

BONOS PENSIONALES TIPO A - Salario base de liquidación. Responsabilidad por diferencias entre devengado y cotizado y por mayor valor del bono / BONO PENSIONAL - Responsabilidad por inexactitud entre devengado y cotizado y por mayor valor del bono / PROHIBICION DE AUXILIOS - Liquidación de bono pensional por mayor valor. Posible inconstitucionalidad del Decreto Ley 1299 de 1994 artículos [4](#) y [5.a](#).

La Sala reitera que el presente concepto se emite advirtiendo la existencia de eventuales vicios de inconstitucionalidad del Decreto Ley 1299 de 1994, en especial de los artículos [4o](#) y [5o](#) literal a). Como regla general, los bonos pensionales Tipo A, modalidad 2, deben liquidarse con base en el salario devengado y reportado al ISS por el empleador a junio 30 de 1992. Excepcionalmente, y sólo cuando el ISS certifique que carece de información sobre el salario devengado por el trabajador en FB, la ley permite que el empleador certifique, hoy en día, el salario devengado y reportado en FB. La certificación del empleador debe hacerse sobre bases documentales verificables que llenen los requisitos legales; si el empleador se niega a certificar por cualquier razón o certifica sin llenar los requisitos legales, el bono debe expedirse con base en la información que tenga el ISS, sin perjuicio de las acciones judiciales que puedan adelantarse para demostrar el salario real devengado por el trabajador en FB. En cuanto a las responsabilidades del empleador y/o de la Nación, el empleador responde por el daño causado al trabajador cuando, por error o por dolo, cotizó al ISS en una categoría salarial inferior a la que le correspondía de acuerdo con el salario devengado. Por su parte, la Nación debe responder por el mayor valor del bono que se genere cuando el salario devengado en FB por el trabajador, era superior a 10 SMLM y se cotizaba en ese tope, es decir, en la categoría 51, de acuerdo con los procedimientos y requisitos estudiados en este concepto y sin pasar de 20 SMLM.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 032132 de 20 de noviembre de 2006.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil tres (2003)

Radicación número: 1541

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: BONOS PENSIONALES. Tipo A.

Advertencia sobre posible inconstitucionalidad.

Salario base de liquidación.

- Dentro de la escala de categorías salariales ISS.

- Por encima de la escala.

Responsabilidades del empleador por diferencias entre devengado y cotizado.

Responsabilidad de la Nación por mayor valor del bono.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, formula consulta acerca del salario base que se debe tener en cuenta para la liquidación de los bonos pensionales tipo A, en los siguientes casos:

- 1) El de las personas que, al 30 de junio de 1992, devengaban un salario superior al reportado por sus empleadores al ISS.
- 2) El de aquellas personas que, en esa fecha, devengaban un salario superior a la suma equivalente a diez salarios mínimos legales mensuales (10 SMLM) y por ende, cotizaban sobre tal suma ya que ésta correspondía a la categoría 51, la más alta del ISS, pero el ISS carece de información sobre el devengado. Este evento especial es el más relevante por su incidencia económica y su ocurrencia relativamente frecuente.

1 La situación presentada.

El señor Ministro expone la situación que se ha presentado, de la siguiente manera:

“1. Los bonos pensionales tipo A constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones para aquellas personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con posterioridad al 1o de abril de 1994.

De acuerdo con las disposiciones legales aplicables, para la liquidación del bono pensional se utilizan una pensión de vejez de referencia, una fecha base (FB) y un salario base de liquidación, el cual está sometido a los límites mínimo (1 salario mínimo legal mensual - SMLM) y máximo (20 SMLM aplicables a las pensiones en el Sistema General de Pensiones.

Debe anotarse que hasta la vigencia de la Ley [100](#) de 1993, el límite máximo de la pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales era el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales de la época. Sin embargo, el legislador extraordinario consideró que para efectos de mantener la igualdad entre regímenes y garantizar el derecho a la pensión de quienes optaran por trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el bono pensional debía expedirse con el límite máximo de 20 SMLM, independientemente de que el afiliado hubiere venido cotizando sobre la base de 10 SMLM.

2.

Para hacer la reglamentación y evitar la colusión entre empleadores y trabajadores, se revisaron las normas vigentes a 30 de junio de 1992, las cuales, en materia de reporte de salarios están contenidas en el Acuerdo 044 de 1989, aprobado mediante el decreto 3063 del mismo año, que regula el registro, inscripción y afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Dichas normas consagran un sistema de inscripción por “categorías”, las cuales están referidas al salario devengado por el trabajador con un tope máximo (categoría 51), el cual correspondía al tope de cotización y de pensión que podían recibir los afiliados al Instituto.

