RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado ponente

SL1059-2018
Radicación n.° 39461
Acta 12

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por **ROBERTO PRIETO DÍAZ** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de octubre de 2008, dentro del proceso ordinario laboral que promovió contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Roberto Prieto Díaz demandó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, previos los trámites del proceso ordinario, fuera condenada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, a partir del 27 de agosto de 2002, bajo la modalidad de renta

vitalicia; los excedentes de libre disposición *"a los cuales haya lugar"*; la indexación; lo extra y ultra petita; y las costas del proceso.

Señaló que se afilió a la demandada el 28 de enero de 1999; que por *"haber cotizado durante su vida laboral al ISS, hubo lugar a un traslado de aportes, el cual causó el correspondiente bono pensional, del cual se expidió el día 31 de marzo de 2000, la constancia de depósito expedida por el Depósito Central de Valores de Colombia",* por valor de $121.126.000; que al momento del traslado tenía 47 años, 4 meses y 16 días de edad; que el monto de la cuenta pensional de que era titular ascendía a $208.365.424; que había solicitado a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero ésta se la había negado.

La entidad llamada a juicio se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la afiliación del actor a esa AFP, la expedición del cupón del bono pensional por parte de la Oficina de Bonos Pensionales y haber negado la pensión de vejez al demandante. En su defensa propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones que se pretendían deducir en juicio a cargo de la demandada, cumplimiento de las obligaciones legales que correspondían a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., buena fe, falta de causa para pedir y la genérica.

Llegada la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del

litigio, de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandante desistió de la pretensión relativa al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cuanto la demandada le había reconocido dicha prestación mediante Resolución No. 6331 de 2003 (Folios 67 a 68). Dicho desistimiento fue aceptado por la juez de conocimiento, motivo por el cual el proceso continuó únicamente respecto de la pretensión de restitución de los excedentes de libre disponibilidad y la indexación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 15 de abril de 2005, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la demandada a restituir y pagar al demandante los excedentes de libre disponibilidad *"que existan en valor real a la fecha del presente fallo, con sus respectivos rendimientos financieros (…)."*

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral de Descongestión, en la sentencia aquí acusada, revocó la de primer grado y, en su lugar, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Consideró el *ad quem* que no era objeto de discusión que, mediante Resolución No. 2003-6331 del 24 de octubre de 2003, la demandada le había reconocido al demandante una pensión anticipada de vejez, en la modalidad de renta

vitalicia inmediata, en cuantía inicial de $391.244, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; que el debate se centraba en determinar si al momento de pensionarse, el actor contaba con excedentes de libre disposición dentro del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional más los bonos pensionales reconocidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto de Seguros Sociales, en los términos del artículo 85 ibídem.

Luego de transcribir el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, el Tribunal consideró que para que existieran excedentes de libre disponibilidad no solo se debía acreditar la existencia de excedentes dentro de la cuenta de ahorro individual más los bonos pensionales, sino que era necesario probar que se había convenido una pensión en cualquier modalidad dentro del régimen de ahorro individual, donde se garantizara que el valor de la renta vitalicia inmediata fuera mayor o igual al 70% del Ingreso Base de Liquidación, que no excediera de 15 veces la pensión mínima vigente y que no fuera inferior al 110% de dicha pensión mínima vigente; que de la Resolución por la cual la demandada le había reconocido la pensión anticipada al actor se observaba que el valor de la prestación era de $391.244, es decir, superior al 110% de la pensión mínima vigente para el 2003; que, sin embargo, no había prueba que acreditara que dicho monto fuera igual o superior al 70% del Ingreso Base de Liquidación de la pensión, es decir, *"que el actor no cumplió con la carga de acreditar que había contratado una pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia inmediata que fuera igual o superior al 70% del IBL";* que como no se habían acreditado

los supuestos de hecho de que trataba el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, se concluía que no había lugar a excedentes de libre disponibilidad.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandante y con él pretende que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal para que, en sede de instancia, confirme la dictada por el *a quo*.

Con la finalidad descrita propone un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado y enseguida se estudia.

V. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 64 y 85 de la Ley 100 de 1993, derivada de la infracción directa de los artículos 53 de la Constitución Política; 5, literal a, de la Ley 57 de 1887; 59, inciso 2, y 60, literal a, de la Ley 100 de 1993.

En la demostración, transcribe el censor un aparte de la sentencia del Tribunal para aducir que, dada la vía escogida para el ataque, no controvierte que el demandante era titular de una cuenta de ahorro individual administrada por la demandada; que ésta, mediante Resolución No. 2003 – 6331 del 24 de octubre de 2003, le reconoció al promotor del proceso una pensión en la modalidad de renta vitalicia; y *"que la pensión reconocida equivale al 110% del salario*

mínimo y que fue sobre ese salario que se liquidó y reconoció y que los excedentes reclamados existen". Enseguida, transcribe el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 para señalar que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad solo hay un requisito para tener derecho a la pensión de vejez: *"contar en la cuenta de ahorro individual con un capital suficiente para financiar una pensión mensual que sea equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la solicitud de reconocimiento de la prestación";* que de dicha regla general se deriva la característica propia del régimen, contemplada en el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez e invalidez o de sobrevivientes, así como a las indemnizaciones contenidas en este título,* ***cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros,*** *y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar";* que el sistema fue concebido sobre el principio del ahorro, de manera que el afiliado que, no obstante satisfacer el requisito previsto por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, quiera mejorar el monto de la prestación podrá seguir cotizando hasta el momento en que reúna un capital que le permita financiar una pensión más alta; que *"en tratándose de pensiones de vejez en el régimen de prima media, el INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN es el salario mínimo, habida cuenta de que el monto de la pensión no dependerá de promedios de salarios sobre los que se hicieran aportes, sino del nivel y la capacidad de ahorro del afiliado, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 59, conforme con el cual el régimen de*

*ahorro individual '**está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros**'"* (Negrillas del texto)*;* que el concepto de Ingreso Base de Liquidación previsto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 no es aplicable en el régimen de ahorro individual, pues en éste el monto de la pensión no está supeditado a la densidad de cotizaciones, sino a la capacidad de ahorro del afiliado; que si el artículo 21 de la ley de seguridad social fuera aplicable al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, *"los artículos 60, 62 y 64 de la Ley 100 serían ineficaces, puesto que si la pensión corresponde a un porcentaje de los salarios sobre los que se efectuaron cotizaciones, no podría haber pensiones mínimas correspondientes al 110% del salario mínimo, ni aportes voluntarios, y se llegaría al punto de que en Ahorro Individual el monto de la pensión no estaría determinado por la capacidad de ahorro del afiliado sino por su densidad de cotizaciones"*; que si ello fuera así no habría ninguna diferencia entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Agrega la censura que el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 consagra un beneficio para los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consistente en *"obtener la devolución de los saldos de su cuenta de ahorro individual excedentes de la financiación de una pensión de vejez en los términos del artículo 64 ibídem",* cuyos requisitos son: i) haber contratado una pensión de vejez, lo cual solo es posible previo cumplimiento del requisito establecido por el

artículo 64 de la Ley 100 de 1993; ii) que la pensión contratada sea mayor o igual al 70% del ingreso base de liquidación, sin superar 15 veces el salario mínimo mensual legal vigente, y iii) que la pensión sea igual o superior al 110% del salario mínimo; que al encontrarnos ante una pensión de vejez regulada por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, *"el IBL aplicable es el previsto por el artículo 64 de la ley 100 de 1993, es decir, el 110% del salario mínimo vigente al momento de la solicitud de reconocimiento de la pensión";* que el Tribunal interpretó erróneamente el literal a) del artículo 85 de la Ley 100 de 1993 al considerar que para que fuera procedente la devolución de los saldos existentes a favor del actor, era necesario acreditar que tal pensión *"correspondía al 70% del IBL calculado de conformidad con lo previsto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma exclusiva del Régimen de Prima Media con Prestación Definida";* que tal interpretación desconoce el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, por cuanto el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no contempla la figura del Ingreso Base de Liquidación para la determinación del monto de la pensión; que al incurrir en ese error el Tribunal omitió dar aplicación al principio de favorabilidad previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, pues no obstante existir unos excedentes, el Tribunal negó su reconocimiento; que la aludida interpretación errónea le impidió al *ad quem* dar correcta aplicación a la normatividad propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que introdujo un elemento ajeno a dicho régimen, cual es el Ingreso Base de Liquidación de que trata el artículo 21 de la Ley 100 de 1993,

lo que *"rompe con la sistematicidad* (sic) *del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad".*

