento en que el marco normativo, del que no pueden apartarse las

administradoras de fondo de pensiones -A.F.P.-, es el que define la forma de realizar la determinación del valor de la prestación y de ella, en protección a los propios beneficiarios, se obliga a incluir la proyección de los mismos, aspecto que dejó de lado el tribunal al no analizar todas las normas que regulan la materia; así como, erró en la valoración probatoria, por cuanto de la documental acusada no se deriva que la inclusión de aquellos fuera optativa y, al dejar de valorar las comunicaciones referidas por la entidad recurrente, por repercusión, soslayó que se comunicó al actor que la forma en que se estableció su mesada pensional respondía, a la normatividad vigente sobre la materia.

Vistas las cosas en el contexto que acaba de describirse, le corresponde a la Corte elucidar si para el cálculo de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, tratándose de un afiliado soltero y sin beneficiarios, necesaria y rigurosamente se debe incluir la proyección de éstos, al momento de reconocer la prestación.

En aras de dar respuesta a los planteamientos expuestos, desde el pórtico, una cosa ha de quedar en claro. Toda pensión de vejez e inclusive de invalidez, tiene aparejada su correspondiente prestación de sobrevivientes. Entonces, puesta la mirada en tal premisa, se procede con las siguientes consideraciones previas:

i) Finalidad de la pensión de sobrevivientes y su financiación en el régimen de ahorro individual con solidaridad

Esta Corporación ha entendido que, la pensión de sobrevivientes tiene como propósito menguar las consecuencias económicas que se generan en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de uno de sus miembros, afiliado o pensionado al Sistema General de Pensiones, que contribuye de manera sustancial al mantenimiento de dicho grupo; esto con el fin de paliar el cambio abrupto de las condiciones de subsistencia de aquellos que dependían del causante y que han sido considerados beneficiarios de esta protección por la propia ley de seguridad social.

De igual manera, ha razonado que:

[...] **no cualquier familiar** del causante puede ser reconocido como titular de la prestación, solo aquellos que determinan los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, es decir: i) el cónyuge o compañera permanente; ii) los hijos del causante, menores de edad, y aquellos mayores de edad hasta los 25 años (según lo indica la Ley 1574 de 2012), que dependan económicamente del fallecido por razón de estudios; iii) también tiene derecho el hijo que tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y mientras ésta subsista, desde la Ley 797 de 2003.

A falta de los ya citados, la ley habilita que: i) los padres dependientes económicos del causante puedan ser beneficiarios de la pensión, y a falta de estos, ii) los hermanos *inválidos* que igualmente dependan económicamente de aquel, mientras permanezcan las circunstancias de la invalidez. (CSJ SL3312-2020)

Ahora bien, el propio legislador, consciente de que en la estructura del sistema general de pensiones se permitió la coexistencia de dos regímenes pensionales, excluyentes con diferente naturaleza y forma de operar, pero ambos con el ofrecimiento de la cobertura de los riesgos derivados de la vejez, la invalidez y muerte de sus afiliados, estableció, además de los condicionamientos de acceso, beneficiarios y forma de liquidación, las fuentes que financian las mismas.

Acorde con tal finalidad, tratándose del régimen de ahorro individual, el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, consagra cuáles son las fuentes financieras de la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera:

ARTICULO 77. Financiación de las Pensiones de Sobrevivientes.

1. La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora.

El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en razón de cotizaciones voluntarias, no integrará el capital para financiar las pensiones de sobrevivientes generadas por muerte de un afiliado, salvo cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de sobrevivientes. Dicho monto podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte de la masa sucesoral del causante. (Nota: Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 2002, en relación con los cargos analizados en la misma Sentencia.).

2. Las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento.

Cuando la pensión de sobrevivientes sea generada por muerte de un pensionado acogido a la modalidad de retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, el exceso del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional sobre el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes, podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte de la masa sucesoral del causante.

PARÁGRAFO. Los sobrevivientes del afiliado podrán contratar la pensión de sobrevivientes con una aseguradora distinta de la que haya pagado la suma adicional a que se refiere el inciso primero de este artículo. (Nota: Ver Resolución 2 de 2010 de FOGAFIN. D.O. 47.769.).

Conforme al tenor literal del artículo citado, si estamos ante la muerte de un afiliado, que cumpla los requisitos de

ley, claramente el asegurador previsional completa la suma necesaria para garantizar el derecho pensional de los beneficiarios. No obstante, cuando se está ante un pensionado por vejez o por invalidez del R.A.I.S., la fuente que financia la prestación por muerte es el previsto para el pago de la que recibía el causante a su deceso. En otras palabras, será la reserva que el propio pensionado tiene la que garantice en el tiempo la mesada correspondiente al posible beneficiario.

De allí, la importancia en cuanto a que en la definición de la pensión primigenia de invalidez o vejez se incluyan, conforme a la regulación, las diferentes variables que pueden afectar el capital, siendo una de ellas los beneficiarios de segundo orden de quien va a obtenerla, ello, se itera, como quiera y es la reserva del propio pensionado la que garantiza la prestación en el tiempo.

ii) Capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -R.A.I.S.-, para el acceso a la pensión de vejez

Bien se conoce, ciertamente, que es requisito esencial para acceder a la prestación, tratándose de la contingencia de vejez, que el afiliado posea en su Cuenta de Ahorro Individual -CAI- un capital que efectivamente le permita obtener una prestación mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, claro está, en armonía con lo dispuesto en el artículo 35 del mismo estatuto, concerniente a la pensión mínima.

Lo que nos lleva necesariamente a la regulación que permite establecer ese saldo mínimo requerido a efectos de materializar el derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, frente a lo que recientemente ya se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL2798-2022.

iii) Marco normativo que gobierna la determinación del capital necesario o saldo mínimo de pensión para acceder a la prestación de vejez

Esta Corporación ha explicado, con profusión, 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 consagran la manera de realizar su cálculo. Por ejemplo, en las sentencias CSJ SL5295-2021, CSJ SL5658-2021, CSJ SL 2686-2021, que reiteraron la CSJ SL2512-2021, se razonó:

[...] 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).

En ese mismo horizonte, y en la misma providencia, se enseñó que:

[...] el fundamento del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 es, precisamente, que se reconozcan pensiones con recursos

suficientes para su financiación, **en el entendido que es una prestación a largo plazo y con alta probabilidad de ser sustituida en cabeza de los beneficiarios de segundo orden del afiliado**». Negrilla fuera de texto

A lo discurrido se suma que, acorde con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, tanto el reconocimiento de la prestación, como el monto de la mesada pensional, deben guardar correspondencia con lo acumulado en la CAI, toda vez que, una interpretación que escinda del cálculo para acceder al beneficio pensional el valor de la mesada a cancelar, conduce al acceso de la prestación sin el lleno de los requisitos de ley y, esto, por repercusión, golpeará los recursos que en el tiempo permitan el pago de la misma.