(...)

Resulta de lo anterior que para efectos de la liquidación y emisión de los bonos pensionales la diferencia entre el salario devengado por el trabajador y el reportado al ISS es relevante en aquellos casos en los cuales el salario devengado supera el límite superior de la categoría máxima señalada por el ISS, puesto que como se anotó el Sistema General de Pensiones de la

Ley [100](#) de 1993 establece un tope máximo de pensión de 20 SMLM, mientras que el límite superior de la categoría máxima del ISS vigente a junio 30 de 1992 era de 10 SMLM”.

2. Los interrogantes.

El señor Ministro formula a la Sala los siguientes interrogantes:

“Si el salario reportado al ISS por el empleador no coincide con el que afirma el trabajador que devengaba realmente ¿debe emitirse el bono por el salario reportado?, o ¿debe emitirse por el salario que se afirma devengado?; en este último caso ¿quién debería responder por las consecuencias económicas de este indebido reporte? ¿podrían la Nación y las demás entidades emisoras asumir dichas consecuencias independientemente de las responsabilidades establecidas en cabeza del empleador en el Decreto 3063 de 1989?”.

Consideraciones.

Aclaración inicial.

La Sala manifiesta que en el transcurso del estudio realizado para resolver los interrogantes que el señor Ministro de Hacienda le planteó en la consulta, han surgido dudas jurídicas sobre la constitucionalidad de los artículos [4o](#), [5o](#) literal a) del Decreto Ley 1299 de 1994, y demás regulaciones referentes a los bonos pensionales tipo A, modalidad 2.

Preocupa, en primer término, que las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Gobierno Nacional en el artículo [139](#) de la ley 100 de 1.993 y específicamente en el numeral 5o de dicho artículo, invocado como fundamento para dictar el Decreto Ley [1299](#) de 1.994, al parecer no habilitaron expresamente al Gobierno para modificar la forma de calcular la pensión de vejez de referencia, que sirve para determinar el valor de los bonos. El Decreto Ley desligó la liquidación del bono de “... la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1.992”, como aparece estatuido en el artículo [117](#) de la misma ley 100, atándola al “... salario devengado con base en normas vigentes a 30 de junio de 1.992...”, según el artículo [5o](#) literal a) del Decreto Ley, modificación que, en principio, podría considerarse como un exceso del Gobierno Nacional frente a las facultades extraordinarias que recibió del legislador, con lo cual se estaría vulnerando el numeral 10 del artículo [150](#) de la Constitución Política.

En efecto, el artículo [139.5](#) de la ley 100 de 1.993, dice:

“ARTICULO [139](#). Facultades Extraordinarias. De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo [150](#) de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias... para:

(...)

5. Dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual (...).”.

Para la Sala, no aparece en este artículo [139.5](#), facultad alguna delegada al Gobierno Nacional por el legislador, para cambiar la concepción, justificación y forma de liquidar los bonos pensionales que el mismo Congreso había señalado en los artículos [113](#) a [127](#) de la citada ley 100, que fue lo que ocurrió al dictar el Decreto Ley [1299](#) de 1.994. Un sano entendimiento de las

facultades extraordinarias muestra que la atribución para señalar “las condiciones de los bonos...”, no incluía la posibilidad de cambiar las bases para liquidarlos y ampliar las responsabilidades a cargo de la Nación, como se verá enseguida.

La segunda preocupación hace referencia a la posible violación, por parte del mencionado Decreto Ley [1299](#) de 1994, del artículo [355](#) de la Constitución Política de 1.991, el cual prohibió a partir de su promulgación, “decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. El problema surge cuando se profundiza en el estudio de las responsabilidades jurídicas y económicas que ha tenido y tendrá para la Nación el cambio de la forma de liquidación del bono pensional estatuido en la ley [100](#), realizado por el Decreto Ley 1299 de 1994, artículo [5o](#), literal a), ya que al pasar del concepto de “base de cotización” al de “salario devengado”, en aquellos casos en que el “devengado” supera la categoría máxima de cotización del ISS en la fecha base, que era de 10 SMLM, se genera un mayor valor del bono, a cargo de la Nación y a favor de las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual, según se mostrará detalladamente en este concepto. El mayor valor del bono por el cual debe responder la Nación, puede ser, a juicio de la Sala, un auxilio inconstitucional al tenor del artículo [355](#) ya citado.