El censor finaliza la demostración del cargo diciendo que si el juez de apelaciones hubiera interpretado correctamente el literal a) del artículo 85 de la Ley 100 de 1993:

> *"a. Habría tenido en cuenta que el requisito exigido por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 para la causación de la pensión de vejez en este régimen es la acreditación de un capital suficiente para financiar una pensión mensual equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> *"b. Habría tenido en cuenta que el monto de la pensión en el régimen de ahorro individual no está sujeto a una densidad de cotizaciones, sino a la capacidad de ahorro del afiliado, tal como lo disponen los* (sic) *el inciso segundo del artículo 59 y el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *"c. Habría tenido en cuenta que ante la existencia de una norma especial, como lo es el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que determina el monto de la pensión que reconoce el régimen, no es posible traer a colación lo dispuesto por el artículo 21 ibídem, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1) del artículo 5º de la Ley 57 de 1887.*
>
> *"d. Habría dado aplicación al principio de la Situación Más Favorable, contenido en el artículo 53 Constitucional, para interpretar el literal a) del artículo 85 de la Ley 100 de 1993."*

VI. LA RÉPLICA

Aduce que la censura confunde el derecho que le asiste a un afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a acceder a una pensión de vejez con el derecho que le asiste a que, una vez concedida la pensión, pueda retirar de su cuenta individual el excedente de libre disponibilidad que hubiere. Enseguida, reproduce los artículos 64 y 85 de la Ley 100 de 1993, para argumentar que para que al afiliado se le entreguen los excedentes de libre disponibilidad, además de lo previsto en el precitado artículo 64 ibidem, es imprescindible *"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"*; que, en ese orden, no existe ninguna discrepancia entre lo dispuesto por los artículos 64 y 85 de la ley de seguridad social; que la exigencia que añade esta disposición no es vana, ya que busca que el pensionado pueda llevar una vida futura congrua, acorde con la que ha mantenido en el pasado, *"tratando de garantizarle a quien llevó un tren de gastos que más o menos correspondía a su ingreso base de liquidación el que pueda sobrellevar el porvenir con no menos de un 70% de éste, situación más crítica y evidente entre más lejano se encuentre ese hipotético ingreso base de liquidación del salario mínimo legal";* que es un *"garrafal desacierto"* del censor aducir que el concepto de Ingreso Base de Liquidación no es aplicable en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues si bien es cierto que el valor de la pensión solo está supeditado a reunir un capital que garantice cierto monto mínimo de mesada, la

posibilidad de retiro de los excedentes de libre disponibilidad únicamente tiene sentido cuando, superado dicho mínimo, se obtenga un ingreso periódico que permita suponer la posibilidad de una subsistencia congrua; que *"En resumen: a) Tiene derecho a acceder a una pensión de vejez quien reúna el dinero necesario para que se le pueda pagar una pensión que como mínimo equivalga al 110% del salario mínimo legal mensual b) Si el capital acumulado garantiza una mesada pensional superior, ésta es la que se erogará hasta que su cuantía se eleve a un nivel equiparable al 70% del ingreso base de liquidación c) Únicamente a partir de esa situación, la ley faculta al pensionado para retirar de su ahorro el capital que supere lo requerido para asegurar tal mensualidad (70% del ingreso base de liquidación)"*.