Cumple afirmar que desde la reglamentación de 1996, el Decreto 832, modificado por el artículo 2º del Decreto 142 de 2006 y, que se mantiene vigente en el artículo 2.2.5.5.1 del Decreto 1833 de 2016, compilatorio de las normas del sistema general de pensiones se dispuso, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previa consulta a la Superintendencia Financiera, diseñar las fórmulas para la determinación del Saldo de Pensión Mínima, esto es, *«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»*, lo cual, en principio, fue regulado a través de la Resolución n.º 1875 de 1997, adoptada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ocurrió, sin embargo, que la fórmula inicialmente elaborada requirió modificaciones, esto a consecuencia de que la misma no contemplaba aspectos, tales como que: (i) no consultaba los precios del mercado de una renta vitalicia o, el recargo de administración, desactualización por el número de mesadas a reconocer en virtud del Acto legislativo

No. 1 del 2005, (ii) no fijaba las normas para garantizar el pago a los sobrevivientes, pues para ese entonces, si el afiliado no tenía beneficiarios no era calculado el valor presente esperado para financiar la prestación de uno eventual, entre otros aspectos.

Por ello, en el año 2015, la misma cartera, mediante Resolución n.º 3099, modificó la fórmula, atendiendo que las pensiones de salario mínimo, de oficio, se debían reajustar en el mismo porcentaje definido por el gobierno para dicho rubro, de manera que era «[...]necesario establecer un parámetro de crecimiento del salario mínimo en el saldo de pensión mínima de que trata el artículo 9º del Decreto 832 de 1996» y, en el año 2017, nuevamente, se redefine el cálculo mediante la Resolución n.º 3023 de 2017, con la justificación de que:

[...] el Saldo de Pensión Mínima contemplado en el artículo 1º de la Resolución número 3099, en virtud del mandato del artículo 2.2.5.5.1 del Decreto número 1833 de 2016, debe consultar los precios del mercado, y por lo tanto, se requiere modificar la forma en que se realiza la mencionada consulta, estableciendo un procedimiento para su realización y aplicación, el cual debe ser establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

De igual manera, acorde con lo anterior, se adicionará el parágrafo 3º al artículo en mención, para incluir el procedimiento a seguir por las Administradoras de Fondos de Pensiones para aplicar la tasa de interés técnico y las fechas para su implementación.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, las pensiones de vejez, entre otras, del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, podrán adoptar una de las siguientes modalidades a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso: a) Renta vitalicia inmediata; b) Retiro programado; c) Retiro programado con renta vitalicia diferida; o d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

Así mismo, el numeral 2 del literal a) del Artículo 2.31.4.3.2. del Decreto 2555 de 2010 establece una tasa de mercado de referencia para el cálculo de las reservas matemáticas de las entidades aseguradoras, acorde con ellos, se requiere modificar el artículo 1º de la Resolución número 3099 de 2015, para armonizar la tasa de interés técnico, con el cálculo de las reservas técnicas de las compañías de seguros teniendo en cuenta los riesgos inherentes al diseño del retiro programado.¹

Dicho esto, es el artículo 1º de la mencionada Resolución n.º 3023 de 2017, el que regula la forma cómo se determina el saldo de pensión mínima, precepto que se encontraba vigente para la data en que el promotor del proceso solicitó su prestación y, valga decirlo, aún se halla en vigor. El texto es del siguiente tenor:

Artículo 1º. Saldo de Pensión Mínima (SPM). El Saldo de Pensión Mínima, que se define en el presente artículo, deberá ser usado 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, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.2.5.5.1 del Decreto número 1833 de 2016, en relación con los precios de mercado.

El Saldo de Pensión Mínima para efectos de la presente resolución se abreviará como SPM y se calculará de acuerdo con las siguientes fórmulas:

$$SPM(s) = \frac{VA[SMM, \Omega(x, y, \dots), r, f, \Delta, \mu, TM^a, s] + AF(SMM, x, r, f, \Delta, TM^a, s)}{(1 - g)}$$

¹https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-184961%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Donde:

s: Mes de cálculo, $s = 0, 1, 2, \dots, 11$. Asignando los números de la siguiente forma:

0 en 1 enero (31 de diciembre año anterior)

1 en 1 febrero (31 de enero)

....

11 en 1 diciembre (30 de noviembre)

VA: Valor presente actuarial, en pesos, de una renta vitalicia para el causante o sus beneficiarios.

AF: Valor presente actuarial, en pesos, del pago por concepto de auxilio funerario.

SMM: Valor en pesos de un salario mínimo mensual vigente, al momento del cálculo

Para $s=0$

$$VA[SMM, \Omega(x, y, z), r, f, \Delta, \mu, TM^0, 0] =$$

$$SMM \left[\sum_{k=1}^{w(n)} \sum_{t=1}^{12} \frac{M_t \cdot (1+f)^{k-1} (1+\Delta)^{k-1}}{(1+i)^{k-1+t/12}} \cdot {}_{k-1+t/12}P_n \right] (1+\mu)$$

$$AF[SMM, x, r, f, \Delta, TM^0, 0] = 5 \cdot SMM \sum_{k=1}^{w-x} \frac{(1+f)^{k-1} (1+\Delta)^{k-1}}{(1+i)^{k-1/2}} \cdot {}_{k-1/2}q_x$$

Con $1+i = (1+f) \cdot (1+r)$

Para $s=1, 2, \dots, 11$

$$VA[SMM, \Omega(x, y, z), r, f, \Delta, \mu, TM^s, s] =$$

$$SMM \left[\sum_{k=1}^{w(n)} \sum_{t=1}^{12} \frac{M_t (1+f)^{k-1} (1+\Delta)^{k-1}}{(1+i)^{k-1+t/12}} \cdot {}_{k-1+t/12}P_n - \sum_{t=1}^s \frac{M_t}{(1+i)^{t/12}} \cdot {}_{t/12}P_n \right] \frac{(1+i)^{s/12}}{s/12} (1+\mu)$$

$$AF[SMM, x, r, f, \Delta, TM^s, s] =$$

$$\left(1 - \frac{s}{12}\right) \cdot AF[SMM, x, r, f, \Delta, TM^0, 0] + \frac{s}{12} \cdot AF[SMM(1+\Delta), x+1, r, f, \Delta, TM^0, 0]$$

En el que:

M_t : Indicador del número de mesadas

$$M_t = \begin{cases} 2 & t = 6 \text{ (14 mesadas)} \\ & t = 12 \text{ (13 y 14 mesadas)} \\ 1 & t \text{ otro valor} \end{cases}$$

$\Omega(x, y, z)$: Grupo de edades del causante y sus beneficiarios

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

y, z Edad en años, que tendrán los beneficiarios descritos a continuación, a 1º de enero siguiente a la fecha del cálculo, o en la fecha del cálculo, si ésta es un 1º de enero. Si el beneficiario 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 consideran hasta 2 beneficiarios para efectos de simplificar los cálculos, en todos los casos aquellos que determinen el mayor valor de la renta. Se entiende por beneficiarios los enunciados en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

TMⁿ: Tablas de Mortalidad por sexo, asociadas tanto al causante como al grupo conformado con los beneficiarios. Serán las establecidas por la Superintendencia Financiera, y/o las que las complementen o modifiquen para las personas según su clasificación.

$\omega(\Omega)$: Corresponde al número de años necesarios para la terminación del grupo actuarial según la combinación de las tablas de mortalidad aplicables y las características de los beneficiarios. Para el caso del causante, w es la edad en la que finaliza la tabla de mortalidad.

${}_{k-1+t/12}P_n$: Probabilidad de que el grupo $\Omega(x, y, z)$ sobreviva $k-1$ años y hasta el mes t del año siguiente.