Sobre la prohibición expresa de otorgar auxilios o donaciones con cargo a recursos públicos, a partir de la vigencia de la Constitución de 1.991, la Corte Constitucional resumió en la sentencia C-1174 de 2001, los desarrollos jurisprudenciales, así:

“El alcance de esta prohibición ha sido fijado en los siguientes pronunciamientos de esta Corporación, que a continuación se sintetizan:

La prohibición del artículo [355](#) de la C P, no impide al Estado ofrecer incentivos económicos y colaborar con los particulares en la creación de personas jurídicas dedicadas a la investigación científica y tecnológica. Lo anterior en razón de que la finalidad de las personas que reciben su estímulo, corresponde **a un cometido que la misma Constitución encomienda expresamente al Estado.** (Sentencia C- 506 de 1994, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-136 de 1995).

A la luz del artículo [355](#) de la Constitución Política, los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción sólo es procedente si el subsidio, concedido por la ley se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado (Sentencia C-205 de 1995. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

La Constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recursos públicos, siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho y de los fines que le son inherentes, entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva. (Sentencia C-251 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

La Constitución Política, en términos generales, prohíbe que con fondos públicos las autoridades efectúen auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas (C.P. Artículo [355](#)). La Carta, sin embargo, por vía excepcional, autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella directamente considera dignas y merecedoras de apoyo. (Sentencia C-152 de 1999, M. P.

Dr. Eduardo Cifuentes Muñóz).

Para que puedan destinarse contribuciones económicas en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin que tal destinación constituya vulneración del artículo [355](#) de la Carta Política, **debe existir un mandato Constitucional expreso mediante el cual se imponga al Estado el deber de adoptar medidas encaminadas a financiar con cargo al presupuesto nacional o con bienes públicos, la asignación de subsidios a favor de determinadas personas o de actividades que beneficien a un sector de la población o fomenten propósitos de interés público o social.** (Sentencia C- 923 de 2000, M.P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

El anterior recorrido jurisprudencial permite concluir que la prohibición general dirigida a las ramas u órganos del poder público, de decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado no acarrea per se la extinción de la función benéfica a cargo del Estado, la cual también puede cumplirse mediante subsidios, subvenciones o estímulos económicos que se otorguen a entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, en concordancia con principios de estirpe constitucional

Con la anterior advertencia y ante la falta de un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el punto específico, la Sala entra a absolver la consulta.

3.2 Marco constitucional de la Seguridad Social.

El artículo [48](#) de la Constitución Política dispone:

“Artículo [48](#).- La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en (sic) sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

3.3 Marco legal.

La ley [100](#) del 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo [113](#). **Traslado de régimen.**- Cuando los afiliados al sistema en desarrollo de la presente ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:

Si el traslado se produce del régimen de prestación definida (sic) al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos

previstos por los artículos siguientes.

(...)”.

“Artículo [115](#). **Bonos pensionales.**- Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan algunos de los siguientes requisitos:

Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público.

Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos.

Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.

Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

(...)

“Artículo [117](#).- **Valor de los bonos pensionales.**- Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar **la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesant**, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DAN;

(...)

“Artículo 121.- **Bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación.**- La Nación expedirá **un instrumento de deuda pública nacional** denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al sistema general de pensiones, **cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.**

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha”.

El decreto ley 1299 del 22 de junio de 1994 “Por el cual se dictan las normas para la emisión,

redención y demás condiciones de los bonos pensionales”, expedido con base en las facultades extraordinarias del artículo 139.5 de la ley 100 de 1.993, dispone lo siguiente:

“Artículo 4o.- Cálculo de la pensión de vejez de referencia para los vinculados con anterioridad al 30 de junio de 1992.- La pensión de vejez de referencia para cada afiliado se calculará así:

a) Se calcula el salario de referencia que el afiliado tendría a los 60 años de edad si es mujer o a los 62 si es hombre.

Dicho salario se obtiene de multiplicar el salario base de liquidación de que trata el artículo siguiente, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o a los sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que tenga el afiliado a la fecha de selección o de traslado al régimen de ahorro individual. La tabla de salarios medios nacionales será establecida por el DANE y oficializada por el Gobierno nacional.