Aduce que si subsistiera alguna duda se debe tener en cuenta que el bono pensional del demandante había sido *"emitido a una tasa del IPC+3% se transó a una tasa del IPC+8,9% lo que, por supuesto, implicaba recibir un valor muy inferior al que teóricamente tenía al instante de su negociación en la bolsa de valores, y más si se tiene en mente que su vencimiento era bastante remoto"*; que en consecuencia, al existir una redención anticipada del bono pensional del actor, el título se negoció por un valor muy inferior al valor presente del mismo; que *"el dinero obtenido después de esa venta, sumado al ahorro acumulado en la cuenta individual del señor Prieto, sólo le alcanzaba para obtener una mesada pensional inicial de $391.244 o, lo que es igual, del 117,8% del salario mínimo legal vigente en octubre de 2003 y en todo caso inferior al 70% del ingreso base de liquidación (…)";* que

el censor no respeta la técnica del recurso de casación ya que el Tribunal no dijo que la pensión del demandante había sido liquidada sobre el 110% del salario mínimo ni que existían excedentes de libre disponibilidad, como lo afirma el recurrente; que los argumentos presentados por la censura son de estirpe fáctica, *"ajenos a la inteligencia que dio el Tribunal al acervo probatorio y que, por demás, no se ajustaban a lo comprobado dentro del proceso, falencia de orden técnico suficiente para desechar el cargo";* que el Tribunal no interpretó con error las normas que el censor denuncia como quebrantadas; que no existe ninguna contradicción entre los diversos preceptos mencionados en la proposición jurídica del ataque, por lo que no se presenta la transgresión del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, que el recurrente denuncia.

VII. CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe anotar la Sala que le asiste razón a la réplica en cuanto afirma que el cargo parte de algunos supuestos fácticos que no dio por sentados el Tribunal, tales que como que existían excedentes de libre disponibilidad, que la pensión que la demandada le reconoció al actor equivalía al 110% del salario mínimo mensual legal vigente al momento de la suscripción de la póliza de renta vitalicia, *"pero no al 70% del INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN que al efecto calculara, ex post facto, la demandada"* y que *"fue sobre ese salario que se liquidó y reconoció."*

Al revisar la Corte la sentencia impugnada, encuentra que el *ad quem* no dio por establecidos los anteriores supuestos fácticos, sobre los cuales el censor edifica el ataque. Sobre el punto, debe recordar la Sala que cuando un cargo se endereza por la vía directa, a través de sus modalidades de infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida, debe hacerse al margen de cualquier controversia de naturaleza probatoria, por lo que la censura tiene que estar necesariamente de acuerdo con los soportes fácticos que se dan por establecidos en la sentencia que se impugna, tal como ha adoctrinado la Sala, entre otras, en sentencia del 25 de octubre de 2005, radicado 25360.

No obstante lo anterior, la aludida deficiencia no es óbice para que la Sala aborde el estudio de la acusación en la medida en que ésta se encuentra soportada en otros argumentos de estirpe jurídica, propios de la vía de puro derecho.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que el censor se refiere a los conceptos de excedentes de libre disponibilidad y devolución de saldos indistintamente, por lo que parece confundirlos, siendo que dichas prestaciones se diferencian claramente una de la otra, ya que tienen características propias.

Así, mientras que la devolución de saldos consiste en la restitución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, para aquellas

personas que, a los 62 años de edad si son hombres o 57 si son mujeres, no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo; los excedentes de libre disponibilidad, por su parte, consisten en 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, siempre y cuando i) la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea igual o superior al 70% del Ingreso Base de Liquidación, y no exceda de 15 veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva y ii) la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea igual o superior al 110% de la pensión mínima legal vigente.

Como se observa, para que haya lugar a la devolución de saldos se requiere que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con edad para pensionarse, no pueda reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez; en cambio, para que haya lugar a los excedentes de libre disponibilidad es necesario que el afiliado haya contratado una pensión de vejez en las referidas modalidades del régimen y se presenten excedentes del capital mínimo para financiarla.