Activar Windows

Ir a Configuración de PC para activar W

${}_{k-1+t/12}P_n$: Probabilidad de que el grupo $\Omega(x, y, z)$ sobreviva $k-1$ años y hasta el mes t del año siguiente.

${}_{k-1}q_x$: Probabilidad de que una persona de edad x años, fallezca entre las edades $x+k-1$ y $x+k$.

r: Tasa de interés real aplicable exclusivamente para el cálculo del SPM: para el período comprendido entre la fecha de expedición de la presente resolución y el 31 de diciembre de 2015 la tasa a utilizar será 3,81% efectivo anual real. La tasa que aplicará del 1 de enero de 2016 en adelante deberá ser actualizada y publicada cada seis meses por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de conformidad con la metodología definida a partir del anexo 1, el cual hace parte integral de la presente Resolución.

f: Tasa de inflación, Variación porcentual anual del IPC certificado por el DANE al 31 de diciembre del año A.

$$f = \frac{3 \cdot f_{A-1} + 2 \cdot f_{A-2} + f_{A-3}}{6}$$

Δ : Incremento real esperado del salario mínimo al momento del cálculo, en los términos definidos por el artículo 2 del Decreto 36 de 2015 hoy artículo 2.2.17.2. del Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

μ : Tasa de factor de seguridad asociado al ajuste de los beneficiarios, estimada inicialmente en 0,6%, será revisada cada seis (6) meses por el Gobierno Nacional.

- g: ***Para efectos del cálculo se utilizará un factor de gastos del cinco por ciento (5%), que será revisado cada año por el Gobierno Nacional.***

Parágrafo 1°. Para determinar los recursos con los que cuenta el afiliado, deberá tenerse en cuenta el saldo de la cuenta de ahorro individual, el valor del bono y/o título pensional a que hubiese lugar, el cual se calculará capitalizado y actualizado hasta la fecha del cálculo conforme con la reglamentación vigente, y las cotizaciones voluntarias de conformidad con la normatividad vigente.

Parágrafo 2°. Aplicación del saldo de pensión mínima. La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), al recibir una solicitud de pensión de vejez, en la que el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual sea inferior al monto que resulte de la aplicación de la fórmula establecida en este artículo, iniciará el trámite de Garantía de Pensión Mínima si a ella hay lugar o procederá con la devolución de saldos si se cumplen los requisitos establecidos en la ley.

Por otro lado, si el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual es mayor o igual al monto que resulte de la aplicación de la fórmula establecida en este artículo, la Administradora deberá verificar que el saldo sea suficiente para obtener una pensión en la modalidad de retiro programado, empleando para ello la fórmula de cálculo según su propia nota técnica, depositada en la Superintendencia Financiera de Colombia a fin de obtener un pronunciamiento de no objeción, la cual deberá contemplar como mínimo los parámetros a los que hace referencia el artículo 4° de la presente resolución y que en todo caso será determinada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) con las bases técnicas que considere respaldan adecuadamente la estructura financiera de esta modalidad de pensión.

En caso de que el capital resulte suficiente para financiar una pensión en la modalidad de retiro programado, la Administradora en virtud de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, deberá indicar al afiliado del reconocimiento de la pensión y deberá en virtud del deber de asesoría, informar sobre todas las modalidades de pensión bajo las cuales puede ser reconocida la prestación, incluyendo la modalidad de renta vitalicia y retiro programado; explicando los riesgos y beneficios asociados a cada uno de ellos, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 2.2.6.2.2 y siguientes del Decreto número 1833 de 2016 y del Título 10 del Libro 6 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

En caso de que el capital resulte ser insuficiente para acceder a la modalidad de retiro programado, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá iniciar el procedimiento de cotización de las otras modalidades de pensión aprobadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluyendo la modalidad de renta vitalicia. En aquellos casos en los cuales no se reciba ninguna oferta por parte de las Compañías Aseguradoras de Vida, la Administradora de Fondos de Pensiones deberá guardar soporte del proceso de cotización realizado, el cual debe respetar los lineamientos de los artículos 2.2.6.2.2 y siguientes del Decreto número 1833 de 2016, y deberá indicar al afiliado que el capital acreditado en su cuenta resulta insuficiente, razón por la cual se procederá a dar inicio al estudio de acceso a la garantía de pensión mínima.

En el evento, anteriormente señalado, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá verificar que el afiliado cumpla con los requisitos de semanas y edad establecidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y de ser así deberá proceder a solicitar ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, de conformidad con el artículo 2.2.5.4.4 del Decreto número 1833 de 2016. Para ello la Administradora deberá adjuntar a la solicitud los soportes correspondientes que acrediten, la insuficiencia de capital para la modalidad de Retiro Programado y la falta de ofertas para las otras modalidades de pensión, soportes que deberán ser definidos por la Oficina de Bonos Pensionales mediante instructivo dirigido a todas las Administradoras.

Si el afiliado cumple con el requisito de edad, pero no con el requisito de semanas contemplados en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, se procederá con la devolución de saldos, previa asesoría al afiliado sobre la posibilidad de continuar cotizando y acerca de la posibilidad de trasladar su devolución al mecanismo de beneficios económicos periódicos (BEPS). En caso de que el afiliado no cumpla con el requisito de edad, deberá indicársele que aún no procede la devolución de saldos y la posibilidad que tiene de continuar cotizando

De la normativa en precedencia, emerge una reflexión insoslayable consistente en que cuando el afiliado tiene el capital requerido para acceder a la pensión de vejez y, derecho a cualquiera dentro del régimen de capitalización (Invalidez y Sobrevivientes), por repercusión debe precisarse la modalidad en la cual se va a recibir su pago periódico.

iv) Modalidades de Pensión en el R.A.I.S. y la opción de elección

En los eventos en que surge el derecho a percibir una pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 permite al afiliado la escogencia de la forma en que los recursos que financian su prestación van a ser administrados, a través de las modalidades que establece la misma ley – retiro programado, renta vitalicia, renta vitalicia diferida y, las demás autorizadas por la Superintendencia Financiera, que en la actualidad están contenidas en la Circular No. 013 de 2012 proferida por dicho organismo: renta temporal variable con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, retiro programado sin negociación del bono pensional y renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto; diseño normativo que ha sido estudiado por esta Corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL1309-2021 y CSJ SL3942-2021.

Mas acontece que, la escogencia que debe agotar el afiliado o sus beneficiarios es un paso ineludible, conforme lo ha entendido la Sala «[...] *en aras de que la entidad adquiera certeza sobre la forma y términos en que debe comenzar a satisfacer la prestación, pues mientras ello no suceda, la AFP queda sumida en una total incertidumbre acerca de la manera en que debe comenzar a pagar la obligación que le concierne*» (CSJ SL2645-2016).

Esto es así, por cuanto cada modalidad tiene implícitas unas características propias que incluyen: la entidad que pagará la pensión, los deberes de quien la administra y, aquellos que corresponden al propio pensionado, como también los riesgos que, de cara a la elección, asume la persona que se pensiona. Aquí y ahora, es menester resaltar que en desarrollo del deber legal de la A.F.P., para con su afiliado y conforme lo dispone el Decreto 2555 de 2010, le corresponde dar a conocer todas las condiciones de las diferentes modalidades² y lo establecido en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, Parte II, Título III Capítulo II Numeral 4.

Entonces, en aras de resolver el problema jurídico planteado por la sociedad recurrente, la Sala debe empezar por definir ¿qué es la modalidad de retiro programado?

v). Retiro Programado

Entiéndase como aquellos pagos periódicos de una mesada que puede sufrir variaciones dependiendo, entre otros, de factores económicos, financieros e, inclusive, personales del titular de la pensión como, *verbi gracia*, el cambio en su grupo de beneficiarios y la supervivencia más allá de la expectativa de vida definida por la regulación.

² Resolución n.º. 3099 de 2015, Parágrafo Segundo Inciso 3. En caso de que el capital resulte suficiente para financiar una pensión en la modalidad de retiro programado, la Administradora en virtud de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, deberá indicar al afiliado del reconocimiento de la pensión y deberá en virtud del deber de asesoría, informar sobre todas las modalidades de pensión bajo las cuales puede ser reconocida la prestación, incluyendo la modalidad de renta vitalicia y retiro las cuales puede ser reconocida la prestación, incluyendo la modalidad de renta vitalicia y retiro programado; explicando los riesgos y beneficios asociados a cada uno de ellos, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 2.2.6.2.2 y siguientes del Decreto número 1833 de 2016 y del Título 10 del Libro 6 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

Según las elocuentes voces del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, en el retiro programado, el afiliado o sus beneficiarios disfrutan la prestación financiada con los recursos de la cuenta de ahorro individual del propio afiliado, incluyendo el bono pensional cuando hubiere lugar al mismo y, cuya administración está en cabeza de la administradora de fondos de pensiones y, es por ello que, para determinar el valor de la mesada, año a año se calcula una anualidad que resulta de la división del saldo de los recursos de la cuenta pensional sobre *«el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios»*. Hallado el capital requerido, la mesada, en principio, corresponderá a la doceava parte del mismo.

Valga añadir que la norma dispone que, mientras se esté en esta modalidad, el capital no puede ser inferior al requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, esto con el propósito de que, si los recursos disminuyen se traslade a la modalidad de renta vitalicia a efectos de garantizar en el tiempo la pensión; lo que no es 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»*.

Ahora bien, como el afiliado continúa con la titularidad de su cuenta de ahorro individual, si este muere y no hay beneficiarios o causahabientes, el remanente se destina a financiar la garantía de pensión mínima.

De lo dicho brotan las principales características de esta modalidad:

1. De cara al afiliado. La cuenta de ahorro pensional es de su propiedad; el pensionado asume 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; es revocable por lo que puede optar por cambiarse a otra de las modalidades existentes; el saldo de su cuenta es susceptible de herencia. Su principal obligación es la de entregar toda la información requerida para la determinación de la suficiencia de su capital y, una vez pensionado, informar cualquier cambio que se presente en cuanto a los posibles beneficiarios de la pensión; así mismo, al momento de celebrar el contrato debe indicar una compañía aseguradora con la que, en caso de requerirse la contratación de la renta vitalicia, el administrador pueda adelantar el trámite.

2. De cara a la entidad de seguridad social. Dado que la cuenta permanece bajo la administración de la A.F.P., esta se encuentra obligada a: i) que los recursos existentes sean invertidos conforme se determine en la regulación para el fondo especial de retiro programado creado por la Ley 1328 de 2009; ii) pagar la mesada pensional; iii) efectuar los respectivos recálculos anuales para verificar la suficiencia del capital; iv) efectuar los trámites requeridos 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; v) sustituir la prestación en los beneficiarios del pensionado y 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.

Llegados a este punto del sendero dimana otro cuestionamiento con tales particularidades ¿cómo se efectúa el cálculo?

vi) Cálculo de la pensión y modalidad de retiro programado

La Sala, del ejercicio hermenéutico del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, adujo que la propia administradora debe realizar una proyección del capital con todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, 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»* (CSJ SL2188-2021).

A su vez, es reconocido que en *«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).

Como se señaló, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 da los lineamientos para determinar la mesada, pero a ello hay que adicionar, aun cuando no lo mencione el precepto anotado, el valor del auxilio funerario y, si bien la anualidad se divide en doceavas partes, se debe incluir el pago de las mesadas adicionales según corresponda; de esto deviene que, además del precepto 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 prestación; de ahí que, también encuentra un marco definido, por demás ineludible, en las Resoluciones que definen el saldo mínimo de pensión anteriormente expuesto, aspecto que fue recientemente abordado en la sentencia CSJ SL2798-2022.

De manera tal que, una vez establecido que el saldo de la cuenta es igual o mayor al mínimo de pensión de conformidad con la Resolución n.º. 3023 de 2017 modificatoria de la Resolución n.º. 3099 de 2015, ambas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, le corresponde a la entidad de seguridad social, conforme al inciso 2 párrafo 2 artículo 1 Resolución n.º. 3023 de 2017, corroborar si es suficiente para obtener la modalidad de retiro programado, pero para ello tiene que emplear *«la fórmula de cálculo según su propia nota técnica, depositada en la Superintendencia Financiera de Colombia a fin de obtener un pronunciamiento de no objeción»* y mínimo deberá contemplar los parámetros del artículo 4 de la Resolución 3099 de 2015 *«que en todo caso será determinada por la Administradora de Fondos de*

Pensiones (AFP) con las bases técnicas que considere respaldan adecuadamente la estructura financiera de esta modalidad de pensión», expresamente dispone:

Artículo 4º. *Parámetros técnicos para el cálculo del retiro programado.* Para el cálculo de mesada de Retiro Programado descrito en el segundo inciso del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las Administradoras de Fondo de Pensiones deberán utilizar como mínimo los siguientes parámetros técnicos:

- a) Tablas de mortalidad de que trata el artículo 1º de la presente resolución;
- b) Tasa de interés técnico de que trata el artículo 1º de la presente resolución;
- c) Inflación de acuerdo al parámetro f del artículo 1º de la presente resolución;
- d) Crecimiento de los beneficios pensionales, considerando el promedio de los últimos diez años de la diferencia entre el incremento del salario mínimo mensual vigente y el IPC 12 meses a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE;
- e) Supuesto de afectación del saldo en la cuenta de ahorro por el ajuste de los beneficiarios;**
- f) Supuesto de afectación del saldo en la cuenta de ahorro por el pago de la comisión de administración del fondo de retiro programado. **Negrita fuera de texto**

A no dudarlo, la determinación de la modalidad, en este caso de retiro programado, implica para la A.F.P., el acatamiento de la normativa que contempla los parámetros definidos en las fórmulas de cálculo establecidas, además de la ley, en la regulación y sin dejar de lado que en cabeza del administrador pensional está determinar las bases técnicas para respaldar adecuadamente la estructura financiera de la modalidad, claro está, con la anuencia del supervisor, lo que se materializa en la nota técnica que debe elaborar y presentarle y, aunque suene reiterativo, atendiendo los requisitos antes definidos, pues constituyen los criterios mínimos que deben contener.

La obligatoriedad de la nota técnica también está plasmada en la Circular Externa 013 de 2012, antes mencionada, en donde se instituyeron las condiciones para el ofrecimiento de nuevas modalidades de pensión con la obligación de remitir al supervisor la información mínima requerida con el fin de obtener un pronunciamiento de no objeción respecto de una nueva modalidad a ofrecer.

Ahora y centrado al objeto de inconformidad, claramente con el retiro programado conforme al mencionado artículo 81 se cubre al afiliado y sus beneficiarios y la Resolución n.º. 3099 de 2015 modificada por la n.º. 3023 de 2017, si se contempla dentro de la fórmula, de un lado, para efectos de simplificar el cálculo, la inclusión de 2 beneficiarios e, indica que de los existentes se tomen aquellos que impliquen un mayor valor de la renta y, de otro lado, el supuesto de afectación del saldo en la cuenta de ahorro por el ajuste de los beneficiarios; por ende, no luce desacertado que con fundamento en la máxima de que toda pensión de vejez e invalidez apareja la correspondiente prestación de sobrevivientes que, aun cuando sea una persona soltera, al cálculo se le asocie un beneficiario y, con ello, dejar superada una de las problemáticas iniciales por no estar contemplada en las normas que definieron inicialmente el saldo mínimo de pensión y la modalidad que hoy nos ocupa.

De manera que las normas pensionales, estatuyen un margen de libertad de decisión en el afiliado, no obstante, esta no es absoluta, pues el legislador definió aspectos en los que ni el afiliado, ni el administrador pensional tienen opción

y, en consecuencia, debe cumplir la regla establecida como norma de orden público y de obligatorio cumplimiento.

En realidad es dable identificar 3 tipos de decisiones del afiliado, veamos: (i) donde el afiliado tiene libre escogencia en la selección de régimen y administradora pensional y, tratándose de ahorro individual, la forma en que se invertirán sus recursos – multifondos – y cómo se administrará su pensión – modalidades de pensión; (ii) donde se materializa en la denominada regla de defecto, cuando a pesar de tener la elección el afiliado guarda silencio y la ley asigna la consecuencia, como lo sería, la selección de multifondos antes anotado, y (iii) escogido el régimen pensional, al afiliado se le aplican de manera integral las condiciones del régimen seleccionado y le está prohibido la distribución simultánea de aportes en los diferentes regímenes; en los multifondos, la ley no lo dotó de la potestad de determinar la forma de invertir los recursos, siendo más precisos esto quedó de manera exclusiva en el gobierno a través de la regulación del régimen de inversiones.

Lo mismo ocurre con las modalidades de pensión, puesto que, aun cuando el afiliado selecciona la modalidad en la cual quiere se administre su reserva pensional, no pasa lo mismo frente a la fórmula con la que se determina la suficiencia o no para acceder a la pensión y a la modalidad, esto no es susceptible de escogencia, por manera que tanto la persona como la entidad pensional están sujetas a las reglas definidas por la ley y la regulación que las desarrolla.

Lo expuesto se torna relevante para señalar que no es posible al afiliado que se quiere pensionar cambiar, modificar o escindir la forma en que se determina el cálculo para acceder a la pensión, ni el definido para las modalidades de esta última, lo que corresponde es el cumplimiento de lo determinado en la normatividad y avalado por el supervisor.

No debe olvidarse que, nos encontramos el servicio público de la seguridad social, del que hace parte el sistema pensional que comporta derechos con carácter de irrenunciables, de los que la Nación es garante y de ahí que, la libertad de elección se vea limitada por la propia regulación. Más aun cuando ante un eventual beneficiario, no es posible excluirlo de la garantía pensional.

De esta manera, siguiendo el principio acogido por esta Corporación, aceptar el reconocimiento pensional sin apego a todas las variables y condicionamientos establecidas por la regulación, conlleva el riesgo de que el pensionado no cuente con los recursos suficientes para financiar su prestación y la de sus beneficiarios en el tiempo. Se advierte ello por cuanto, de no acatarlo, se genera el efecto indeseable de que, la reserva que respalda el pago de la prestación se torne insuficiente, lo que claramente acarrea el riesgo al afiliado y sus eventuales beneficiarios de que se agote de manera anticipada su saldo pensional, o que simplemente no haya capital suficiente para el pago de la pensión a los mismos.

No debe dejarse de lado que, una de las obligaciones del pensionado en esta modalidad es precisamente informar

cualquier cambio en la composición de su grupo familiar a efectos de que la administradora recalcule el capital pensional y, se reajuste la mesada pensional, para con ello lograr que su reserva pensional garantice en el tiempo la prestación periódica y, en el evento de que la inclusión del nuevo beneficiario con la revisión del capital se torne insuficiente, está en cabeza de la Nación, como garante de las pensiones y, por ello, es quien define para estos casos el mecanismo para cubrir tal situación. A guisa de ejemplo como se da en la pensión de sobrevivientes en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, que permite que, con cargo a la propia pensión temporal del adjudicatario, se le cotice para que logre una prestación propia o, el mecanismo solidario de garantía de pensión mínima.

Conforme a lo expuesto, fluye palmario el desafuero del colegiado al entender que en la modalidad escogida por el accionante se *«permite incluir beneficiarios para que al momento de fallecer ingresen a la masa sucesoral,»* y que la norma que regula el retiro programado y su correspondiente contrato no obliga en la determinación de la mesada a incluir una proyección de beneficiarios, como quiera que *«solo otorga la posibilidad de incluirlos, para que en el evento en que fallezca el pensionado, el saldo que obre en la cuenta de ahorro individual entre en la masa sucesoral, y sea cancelado en un solo pago a los beneficiarios designados por el pensionado».*

Ello por cuanto el estatuto pensional contempla, de un lado la pensión de sobrevivientes ante la muerte del afiliado o pensionado de invalidez y vejez (artículos 47 y 74), por ende, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 sí considera los beneficiarios sean existentes o no, dentro del sistema pensional y solo ante su inexistencia (artículo 76) al momento del fallecimiento del causante la posibilidad de que los saldos existentes tengan vocación de entrar a la masa sucesoral.

De manera que, el tribunal erró en el entendimiento de la norma al considerar que la inclusión de beneficiarios es una opción y no un deber conforme a las reglas del retiro programado que, el afiliado y la administradora están obligados a seguir.

vii) Caso concreto

Sentadas las bases jurídicas del problema abordado, de la documental adosada se evidencia que la entidad pensional, previa solicitud de información que elevara el señor Jairo Sánchez Méndez, el 18 de mayo de 2018 (fº 18-21 y 81-84) expuso la fórmula de cálculo para acceder a la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado conforme disponía el 81 de la Ley 100 de 1993 informando que: i) obtenía la prestación con cargo a su cuenta individual, asumía el riesgo de extra-longevidad *«(vivir más allá de lo que determinan las tablas de mortalidad utilizadas para el cálculo de la pensión)»*; ii) el riesgo de mercado *(variaciones del saldo acorde a la rentabilidad de los recursos siguiendo los*

parámetros de inversión establecidos por la superintendencia financiera)»; iii) dejó establecido que conforme a la Resolución n.º 3023 de 2017, y la nota técnica aprobada por la Superintendencia Financiera, para su caso como soltero, en el cálculo se asociaba una cónyuge y las condiciones con las que se incluía en la modalidad en comento. La formulación actuarial fue expuesta de la siguiente manera:

[...]

M: Valor de la mesada calculado

C_O: Capital constituido al momento de hacer el cálculo.

VA_((x,y,z)): Valor Presente de una anualidad vitalicia para el causante y sus Beneficiarios.

AF: Valor presente actuarial del pago para Auxilio Funerario

Dónde:

$$i = (1+e) \cdot (1+k) - 1$$

Dónde:

S: El indicador del mes de cálculo

(x, y, z) :Grupo de edades del causante y sus beneficiarios.

x: Edad actuarial del afiliado

y: Edad actuarial del beneficiario o del supuesto de beneficiario.

w_((x,y,z)):Número de años necesarios para la terminación del grupo actuarial de acuerdo a las tablas de mortalidad vigentes

(n-l+t/12) P_((x,y,z)): Probabilidad de sobrevivencia del grupo familiar(x,y,z) de acuerdo a la tasa de mortalidad mensualizada

M_t: Número de mesadas solicitadas

i: Tasa de interés compuesto

e: Tasa de interés técnico, teniendo en cuenta las 4 últimas publicadas por el Ministerio de Hacienda.

k: Tasa de inflación IPC doce meses certificado por el DANE para el mes inmediatamente anterior al cálculo

l.: Promedio de los últimos diez años de la diferencia entre el incremento del salario mínimo mensual vigente y el IPC 12 meses a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

g: Supuesto de afectación del saldo en la cuenta de ahorro por el pago de la comisión de administración del fondo de Retiro y

Advirtiendo que podía optar por la pensión siempre y cuando cumpliera los requisitos y que en su caso resultó:

Fecha nacimiento afiliado	03 de abril de 1956
Fecha nacimiento cónyuge	03 de abril de 1963
Saldo Cuenta Individual al 16/05/2018	\$ 526.086.912
Coutapertes (sic)Bono pendientes a fecha corte	\$ 10.251.367
Fecha de corte	1 ° de noviembre de 1994
Fecha de redención normal	3 de abril de 2018
Semanas cotizadas al S.G.P.	1475
Último ingreso base de cotización	\$ 781.242
Mesadas al año	13

En consecuencia, a la fecha en que le determinaron el valor de la mesada en la modalidad de retiro programado, se le aclaró que las proyecciones se efectuaron con las tablas de rentabilidad de rentistas hombres y mujeres de la Resolución No. 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera y las Resoluciones 3099 de 2015 y 3023 del 2017, antes citadas. Finalmente le aclararon que era un cálculo informativo.

El 27 de junio de 2018, se le comunicó la aprobación de su pensión de vejez y fue requerido para que seleccionara la modalidad pensional, y se le adjuntó un formato de selección con la información de las modalidades de pensión; este fue diligenciado por el actor acogiéndose al retiro programado, y aportando el contrato firmado, la mesada fue reliquidada en su favor por efectos del valor del bono pensional. Posteriormente, ante la inconformidad del cálculo dirigido a tomar el supuesto de existencia de una cónyuge y la solicitud para que se le indicara el texto de la nota técnica, la administradora, el 5 de diciembre de 2018, le recordó lo

dispuesto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que regula el acceso a la pensión de vejez del R.A.I.S., en la Resolución n.º. 3099 de 2015 modificada por la 3023 de 2017, que:

La Resolución 3023 del 18 de septiembre de 2017, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, establece en su artículo 1º dentro del desarrollo de la fórmula para calcular las pensiones bajo la modalidad de Retiro Programado que en todos los casos se debe considerar hasta dos beneficiarios, así:

“(...) Se consideran hasta dos beneficiarios para efectos de simplificar los cálculos, en todos los casos aquellos que determinen el mayor valor de la renta (...)”.

Le dio a conocer que su nota técnica actuarial *«comprende los límites y mandatos de las normas vigentes en Colombia y se ajusta a las recomendaciones de la Superintendencia Financiera de Colombia»*, se incluyó *«que para el cálculo de la mesada pensional para causantes solteros sin beneficiarios adicionales, se asociara un cónyuge de acuerdo a las siguientes tablas determinadas según el estado de validez y género del causante»*, de manera que conforme al género y edad del causante, se asocia un cónyuge asumiendo una diferencia de edad (texto original no resaltado). Las tablas refieren:

[...]

Causantes Válidos		Diferencia de Edad en Años Aplicada al Supuesto de Cónyuge	
		Causante Hombre	Causante mujer
Rango de Edad del Causante	Menores de 60 años	-5 años	2 años
	De 60 a 65 años	-7 años	1 año
	De 66 a 70 años	-8 años	0 años
	De 71 a 75 años	-9 años	2 años
	Mayores de 75 años	-10 años	5 años

Causantes Inválidos		Diferencia de Edad en Años Aplicada al Supuesto de Cónyuge	
		Causante Hombre	Causante mujer
Rango de Edad del causante	Menores de 50 años	-1 años	4 años
	De 50 a 55 años	-3 años	4 años
	De 56 a 60 años	-4 años	1 años
	De 61 a 65 años	-5 años	1 años
	De 65 a 70 años	-5 años	1 años
	Mayores de 70 años	-7 años	1 años

A su vez la A.F.P., aclara al actor que dicha medida **«BUSCA ES PROTEGER AL AFILIADO Y UN POSIBLE BENEFICIARIO, PREVIENDO QUE SI A FUTURO LA PERSONA CONTRAE UN VÍNCULO MATRIMONIAL NO QUEDE DESPROTEGIDO SU COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE»**.

De cara a lo expuesto, se reitera que erró jurídicamente el juez colegiado y, también cometió un dislate, desde lo fáctico al inferir que, de la normatividad de la modalidad de retiro programado y de su contrato se desprendía que no era obligatoria la proyección de beneficiarios en el cálculo que determina el capital suficiente en la mentada modalidad, aspecto que como quedó referido fue informado al hoy accionante.

De los documentos referidos, contrario a lo señalado por el sentenciador, no se evidencia que la A.F.P., se hubiera desviado del marco regulatorio que determina la fórmula del saldo de pensión mínima de la mano con el cálculo de la modalidad seleccionada por el señor Jairo Sánchez Méndez, por el contrario, luce acertado que siendo soltero no le fuera

incluido un beneficiario en aras de la protección de aquel que eventualmente pueda presentarse, lo que como se anotó, no es susceptible de escogencia por parte del afiliado.

En armonía con lo discurrido, el ataque sale victorioso y hay lugar a casar la sentencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En sede de instancia para atender la apelación del reclamante relativa a la información de la modalidad de retiro programado y su cálculo pensional, basten las consideraciones expuestas en la esfera casacional para confirmar la sentencia de primer grado.

Sin costas en segunda instancia. Las de primera a cargo de la parte vencida.

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, **CASA** la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, del 23 de julio de 2020, en el proceso que **JAIRO SÁNCHEZ MÉNDEZ** instauró en contra de la **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; en sede de instancia, se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, del 6 de diciembre de 2019, en la que se

absolvió a la entidad accionada de las pretensiones incoadas en su contra.

Costas como se indicó.

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



IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Salvo voto

Presidente de la Sala



GERARDO BÓTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Jairo Sánchez Méndez

Demandado: Skandia Pensiones y Cesantías

Radicación: 91255

Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena

Con el acostumbrado respeto a mis compañeros de Sala, como tuve la oportunidad de manifestarlo en la sesión en que se debatió el asunto, discrepo del criterio adoptado por la Sala mayoritaria, según el cual para determinar la mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado de un *afiliado soltero que ha manifestado su decisión de no tener beneficiarios*, debe aún así asociarse un beneficiario al cálculo respectivo.

A mi juicio, en este caso en particular, para dar respuesta al planteamiento del recurso de casación, era preciso hacer un análisis que trascendiera la regulación actual, para situarse en el de su constitucionalidad y legalidad y algunas disposiciones de derechos humanos. Y también era necesario diferenciar la finalidad de dicha regulación en dos etapas bien diferentes entre sí: la acumulación, esto es, el periodo en el que se está reuniendo un capital que pueda financiar una pensión de vejez, y la desacumulación, momento en el que el afiliado efectivamente puede acceder a ella y se establece el valor real de la mesada pensional que recibirá.

A continuación, expongo las razones de mi criterio:

1. La conclusión que defiende la Sala no la extraigo de una interpretación estrictamente gramatical de las normas que regulan el asunto y que la Sala efectivamente aplicó e interpretó, a saber, los artículos 64 y 81 de la Ley 100 de 1993 y las fórmulas que el Gobierno Nacional estableció en la Resolución 3099 de 2015, modificada parcialmente en la 3023 de 2017, que en efecto son las pertinentes para determinar si el capital de la cuenta individual puede financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Y tampoco pretendo extenderme en detalles acerca de la forma de calcular las pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS.

Mi interés se centra en destacar que, conforme a esas normas, en el cálculo de la reserva actuarial se incluye la probable o potencial existencia de beneficiarios del pensionado, bien sea hijos menores de 18 años o hasta 25 si están estudiando, cónyuges o compañeras permanentes, padres, hijos mayores de edad o hermanos en condición de invalidez económicamente dependientes; así como en que tal regulación, aun en gracia de discusión de aceptar su admisibilidad, debe tener un alcance diferente en las etapas de acumulación y en la de desacumulación.

Ello tiene soporte legal en los artículos 80 y 81 de la Ley 100 de 1993, que al regular las dos modalidades más relevantes de este régimen de capitalización -renta vitalicia y retiro programado, respectivamente-, estableció que la unidad de renta vitalicia mensual se calcula tanto para la pensión del afiliado *hasta su*

fallecimiento como para el pago de pensiones de sobrevivientes de sus beneficiarios.

La importancia de incluirlos en el cálculo radica -dicho de forma muy sencilla- en que mientras más beneficiarios existan, el capital podría verse más afectado en su fase de desacumulación, dado que tendría que tener la capacidad de financiar no solo la pensión del afiliado, sino la de los beneficiarios con derecho; o también, evitar una posible falta de recursos cuando llegare a existir un beneficiario en esa etapa, pese a que no se previó y el Estado entonces tuviese que asumir una carga económica para poder garantizar la continuidad del pago de la prestación, por ejemplo, de salario mínimo.

Sin embargo, lo anterior configura **probabilidades**, de modo que si bien a partir de estas se elaboran las fórmulas de proyección pensional, puede que el pensionado al morir no tenga ningún beneficiario, o tenga muchos más de los previstos en el cálculo.

Precisamente por lo anterior, la Resolución en comento establece que en el cálculo «*Se consideran hasta 2 beneficiarios para efectos de simplificar los cálculos, en todos los casos aquellos que determinen el mayor valor de la renta*», y también calcula la probabilidad de que un grupo familiar sobreviva. Recuérdese que simplificar consiste en «*reducir una expresión, cantidad o ecuación a su forma más breve y sencilla*»¹.

Por tanto, es claro que la norma técnica parte de que el afiliado tenga beneficiarios probables con derecho y los *simplifica*

¹ <https://dle.rae.es/simplificar>.

en 2, aun cuando puedan ser más, pues insisto, se trata de probabilidades.

Bajo este entendido, considero que si la persona ha manifestado que no tiene beneficiarios y tampoco es su intención tenerlos, no habría razón jurídica para que su mesada pensional se vea afectada *asumiendo* hipotéticamente que sí los tendrá. Es así de claro: la mayoría asume que la persona tendrá un beneficiario y se aparta del evidente contenido de la nota técnica, que pretende *simplificar* el número de beneficiarios; sin embargo, reitero, ello no tiene cabida cuando no hay beneficiarios, precisamente porque no habría nada que simplificar.

Además, nótese que el criterio de la Corte podría entrar en contradicción con lo indicado en reciente sentencia CSJ SL5703-2021, en el sentido de que no es posible incluir en el reconocimiento y cálculo de la pensión de vejez bases fácticas meramente hipotéticas, dado que ello desconoce otros derechos que son de uso exclusivo del afiliado.

Y si bien puede ser entendible que la previsión en comento pretende descartar la posibilidad de que se hagan proyecciones de mesadas pensionales sin beneficiarios pero que en el futuro puedan existir y que el capital acumulado no sea suficiente para financiar la pensión a aquellos, como se indicó, su finalidad en la etapa de acumulación es diferente, en la que básicamente se hacen proyecciones respecto a las expectativas de una mesada pensional de un afiliado, mas no así en la de desacumulación, cuando se calcula el valor de la mesada pensional efectiva que debe recibir y aquel manifiesta que no tiene beneficiarios.

2. La Sala no le da relevancia al hecho de que en un retiro programado, modalidad que eligió el actor en este asunto, por definición el pensionado **asume el riesgo** de que el monto de la prestación suba o baje por diversos factores económicos o financieros², o por factores como la extra-longevidad, o el cambio de beneficiarios o de alguno de los miembros de su grupo familiar.

A diferencia de lo anterior, en la renta vitalicia el afiliado contrata un seguro de forma directa e irrevocable, a través del cual autoriza a la AFP a trasladar a la compañía de seguros que elija, todos los saldos de la cuenta de ahorro para el pago de una renta mensual hasta el fallecimiento del afiliado y el de la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que estos tengan derecho.

Por tanto, en la modalidad de renta vitalicia el afiliado **no asume ningún riesgo** y todas las afectaciones del capital las asume la aseguradora y eventualmente el gobierno nacional en el caso de deslizamiento o *descalce* del salario mínimo que pueden presentar las pensiones, esto es, la diferencia que surja entre el cambio porcentual del salario mínimo legal vigente y la variación porcentual del IPC del año anterior certificado por el DANE.

En el anterior contexto, si uno siguiera rigurosamente lo dispuesto en la ley -pues como lo explicaré más adelante en el numeral 4 de esta salvamento, las consecuencias jurídicas y prácticas de estas modalidades pensionales, a mi juicio, tienen problemas de constitucionalidad-, parecería lógico que al momento de calcular el saldo de pensión mínima en una renta vitalicia, en la cual, reitero,

² Esto, sin perjuicio de que la unidad de renta vitalicia que se calcula anualmente en esta modalidad de retiro programado, a mi juicio, deba mantener su poder adquisitivo constante, pero esta es una discusión que rebasa el tema central de este asunto.

el afiliado no asume riesgos, el monto reconocido de la pensión se mantiene en el tiempo y se incrementa periódicamente con el IPC, se pueda entonces incluir por lo menos un beneficiario probable a fin de realizar la reserva previsional respectiva que financie su probable pensión, en caso de que la persona al momento del cálculo no tenga ninguno cierto e incluso manifieste que no tiene la intención personal de tenerlo, pues la *probabilidad* siempre existirá.

Sin embargo, no llego a esa misma conclusión si de lo que se trata es de calcular un saldo de pensión mínima en retiro programado, dado que, en esta modalidad, insisto, **es el pensionado quien asume los riesgos**. En este sentido, si este es soltero y manifiesta expresamente su intención personalísima de no tener hijos ni otros beneficiarios, no parece justificado que se le exija incluirlos en el cálculo del monto pensional. Y por el contrario, si posteriormente llegaren a existir beneficiarios, el riesgo de la disminución del valor de la pensión lo debe asumir el pensionado, conforme a lo establecido en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993. Esto por supuesto es más claro en el caso de prestaciones superiores a una pensión mínima o de un salario mínimo.

Ahora, desde esta visión hermenéutica, que es estrictamente gramatical, en el evento de que llegare a existir un beneficiario, el pensionado debería informarlo inmediatamente a la AFP a fin de que realice el recálculo anual de la unidad de renta vitalicia conforme al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, y también estaría obligado a asumir las afectaciones del capital y la consecuente disminución de su pensión, y en caso de que la reserva sea insuficiente para pagar por lo menos una *pensión mínima*, serán los aportes del Estado los que deben entrar a

financiarla como componente de solidaridad del régimen de ahorro individual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 100 de 1993.

3. La mayoría de la Sala tampoco recaba en que el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 establece que el saldo de la cuenta de ahorro debe recularse anualmente «*por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios*» (subrayo).

En este sentido, anualmente se tiene la posibilidad de verificar la existencia de beneficiarios diferentes a los declarados en el primer cálculo, a fin de determinar la afectación que esto podría generar en el monto de la pensión. De modo que hasta tanto no ocurra el cambio en la situación familiar del pensionado, no tiene ninguna justificación que se le obligue a recibir una mesada pensional inferior por la inclusión en la reserva actuarial de un beneficiario inexistente.

Este criterio de la Sala tampoco considera que el ahorro individual del afiliado tiene el fin de construir su propia reserva pensional que enfrente las diferentes contingencias del sistema. Desde esta perspectiva, es claro que se anula esa finalidad normativa si se le impone asumir adicionalmente la reserva de un beneficiario inexistente y que va en contra de sus deseos personales, pues implican más trabas para lograr el financiamiento de su pensión.

Además, con este razonamiento, finalmente se está privilegiando un factor capitalista y hereditario que, en estricto rigor conceptual, es ajeno a la seguridad social. Ello porque, respectivamente: (i) se protege el capital monetario de la cuenta

en desmedro del monto pensional, y (ii) al morir el pensionado sin beneficiarios con derecho, el saldo de la cuenta proyectado para financiar su pensión pasaría a la masa sucesoral, por lo que el capital no lo disfrutaría quien hizo el esfuerzo de ahorro sino, eventualmente, personas que incluso podrían no hacer parte del núcleo familiar más cercano del pensionado; o incluso ninguno de ellos y corresponder al Estado en caso de no existir herederos.

Por tanto, en ese caso, se estaría desconociendo la decisión individual del afiliado o su voluntad de no dejar ningún capital para esa masa sucesoral, como sería en este caso en particular.

4. Ahora, al margen de todo lo expuesto hasta ahora, si se realiza una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, es preciso ahondar en si es constitucionalmente válido que un afiliado o pensionado tenga que asumir las consecuencias económicas que la existencia cierta o probable de beneficiarios afectan a su cuenta de ahorro individual.

En mi opinión, esa imposición desconoce varios derechos humanos y constitucionales, como lo explico a continuación:

4.1. El libre desarrollo de la personalidad del afiliado. Este derecho humano, fundado en la libertad, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse sin intromisiones ni presiones de ninguna clase a efectos de alcanzar un modelo de vida acorde con sus propios intereses (CC C-336 de 2008).

En ese sentido, puede afirmarse que ningún ciudadano debe verse abocado a sujetar decisiones personales como la de contraer matrimonio o conformar una unión marital de hecho, constituir una familia, tener hijos, o asumir la responsabilidad de apoyar

económicamente a un hijo o hermano en condición de invalidez, a las consecuencias económicas que ello podría tener en su pensión futura, que es lo que finalmente contempla la ley al señalar que, entre más beneficiarios, menor monto de la pensión.

Y esta afectación, si bien, no solo se vislumbra en la fase de desacumulación, sino en la acumulación del capital de la cuenta, pues el afiliado podría estar sujetando dichas decisiones personales respecto a su familia más cercana, a la afectación que esto podría generar en su monto pensional a futuro, el alcance que tal regulación debe ser totalmente diferente en la etapa de la desacumulación, como ya se ha explicado. Esto, pese a que la familia es una institución básica de la sociedad, medular y fundante del Estado Social de Derecho (artículo 5 de la Constitución Política).

Por lo demás, la regulación objeto de crítica parece estar sementada en un concepto de obligatoriedad de constitución de una familia, que en la actualidad es arcaico porque no todas las personas necesariamente quieren constituir o tener hijos, como se anotó.

4.2. También se vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación, dado que una persona con idénticos aportes al sistema pensional puede recibir una pensión inferior solo porque en su existencia sentó bases fácticas de configuración de beneficiarios con derecho, a diferencia de quien bajo su autonomía personal decidió no tenerlos.

4.3. Y por igual vía, con lo anterior no se le otorga al afiliado o pensionado un trato acorde con la condición humana de la persona (CC T-291-2016), por lo que se vulnera adicionalmente el

derecho a la dignidad humana.

4.4. Conforme lo anterior, en mi opinión, en un análisis constitucional del asunto en concreto, conforme al artículo 4.º de la Constitución Política, la Sala debió concluir que el cálculo del saldo de pensión mínima en el RAIS no debería incluir el factor beneficiario en la reserva previsional, en ninguna de las modalidades pensionales actualmente vigentes, máxime cuando en la etapa de desacumulación el afiliado manifiesta que no tiene beneficiarios.

Ahora, conforme al diseño de este modelo pensional, la reserva previsional de los beneficiarios podría ser asumida por el Estado o incluso por el mercado de seguros, dado que, como lo expliqué, la existencia de beneficiarios con derecho es una probabilidad, estrictamente aleatoria.

Por tanto, ha debido considerarse que el legislador incurrió en una omisión legislativa, cuyas consecuencias no deben ser asumidas por los ciudadanos.

Pensar lo contrario, esto es, continuar atribuyéndole al afiliado o pensionado las consecuencias económicas que sus decisiones personales tienen en la formación de su derecho pensional, simple y llanamente sería tanto como admitir la inconstitucionalidad de las modalidades pensionales, pues entran en clara tensión e incompatibilidad con los derechos humanos y fundamentales que referí antes.

Adicionalmente, en lo que estrictamente tiene relación con la modalidad de retiro programado, aceptar que la mesada pensional en la etapa de desacumulación debe calcularse con un

probable beneficiario, pese a que no lo hay, desde una perspectiva constitucional, ello sería contrario al artículo 53 de la Constitución Nacional, que establece que la ley -como las normas que regulan esta modalidad pensional-, los acuerdos o contratos - por ejemplo, los que los pensionados suscriben al momento de elegir una modalidad pensional, como el retiro programado- no pueden menoscabar su libertad y dignidad humana³.

Por estas razones, salvo mi voto.

Fecha *ut supra*.



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Magistrado

³ Lo anterior, además de los otros riesgos económicos y financieros que en teoría también asume el pensionado y que, en puridad de verdad, no le son imputables, dado que el deber de controlar los saldos de la cuenta pensional le corresponde a la AFP - artículo 12 del Decreto 832 de 1996- y es quien está obligada a contratar una renta vitalicia que garantice el mantenimiento del valor de la pensión recibida, una vez advierta que los saldos comprometen su reajuste periódico y anual.