El salario de referencia así calculado, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha del traslado, ni superior a veinte veces dicho salario.

b)(...)”.

“Artículo 5o.- Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia.- Para los efectos de que trata el literal a) del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:

a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, **el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.**

(...)

Parágrafo.- Para las personas de que trata el literal a) del presente artículo, **en caso de que en la respectiva entidad no obre constancia sobre el salario devengado a 30 de junio de 1992, valdrá la certificación que en tal sentido expida el empleador”.**

3.4 Marco reglamentario.

El decreto 3063 del 29 de diciembre de 1989, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 044 del 21 de septiembre del mismo año, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, que adopta el reglamento general de registro, inscripción, afiliación y adscripción a los mencionados seguros del ISS, establece lo siguiente:

“Artículo 19. Salario a reportar.- Para efectos de las cotizaciones y aportes, **constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, (...)**

(...)

Parágrafo.- **El reporte, por parte del patrono, de un salario diferente al realmente**

devengado o el no reporte de las variaciones del salario, dará lugar a que se le apliquen las sanciones previstas en el respectivo Reglamento de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos”.

“Artículo 20.- **Cotización.**- Es el porcentaje del salario total del trabajador con que deben contribuir patronos y trabajadores para financiar un determinado seguro.

(...)

“Artículo 21.- **Aporte.**- Es el valor que a cada patrono o trabajador corresponde cancelar al ISS para un determinado seguro, según el salario o ingreso real reportado.

(...)”.

“Artículo 72.- **Inscripción o reporte inexacto en cuanto a la cuantía del salario.**- El patrono que no haya informado al Instituto el salario real del trabajador dando lugar a que se le disminuyan las prestaciones económicas que le pudieren corresponder a dicho trabajador o a sus derechohabientes en caso de muerte, deberá cancelar al beneficiario el valor de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el Instituto con base en el salario asegurado y la que le hubiere correspondido en caso de haberlo reportado correctamente, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar”.

“Artículo 76.- **Novedades sobre cambios de salarios.**- Los patronos están obligados a informar al Instituto, tanto en la inscripción de sus trabajadores como en las relaciones mensuales de novedades, los salarios reales devengados por éstos, aun cuando dichos salarios sobrepasen el límite superior de la máxima categoría señalada por el ISS”.

El decreto reglamentario de la ley 100 No. 314 del 4 de febrero de 1994, “Por el cual se limita la base de cotización obligatoria en los regímenes del sistema general de pensiones”, dispone:

“Artículo 1o.- **Límite de la base de cotización obligatoria.**- Limítase a 20 salarios mínimos legales mensuales, la base de cotización al sistema general de pensiones creado por la ley 100 de 1993 (...).

El decreto 1748 del 12 de octubre de 1995, “Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993”, establece:

“Artículo 2o.- **Definición de variables matemáticas.**- Las siguientes variables se utilizan en una o más fórmulas matemáticas:

(...)

FB: Modificada por el artículo 2o del decreto 1513 de 1998: Fecha base para bonos tipos A y B; ver art. 27.

(...)

SB: Salario base: para bonos tipo A es el que el trabajador devengaba en FB, con las convenciones del artículo 28; (...). (negritas de la Sala).

“Artículo 27.- **Determinación de la fecha base –FB.**- La fecha base, FB, es el 30 de junio de

1992, siempre que el trabajador tuviese una vinculación laboral válida en dicha fecha; en caso contrario, la fecha en que finalizó su última vinculación laboral válida anterior al 30 de junio de 1992”.

“Artículo 28.- Modificado por el artículo 8o del decreto 1474 de 1997.- **Salario Base –SB.-**

1. Para trabajadores que cotizaban al ISS en FB, se tomará el último salario mensual devengado y reportado al ISS con anterioridad a esa fecha. Se supondrá siempre que dicho salario es el mismo sobre el que cotizaban en FB, **salvo que el trabajador aporte prueba en contrario, prueba que estará constituida por una constancia del ISS. Si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado, el empleador expedirá una en tal sentido**, en la cual el salario devengado se calculará como en los numerales 2o y 3o siguientes de este artículo. **Esto último siempre que el salario certificado por el empleador sea compatible con el salario reportado sobre el cual aportaba al ISS. Esto es, que corresponda al rango de salarios sobre el cual cotizaban. De lo contrario no se tomará en cuenta el certificado del empleador.**

(...)”.

3.5 Los bonos pensionales tipo A.

Como se aprecia, el literal “a” del artículo 113 de la ley 100 de 1993 dispone que cuando un afiliado al sistema general de pensiones se traslada del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, hay lugar al reconocimiento de su bono pensional, el cual es del tipo A, de acuerdo con la definición establecida por el artículo 1o del decreto reglamentario 1748 de 1995.

La consulta versa exclusivamente sobre los bonos pensionales tipo A, modalidad 2, que son aquellos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1o de julio de 1992, según la norma acabada de citar.

3.6. El salario base de liquidación.

Para liquidar el bono pensional se debe tomar como salario base –SB- el devengado y reportado al ISS en la fecha base FB o con anterioridad a ella –FB-, la cual es el 30 de junio de 1992, según el literal a) del artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994. (Negrillas de la Sala).

En esa época, el ISS utilizaba el sistema de categorías salariales para las cotizaciones a los seguros sociales obligatorios. La categoría máxima era la 51 y en ella se cotizaba sobre la base de diez salarios mínimos legales mensuales (10 SMLM).

Si el trabajador devengaba un salario superior, recaía sobre el patrono, de todos modos, la obligación de reportarlo al ISS, de acuerdo con el artículo 76 del decreto 3063 de 1989.

El nuevo sistema general de pensiones, plasmado en la ley 100 de 1993, eliminó las mencionadas categorías (artículo 18 parágrafo 2o) y estableció como límite máximo de la base de cotización, tanto para el régimen solidario de prima media con prestación definida como para el de ahorro individual con solidaridad, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales (20 SMLM), conforme al parágrafo 3o del artículo 18, reglamentado por el artículo 1o del decreto 314 de 1994.

3.7. Dos hipótesis sobre la liquidación de los bonos según el salario base correspondiente.

Para llegar a una respuesta jurídica atinada sobre los temas puntuales de la consulta, se hace necesario revisar las hipótesis probables de acuerdo con el salario base de liquidación. La Sala se referirá en primer lugar, a las situaciones que surgen cuando el salario devengado por el trabajador fue correctamente reportado por el empleador y de ese hecho aparece prueba en el ISS o en las respectivas entidades, y en segundo lugar, a las situaciones generadas por la inexistencia de pruebas en el ISS sobre el mismo asunto.

Hipótesis 1. Corresponde, como ya se dijo, a aquella situación en la cual aparece prueba en el ISS o en la entidad respectiva, del salario devengado por el trabajador y reportado correctamente por el patrono. Aquí pueden ocurrir las dos alternativas siguientes:

1.a. Si el salario devengado y reportado correctamente coincidía con el salario sobre el cual cotizaba y era inferior a diez (10) SMLM, es decir, que se encontraba ubicado en una de las categorías salariales por debajo de la 51, el bono se liquida con la cifra certificada por el ISS o por la entidad respectiva, y es claro que su fuente de recursos son los aportes realizados por el trabajador y el empleador.

1.b. Si el salario devengado y reportado correctamente era superior a 10 SMLM, es decir, que cotizaba por la máxima categoría, la 51, equivalente, en ese momento, a \$665.070, el bono también se liquida con base en la cifra devengada certificada por el ISS, haciendo notar que el mayor valor que se genera por la parte del salario que excede el límite de la categoría 51, entre 10 SMLM hasta 20 SMLM (\$1.330.40), sobre la cual no se cotizaba, corre por cuenta de la Nación, puesto que el literal a) del artículo 5 del Decreto ley 1299 de 1994, ordena que la liquidación se haga con el salario “devengado”, sin consideración a la cotización. Más adelante se analizará el tema de la responsabilidad de la Nación.

Hipótesis 2. Se refiere al caso en el cual el ISS certifica que no tiene constancia en sus archivos sobre el salario devengado y reportado, por cualquiera de estos eventos:

El ISS no encuentra en sus registros tales datos, aunque se le haya reportado el salario devengado.

El empleador no realizó el reporte sobre el salario devengado sino que cotizó sobre la base de la categoría 51, la de los 10 SMLM.

La solución que da la ley para estas situaciones es que, ante la falta de información en el ISS, vale “la certificación que en tal sentido expida el empleador”. Es decir, que por norma de carácter legal, se crea una prueba supletoria que permite al empleador, hoy en día, verificar sus documentos contables, las copias auténticas de las planillas de cotización, las copias de las nóminas y con base en esos elementos probatorios objetivos certificar y enviar al ISS la información para que el bono pueda liquidarse. Son aplicables, en este caso, las normas contenidas en la ley 50 de 1.886.

En este evento se observa que, de acuerdo con el párrafo del artículo 5o del decreto ley 1299 de 1994, complementado con el 28 del decreto 1748/95, el cual fue modificado a su vez por el artículo 8 del decreto 1474 de 1997, el trabajador debe acudir primero al ISS: si éste le certifica que no obra en sus archivos constancia del salario devengado y reportado por el empleador en la fecha del 30 de junio de 1992 o antes, conforme lo establece el literal a) de la misma norma, el trabajador deberá presentar una certificación del empleador “en tal sentido”, vale decir, en la cual haga constar el salario devengado y reportado al ISS en esa época. Es claro que en cabeza del

empleador se radica la responsabilidad de certificar fidedignamente en la forma indicada y debe advertirse que tanto la Oficina de Bonos Pensionales como las AFPs verificarán los documentos sobre los cuales se produjo la certificación, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que se deriven de certificaciones falsas.

Cabe señalar que, si bien, el párrafo alude tan sólo al salario “devengado”, se debe entender que es el devengado y reportado, pues esa norma se interpreta de manera sistemática y armónica con lo dispuesto por el literal a) del artículo 5, al cual sirve de complemento, produciendo una unión inescindible entre los dos conceptos. En efecto, el literal a) preceptúa que el salario base de liquidación “será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando”. Y el párrafo expresa que si no hay constancia de lo devengado, valdrá la certificación que “en tal sentido” expida el empleador. El documento precisará entonces el salario devengado y la declaración de haberse reportado al ISS.

También en este caso caben dos alternativas:

2.a. Ocurre cuando la certificación del empleador señala un salario devengado que se ubica dentro de las categorías salariales ya conocidas y que además, es superior al monto sobre el cual cotizaba. En este caso, el empleador deberá pagar al ISS la diferencia de cotización, llevada a valor presente según las certificaciones del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del DANE, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 19, 20, 21, 72 y 76 del decreto 3063 de 1989 y normas concordantes, además de una eventual sanción conforme al párrafo del artículo 19. La razón para hacer responsable al patrono es que el reglamento citado le exigía cotizar sobre el salario real y en la categoría correspondiente. Como se observa en esta alternativa, la cotización se hizo, culposa o dolosamente, por un salario inferior al devengado, y por tanto, en una categoría inferior, lo cual causa un daño al trabajador que se refleja en un menor valor del bono.

Una vez hecho el pago al ISS, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público procede a emitir el bono, tomando como salario base de liquidación, el salario devengado.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, cuando en la sentencia de tutela T-977 del 13 de septiembre de 2001, ordenó a un empleador privado girar al ISS el valor de la diferencia de cotización actualizada de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, a fin de que la Oficina de Bonos Pensionales pudiera liquidar el respectivo bono con base en el salario, sobre el cual se le habían hecho los descuentos al trabajador y no sobre el salario mínimo que era el reportado por el empleador.

2.b. Ocurre cuando el empleador certifica que el salario devengado a 30 de junio de 1992, superaba la categoría máxima de cotización, siendo ésta la categoría en la cual cotizaba efectivamente.

De manera especial, la consulta inquiriere sobre el caso en el cual el trabajador devengaba, a 30 de junio de 1992, un salario superior al de la categoría 51, la de los 10 SMLM, equivalentes a \$665.070, pero hoy en día no existe en el ISS la prueba de dicho salario, aunque sí de la cotización sobre este monto que era el tope máximo de cotización. Nótese que en esta alternativa no se genera un faltante de aportes, pues se cotizaba correctamente en el máximo tope. Hay que recordar que el patrono no estaba obligado a cotizar sobre un valor superior, pero sí a declarar o

mejor, a reportar el salario efectivamente devengado por el trabajador.

En este evento, resulta también de aplicación lo dispuesto en el párrafo del artículo 5o del decreto ley 1299 de 1994, en concordancia con lo establecido por el literal a) del mismo, según el cual si el ISS informa que en sus archivos no obra constancia del salario devengado y reportado en esa fecha, es admisible la certificación del empleador declarando lo que el trabajador devengaba y que ese valor fue reportado al ISS en su momento. Por consiguiente, el bono pensional se debe liquidar con base en esa certificación. Dado que el patrono cotizó al ISS sobre el límite máximo permitido por la ley y que la certificación que él expida con el lleno de los requisitos legales suple la falta de información del ISS, le corresponde a la Nación responder por el mayor valor del bono, de acuerdo con las razones aquí expuestas y las adicionales que se verán en el punto 3.8 de este concepto.

Ahora bien, si el empleador no certifica, es claro que para emitir el bono habrá de tenerse como base el monto sobre el cual se cotizó al ISS en ese momento, es decir, el valor equivalente a los 10 SMLM, sin perjuicio de las acciones judiciales que el trabajador pueda emprender para demostrar con otras pruebas el salario devengado.

3.8. La responsabilidad de la Nación en la emisión de los bonos pensionales y asunción de las deudas del ISS.

Para iniciar este análisis se recuerda que el artículo 117 literal a) de la Ley 100 de 1993, dice:

“Artículo 117.- **Valor de los bonos pensionales.**- Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar **la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesant**, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

De otra parte, el artículo 121 de la ley 100 de 1993 expresa que la Nación expide un título de deuda pública nacional llamado bono pensional, cuando la responsabilidad corresponde al ISS, entre otras entidades, y asume el pago de sus cuotas partes.

El inciso segundo de esa norma señala que los bonos a cargo de la Nación se expiden sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley 100, vale decir, el 23 de diciembre de 1993.

Esto resultaba lógico, ya que la Nación asumía las deudas del ISS con sus afiliados, pero sólo hasta el monto de esta responsabilidad, lo cual significaba que si a la fecha base de liquidación de los bonos, el 30 de junio de 1992, el límite del salario base de cotización era la suma equivalente a 10 SMLM, hasta allí llegaba la responsabilidad del ISS y consecuentemente, de la Nación.

Pero ocurre que el artículo 1o del decreto reglamentario 314 de 1994 autorizado por la ley 100 en su artículo 18 inciso 5o, subió el límite de la base de cotización obligatoria al sistema general de

pensiones a 20 SMLM y luego, el decreto ley 1299 del mismo año, en el artículo 5o literal a), estableció que:

“Artículo 5o.- **Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia.**- Para los efectos de que trata el literal a) del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:

a) Tratándose de **personas que estaban cotizando** o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación **será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.**

(...)

Así mismo, el párrafo de dicho artículo estatuyó que si el ISS no tiene constancia sobre el salario devengado a 30 de junio de 1992, vale la certificación expedida en tal sentido por el empleador, para efectos de la emisión del bono pensional, como ya se explicó. La Sala reitera que la certificación debe expedirse con base en pruebas documentales verificables.

De esta forma el Decreto Ley 1299 de 1.994 y específicamente el artículo 5o literal a) y su párrafo, modificaron la forma de calcular el bono contenida en el artículo 117 de la ley 100, ampliando igualmente la responsabilidad de la Nación como subrogante legal de las deudas del ISS al tenor del artículo 121 de la ley 100 de 1993.

De otro lado, como se explicó en el capítulo 3.7 de este concepto, el empleador responde por los daños causados al trabajador cuando por error o por dolo cotizó al ISS, por un salario inferior al que devengaba el trabajador. Si cotizó en el tope máximo, es decir en la categoría 51, y no aparece en el ISS la información sobre el reporte del salario devengado, es claro, por una parte, que no causó un daño al trabajador, pues cotizó lo que la ley le exigía y por otra, la ley le permite como prueba supletoria certificar fidedignamente, hoy en día, el salario devengado por el trabajador. Por lo tanto, no es jurídico hacerlo responsable por el mayor valor del bono.

Así las cosas, se aprecia que la Nación entra a cubrir dentro del salario base de liquidación del bono, la suma correspondiente al salario devengado por encima de los 10 SMLM, a 30 de junio de 1992, respecto de la cual el ISS no recibió cotización del trabajador y del empleador, pues la máxima base de cotización era la de los 10 SMLM.

Todo lo anterior implica que al modificar la forma de liquidación de los bonos clase A, el legislador extraordinario otorgó gratuitamente y a cargo de la Nación, un estímulo económico a quienes se trasladaran al sistema de ahorro individual, estímulo que, en principio, no corresponde a una obligación constitucional, como ya se advirtió y que beneficia precisamente a las personas de más altos ingresos laborales.

3.9. La responsabilidad de las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

Dado que la prueba documental reviste una enorme importancia en este tema, es indispensable que las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP) cumplan a cabalidad con sus obligaciones, en relación con las certificaciones para la emisión de los bonos pensionales.

La Sala desea destacar la gran responsabilidad que tienen las AFP de verificar la información y la

autenticidad de la documentación que sirve de soporte a la emisión de los bonos pensionales, a fin de evitar cualquier colusión o fraude, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 del decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del decreto 1513 de 1998 y complementado por el artículo 2o del decreto 13 de 2001.

Al respecto, conviene citar, además, los incisos sexto y séptimo del artículo 52 “Liquidación provisional y emisión de bonos”, del decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del decreto 1474 de 1997, los cuales establecen:

“Para la liquidación y emisión del bono sólo se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o por el contribuyente (al pago del bono), si es diferente, o aquella certificada que no haya sido negada por alguno de estos dos, dentro del plazo señalado en el inciso anterior. Para efectos del cómputo del plazo, será necesario que la respuesta llegue dentro del mismo”.

“Es certificada la información que la entidad administrador reporte como tal con base en los documentos que acrediten debidamente tal hecho, los cuales se comprometerá a mantener a disposición del emisor, para que éste los pueda verificar o solicitar copia en cualquier momento. En el caso de los archivos masivos, para que los mismos se consideren certificados será necesario además de la manifestación en tal sentido del representante legal de la entidad, que se produzcan dos copias idénticas, una de las cuales será entregada a la Oficina de Obligaciones Pensionales y la otra se entregará en custodia a una entidad diferente que designe para ello el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Oficina de Obligaciones Pensionales verificará que las dos copias sean idénticas. Adicionalmente, se tendrá en cuenta que la certificación individual de un empleador no afiliado al ISS prima sobre su archivo laboral masivo; la certificación individual del ISS prima sobre su archivo laboral masivo; la certificación de un empleador afiliado al ISS, sólo prevalece sobre el archivo laboral masivo del ISS en el caso previsto en el numeral 1o del artículo 28 del decreto 1748 de 1995”.

La parte final de la gradación de prueba que trae el inciso, se refiere al caso contemplado en esa norma reglamentaria, consistente en que para dar validez al certificado del empleador, el salario certificado por él debe ser compatible con el salario reportado sobre el cual aportaba al ISS. La compatibilidad la hace depender del rango de salarios sobre el cual cotizaban. Sin embargo, el parágrafo del artículo 5o del decreto ley 1299 de 1994 como norma legal que es, prevalece sobre tal disposición y como no hace distinciones al respecto, debe concluirse que la certificación del empleador expedida con todos los requisitos sobre el salario devengado y reportado, adquiere plena validez probatoria cuando el ISS aduce que no tiene la constancia en sus archivos sobre el particular.

LA SALA RESPONDE

La Sala reitera que el presente concepto se emite advirtiendo la existencia de eventuales vicios de inconstitucionalidad del Decreto Ley 1299 de 1994, en especial de los artículos 4o y 5o literal a).

Como regla general, los bonos pensionales Tipo A, modalidad 2, deben liquidarse con base en el salario devengado y reportado al ISS por el empleador a junio 30 de 1992.

Excepcionalmente, y sólo cuando el ISS certifique que carece de información sobre el salario devengado por el trabajador en FB, la ley permite que el empleador certifique, hoy en día, el salario devengado y reportado en FB. La certificación del empleador debe hacerse sobre bases

documentales verificables que llenen los requisitos legales.

Si el empleador se niega a certificar por cualquier razón o certifica sin llenar los requisitos legales, el bono debe expedirse con base en la información que tenga el ISS, sin perjuicio de las acciones judiciales que puedan adelantarse para demostrar el salario real devengado por el trabajador en FB.

En cuanto a la consulta sobre las responsabilidades del empleador y/o de la Nación, se contesta que el empleador responde por el daño causado al trabajador cuando, por error o por dolo, cotizó al ISS en una categoría salarial inferior a la que le correspondía de acuerdo con el salario devengado.

Por su parte, la Nación debe responder por el mayor valor del bono que se genere cuando el salario devengado en FB por el trabajador, era superior a 10 SMLM y se cotizaba en ese tope, es decir, en la categoría 51, de acuerdo con los procedimientos y requisitos estudiados en este concepto y sin pasar de 20 SMLM.

Por la Secretaría de la Sala transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI GUSTAVO E. APONTE SANTOS

Presidenta de la Sala

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