Hechas las anteriores precisiones, debe anotarse que dada la vía escogida para el ataque, no se controvierten los supuestos fácticos que dio por sentados el Tribunal, tales como que mediante Resolución No. 2003-6331 del 24 de

octubre de 2003, la demandada le reconoció al demandante una pensión anticipada de vejez, en la modalidad de renta vitalicia inmediata, en cuantía inicial de $391.244, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

En relación con el cargo formulado, se observa que el censor le endilga al Tribunal haber exigido la prueba del Ingreso Base de Liquidación, entendido como *"el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, (…) actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*, siendo que este concepto es propio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y no tiene aplicación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Estima la Sala que en parte le asiste razón al recurrente en cuanto afirma que para determinar la cuantía de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se requiere calcular el Ingreso Base de Liquidación, pues la cuantía de la prestación depende de la modalidad que elija el afilado y se determina en función del capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, así como de la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios.

Sin embargo, no es cierto que la figura del Ingreso Base de Liquidación sea exclusiva del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como lo afirma el censor, ya que el

artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que lo define, se encuentra ubicado dentro del título I, *"DISPOSICIONES GENERALES"*, del libro I, *"SISTEMA GENERAL DE PENSIONES"*, de la Ley 100 de 1993. Significa lo anterior que la definición de Ingreso Base de Liquidación contenida en el citado artículo 21 de la ley de seguridad social tiene aplicación para ambos regímenes del Sistema General de Pensiones, esto es, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente en los casos de pensión de invalidez por riesgo común (art. 69 de la Ley 100 de 1993) y pensión de sobrevivientes (art. 73 ibídem.), en cuanto a la definición de su monto por lo que, no es una figura exclusiva de aquel régimen.

De acuerdo con lo anterior, aunque es cierto que el Ingreso Base de Liquidación no resulta necesario para efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sí sirve para establecer un parámetro mínimo para determinar si el afiliado a dicho régimen tiene derecho a los excedentes de libre disponibilidad de que trata el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, al disponer textualmente la norma:

> *"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."* (Subrayas de la Sala)

Como se observa, para determinar si existen excedentes de libre disponibilidad es necesario que la pensión reconocida al afiliado sea igual o superior al 70% del Ingreso Base de Liquidación, lo que nos lleva directamente al artículo 21 del mismo cuerpo normativo, que define lo correspondiente a esta figura.

Dicha exigencia se acompasa con la lógica del Régimen de Ahorro Individual, en cuanto éste viene concebido sobre la idea de que es el propio afiliado quien construya el capital necesario para obtener el derecho a la pensión de vejez, con la cual ha proyectado vivir sus últimos años de vida. Sólo habrá excedentes de libre disponibilidad en la medida en que 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.

La finalidad de la referida exigencia es la de lograr que la cuantía de la pensión de vejez programada 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, que exceda lo necesario para que convenga una pensión que cumpla con los requisitos ya anotados.

Significa lo anterior que el multicitado artículo 85 de la Ley 100 de 1993 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.

Ahora bien, para determinar si existen excedentes de libre disponibilidad es preciso determinar el Ingreso Base de Liquidación, claro está, al tenor de lo dispuesto por 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.

Por ello, resulta evidente que cuando el Tribunal, a la luz del artículo 85 de la Ley 100 de 1993, señaló que era necesario probar que la cuantía de la renta vitalicia

inmediata que había contratado el actor era igual o mayor al 70% del Ingreso Base de Liquidación, no distorsionó el sentido del aludido texto legal, pues ese era su genuino sentido y alcance.

Importa destacar que la referencia que el artículo 85 de la Ley de seguridad social hace del concepto de Ingreso Base de Liquidación, no desnaturaliza la estructura y filosofía del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que esa referencia no se hace para efectos de calcular la cuantía de la pensión de vejez, sino que la norma alude a dicha noción con el único objeto de 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.

En conclusión, el cargo no prospera.

Las costas del recurso extraordinario estarán a cargo del recurrente. Se fijan las agencias en derecho en $3,750.000.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de octubre de 2008, dentro del proceso

ordinario laboral que **ROBERTO PRIETO DÍAZ** promovió contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Las costas del recurso extraordinario estarán a cargo del recurrente. Se fijan las agencias en derecho en $3,750.000.

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

FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN